

V CONGRESO INTERNACIONAL
ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS (APDPUE)

REPENSANDO LA JURISDICCIÓN

ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN (DIR.)



5 y 6 de junio de 2025

ÍNDICE

PRIMERA PARTE. LA JURISDICCIÓN: DE PODER A SERVICIO PÚBLICO	5
EL ABUSO DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA EN LA LEY ORGÁNICA 1/2025 DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL.....	6
Xulio Ferreiro Baamonde	6
I Introducción	7
II Principios programáticos de la Ley de Medidas en Materia de Eficiencia del servicio público de justicia.....	8
III El recurso previo a los MASC como requisito de procedibilidad en el proceso civil 16	
IV El abuso del servicio público de justicia.....	21
V La obligatoriedad de los masc, el abuso del servicio público de justicia y el derecho de acceso a la jurisdicción	28
Conclusiones	32
Bibliografía.....	34
EL ROL DE LA JUSTICIA CIVIL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. UNA PROMESA INCUMPLIDA	38
Ricardo Manuel Lillo Lobos	38
I Introducción	39
II La justicia civil en el Estado democrático de derecho.....	40
III La promesa incumplida. La crisis de la justicia civil a nivel comparado	44
IV La situación en Chile.	49
Conclusiones	53
EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN, CRISIS DE LEGALIDAD Y DESAFÍOS DE LA IGUALDAD DE ARMAS EN MATERIA PENAL	55
Stefano Ruggieri.....	55
I Premisa	56
II Legalidad y complejidad en la experiencia procesal: de la crisis como hecho a la crisis como juicio	57
III Las interacciones entre legalidad, proceso y jurisdicción penal. Los principales factores de crisis de la legalidad y la evolución de la función jurisdiccional	58
IV La hipocresía de la legalidad procesal y el problema de la normación simbólica 62	
V La obsesión por la legalidad y el problema de la hiperlegalidad procesal. Las áreas ocultas de la justicia penal: las funciones de conocimiento y las dinámicas de los juicios	63

Conclusiones	69
SEGUNDA PARTE. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL: GOBIERNO Y DESGOBIERNO	70
EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL	71
Agustín-J. Pérez-Cruz Martín	71
I Plasmación de la independencia judicial en Directrices internacionales.....	71
II Algunas precisiones en torno al concepto de independencia judicial.....	75
III Dimensiones de la independencia judicial	79
IV La legitimación democrática del Poder judicial	82
V Valoración de independencia judicial por la opinión pública.....	90
VI Configuración del CGPJ como órgano constitucional autónomo de gobierno del poder judicial, garante de la independencia judicial	94
VII La independencia judicial en serio riesgo de quiebra	99
Bibliografía.....	106
Jurisprudencia	113
ESTADO DE DERECHO E INDEPENDENCIA JUDICIAL: DIAGNÓSTICO DE ESPAÑA EN EL MARCO DE LOS INFORMES DE LA UE SOBRE EL ESTADO DE DERECHO	114
Ágata María Sanz Hermida.....	114
I Introducción.....	115
II La arquitectura institucional europea para la garantía y el seguimiento del Estado de Derecho	116
III La independencia del poder judicial, elemento clave del Estado de Derecho.....	123
IV A modo de conclusión	129
TERCERA PARTE. JUECES INDEPENDIENTES E IMPARCIALES	131
LUCES Y SOMBRAS DEL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL EN ESPAÑA Y ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO	132
Inmaculada Sánchez Barrios	132
CUESTIONES PENDIENTES EN LA CONFIGURACIÓN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE JUECES Y MAGISTRADOS	138
Francisco J. Garrido Carrillo	138
I Introducción.....	139
II Los derechos de Participación política de Jueces y magistrados.....	139
III El derecho de Huelga de los Jueces y Magistrados.....	140
CUARTA PARTE. EL FUTURO DEL MINISTERIO FISCAL.....	146

LA CRISIS DE LA DEPENDENCIA Y LA JERARQUIÍA EN EL DISEÑO DEL FUTURO MINISTERIO FISCAL.....	147
Ana María Rodríguez Tirado	147
I La dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal en sus orígenes.....	148
II El Ministerio Fiscal y la consolidación de la dependencia jerárquica con la Constitución de 1978. El futuro Ministerio Fiscal. Planteamiento.....	152
EL FUTURO MINISTERIO FISCAL COMO DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL	154
Leticia Fontestad Portalés.....	154
QUINTA PARTE. EL CIUDADANO ANTE LA JURISDICCIÓN ¿DÓNDE QUEDA EL JUSTICIABLE?	159
LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EN LA SOCIEDAD DE LA JUSTICIA INVERTEBRADA (1921-2025).....	160
Manuel Richard González	160
I Introducción	161
II ¿Jurisdicción o Justicia? ¿Poder del estado o servicio público? ¿De quién es la Justicia?.....	167
III ¿Cabe exigir de una sociedad que sea alguna otra cosa antes que justa?	170
IV ¿Qué piensan los ciudadanos de la justicia?	170
V La Justicia baluarte y la Justicia asediada. El uso de la Justicia como ariete político.	173
VI Amenazas al sistema de Justicia (I): desde la ideología y el interés político..	175
VII Amenazas al sistema de Justicia (II): desde la imposición general y acrítico de la tecnología.	182
Bibliografía.....	186
EL ACCESO A LA JUSTICIA DE CIUDADANOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD	189
Mercedes Llorente Sánchez-Arjona	189
I Sobre el concepto de vulnerabilidad.....	190
II La vulnerabilidad en cifras	191
III Justicia y vulnerabilidad.....	191
IV la persona vulnerable ante la justicia digital.....	193
V Impacto de los sistemas de inteligencia artificial sobre las personas más vulnerables en su paso por el proceso judicial	194
VI Ampliación de las vías de acceso a la justicia de los colectivos en situación de vulnerabilidad	194
VII Especial referencia al facilitador judicial	196

PRIMERA PARTE. LA JURISDICCIÓN: DE PODER A SERVICIO PÚBLICO

EL ABUSO DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA EN LA LEY ORGÁNICA 1/2025 DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL¹



Xulio Ferreiro Baamonde
*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidade da Coruña*

MENCIÓN CURRICULAR

Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidade da Coruña desde 2012 y Decano de la Facultad de Derecho de la UDC desde 2021. Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Lugo entre 2012 y 2015 y actualmente de la Audiencia Provincial de A Coruña, desde 2021. Alcalde de A Coruña entre 2015 y 2019. Actualmente está acreditado para el cuerpo de catedráticos de Universidad.

Ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Saint Louis (Missouri, EE.UU), Max-Planck Institut de Freiburg (Alemania), Comisión Europea (Bruselas, Bélgica), Universidad Católica del Norte (Chile), Universidad de Michigan (MI, EE.UU) y UCLA (Los Angeles, EEUU). Autor de más de 150 de referencias bibliográficas y ponencias en congresos nacionales e internacionales, entre las que se pueden destacar las monografías “La víctima en el proceso penal” (La ley, 2005), “El proceso de ilegalización de partidos políticos”, (Iustel, 2008) y “Ejecución provisional de sentencias civiles”, (Juruá, 2015), la coordinación del “Handbook on Spanish Criminal Proceedings” (Tirant lo Blanch, 2021) y la participación en el manual “Derecho Procesal penal”, coord.. por A.J. Pérez-Cruz (última edición, Tirant 2023). Entre los temas abordados en sus investigaciones destacan el arbitraje, la mediación, la reforma del proceso penal, la acción popular, la cooperación judicial, la organización jurisdiccional española, la violencia de género, los derechos de las víctimas de delitos, la ilegalización de partidos políticos y el proceso de ejecución, el uso de la inteligencia artificial en el proceso y el proceso civil de consumidores, entre otros. Ha participado también en 17 proyectos de investigación financiados de carácter autonómico, nacional y europeo. Su actividad investigadora ha sido reconocida con tres evaluaciones positivas (sexenios), la última de ellas en el año 2022.

Imparte actualmente su docencia en la Universidade da Coruña, tanto en los estudios de grado en Derecho, participando del programa de docencia en inglés, como en el Master de Acceso a la Abogacía. Ha dirigido seis tesis doctorales y una treintena de TFMs. Ha coordinado la Red española de Profesores para la Elaboración de materiales didácticos para la Enseñanza del Derecho a través del Cine entre 2010 y 2015. Fue también coordinador del Programa de Doctorado en Derecho de la UDC, secretario del Departamento de Derecho Público de la UDC y secretario de la Facultad de Derecho de la UDC.

¹ La presente ponencia supone una adaptación a la regulación legal introducida por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia del trabajo publicado en De los ADR (alternative dispute resolution) a los CDR (complementary dispute resolution) en la jurisdicción civil, (Sonia Calaza López, Ixusko Ordeñana Gezuraga, Julio Sigüenza López, dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 35-80. Se trata de un texto provisional que no ha incluido todavía parte de la bibliografía recientemente publicada en la materia. En el desarrollo de este trabajo he contado con la colaboración en las tareas de selección y búsqueda bibliográfica de Andrea Abrodos Guerra, becaria de iniciación a la investigación del Departamento de Derecho Público de la Universidade da Coruña, a quien le agradezco enormemente su ayuda

I INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (LMME) ha incluido una modificación esencial en nuestro proceso civil: la presentación de una demanda en la práctica generalidad de los supuestos debería estar condicionada a que previamente las partes hayan intentado llegar a un acuerdo a través de alguno de los denominados Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) tipificados legalmente. Este nuevo requisito de procedibilidad se prevé como un método para promover la utilización de las soluciones autocompositivas en los litigios civiles, de modo que su uso se convierta en obligatorio para las partes como paso previo al recurso a la vía jurisdiccional, que viene a adquirir así un papel subsidiario a la propia actividad de los particulares en la solución de sus conflictos. La intención declarada del legislador es la de descongestionar de este modo a los juzgados y tribunales del orden civil, en cuanto deberían ser, previsiblemente, menos los asuntos que ingresen en ellos, al haberse en un porcentaje de casos llegado a un acuerdo entre las partes que evite el proceso judicial.

El legislador se inclina, así, por establecer la obligatoriedad en el uso de los MASC para potenciar su utilización más de una década después de la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dado que el balance de esta, donde el recurso a la mediación se hacía con carácter voluntario (arts. 1 y 6), no ha sido todo lo positivo que se esperaba, en términos de volumen de casos y de descarga del sistema procesal²³. Sin embargo, la introducción de este nuevo requisito de

2 Los datos disponibles avalan esta afirmación. De acuerdo con las Memorias del Consejo General del Poder Judicial de los años 2022 a 2024 (pp. 393, 446 y 494) del total de 2.587.127 de asuntos que ingresaron en la jurisdicción civil en el año 2021, únicamente 4.199 (3.287 en asuntos de familia) fueron derivados a mediación por los órganos jurisdiccionales y de todos ellos únicamente 452 terminaron con avenencia (solo 110 asuntos que no pertenecían a materia de familia). En el año 2022, estas cifras fueron de 3.037 en materia de familia y 868 en el resto de los asuntos civiles, de un total de 2.809.693, con un porcentaje de avenencias en ambos casos ligeramente superior al 18%, lo que supone un descenso en la remisión total de 4,8% y 7,6% respectivamente, en comparación con el año anterior. Finalmente, para 2023, último año del que existen cifras, los asuntos derivados a mediación en materia de familia han sido 2376 (10,9% de las cuales han terminado en avenencia) y de 629 en el resto de los asuntos civiles (15,9% con avenencia), de un total de 2.985.234, lo que supone un descenso frente al año anterior del 21,8% y 27,5%, respectivamente. La tendencia es, además, preocupante, tal y como señala BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 115-125, dado que, tras una primera fase alcista hasta el año 2016, donde se produjeron 1449 derivaciones (excluidas las referidas a Derecho de familia), la tasa ha sido descendente a partir de ese año (con un pequeño repunte en 2021). Las razones, para este autor, tendrían que ver con un aumento de la desconfianza de los tribunales en la mediación, a la vista de la experiencia sobre el bajo porcentaje de acuerdos alcanzados o en la falta de apoyo institucional a la mediación.

A nivel europeo, el panorama no es mucho más alentador. Así, el Informe de la Comisión Europea de 2016 - COMISIÓN EUROPEA, *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*, Bruselas, 2016 – señala que en prácticamente ningún Estado Miembro el uso de la mediación supera al 1% de los asuntos que ingresan en los juzgados y tribunales, y que únicamente en Italia, con 200.000 al año, el uso de la mediación es significativo (Alemania, Holanda y el Reino Unido se situarían en un segundo lugar en cuanto a uso de la mediación, pero sin sobrepasar los 10.000 casos anuales).

3 Como afirma CALAZA LÓPEZ, SONIA, “La externalización de la justicia como antídoto para recobrar la eficiencia perdida”, AA.VV., *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, (Dirs. CALAZA LÓPEZ, SONIA Y ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO; coords. MUINELO COBO, JOSÉ CARLOS Y SUBERBIOLA GARBIZU, IRUNE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 32, “la Justicia se percibe, por la ciudadanía, como algo

procedibilidad no era la única medida existente en la Ley para promover la utilización de los MASC, puesto que el legislador ha sido consciente de que, por sí sola, esta obligación legal podría no ser suficiente para asegurar un uso real de los medios alternativos de resolución de controversias, como lo demuestra la eliminación en el año 1984 de la conciliación obligatoria previa, cuya utilización había devenido en un formulismo vacío de contenido. Por ello, se ha acompañado esta exigencia de un concepto nuevo, el abuso del servicio público de justicia, con el objetivo de complementar y reforzar la introducción de los MASC, buscando asegurar que su utilización por las partes se produce de buena fe y con verdadero afán para lograr la resolución del conflicto. De este modo, cuando las partes no entablen una verdadera negociación, o no acepten una propuesta de solución en el caso concreto que coincida sustancialmente con lo finalmente otorgado por los tribunales, podrá apreciarse por el órgano jurisdiccional la concurrencia de un abuso del servicio público de justicia, en cuanto utilización superflua o innecesaria de su derecho de acceso a los tribunales, y sancionar a quien haya incurrido en tal comportamiento con la imposición de las costas procesales, o moderando e incluso exonerando a quien fuese condenado, de la obligación de pago contenida en la sentencia judicial que ponga fin al proceso. Se introduce así una matización en el tradicional criterio del vencimiento en la condena en costas para incluir un nuevo criterio de valoración por el juzgador o juzgadora que se añade a los tradicionales de mala fe y temeridad, complementándolos. De este modo, quien vea satisfechas sus pretensiones procesales podría obtener un pronunciamiento en costas negativo para sus intereses si se considera que la utilización del proceso fue abusiva, al haber podido obtener igual o semejante satisfacción en vía extrajudicial con carácter previo, habiendo, de algún modo, malgastado recursos públicos con su actuación.

La presente ponencia analizará el uso combinado del señalado requisito de procedibilidad y del abuso del servicio público de justicia, intentando poner de manifiesto los valores y principios presentes tras este intento de modificación legislativa. Se abordará la obligatoriedad del recurso a los MASC como paso previo al proceso, y las modificaciones procesales que se han incluido para procurar su efectividad. De modo particular se examinará el nuevo concepto de abuso del servicio público de justicia y las implicaciones y consecuencias jurídicas que conllevará su apreciación por parte de los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, se considerarán las posibles repercusiones la modificación legislativa para el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, teniendo en cuenta su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción.

II PRINCIPIOS PROGRAMÁTICOS DE LA LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

2.1. Entre el gerencialismo y el humanismo

La exposición de motivos de la LMME justifica la reforma procesal civil y la introducción del recurso a los MASC como requisito de procedibilidad en la necesidad de hacer frente a las dificultades en el desarrollo normal de juzgados y tribunales. La situación endémica de atasco judicial de la administración de Justicia en España se presenta en elemento legitimador de esta medida⁴, llamada a limitar la entrada de nuevos

lejano, costoso, fatigoso, complejo, ineficaz; pero ello no ha sido óbice (...) para que los ciudadanos confiaran sus controversias, una y otra vez, a la Administración de Justicia, cuando ya estaban plenamente implementados en nuestro país -al menos- dos de los métodos -hasta el momento- más depurados de solución extrajudicial: la mediación y el arbitraje”.

4 Que en los últimos años los órganos jurisdiccionales civiles han visto incrementado el número de casos que deben atender de forma exponencial es una afirmación innegable, a la vista de los datos. De acuerdo con las

asuntos en el sistema judicial⁵. Un porcentaje de estos deberán pasar a ser resueltos por las partes a través de los diversos medios de resolución de conflictos extraprocerales, liberando así al servicio público de Justicia de una parte de los asuntos que lo sobrecargan⁶. De este modo, el trabajo de los órganos jurisdiccionales podría resultar más eficiente, reduciendo, se supone, los tiempos de tramitación y pudiendo dedicar más atención a aquellos asuntos que siguiesen ingresando en ellos⁷.

El objetivo, en consecuencia, sería ofrecer a la ciudadanía “un servicio público eficiente y justo”. La pretensión es la de reservar el proceso judicial para los casos en los que realmente se necesiten y evitar, de este modo, una supuesta utilización espuria del proceso civil. El legislador parte, por lo tanto, de que no todos los asuntos que se someten a la consideración de los órganos judiciales necesitan realmente de un tratamiento procesal⁸ y que, en determinados supuestos, se acude a la Jurisdicción no como medio de solucionar un determinado conflicto, sino con otros fines diferentes, lo que estaría produciendo un uso abusivo de la administración de Justicia⁹. Con la reforma se pretende,

Memorias del Consejo General del Poder Judicial, en el año 2003, entraron en la jurisdicción civil 1.196.498 asuntos, quedando pendientes de resolver al terminar el ejercicio 751.446. Dos décadas después, en 2023, el número de asuntos de nuevo ingreso fue de 2.985.234 asuntos, estando pendientes de resolver a final de año un total de 2.273.559. En todo caso, la duración media de los procesos – al menos en primera instancia – no ha aumentado en la misma proporción, siendo de 7,96 y 8,48 meses en el año 2022, dependiendo de si se trababa de juzgados de primera instancia o de primera instancia e instrucción, respectivamente, frente a los 8,2 meses de media (primera instancia, primera instancia e instrucción y juzgados de familia) para el año 2023. Este último dato le vendría a quitar tal vez novedad, aunque no importancia, a la crónica congestión de la administración de Justicia. Vide CGPJ, Memoria Anual 2003 (correspondiente al año 2002), Madrid, 2003, p. 79 y CGPJ, Memoria Anual 2024, op. cit., p. 510.

5 La vinculación entre reducción de la carga de los juzgados y tribunales y la promoción de los MASC ha sido señalada reiteradamente por la doctrina. Sirva de ejemplo LÓPEZ GUERRA, LUIS, “La modernización de la Justicia como servicio público”, Revista de Derecho Político, núm. 47/2000, pp. 21-22; HERRERA DE LAS HERAS, RAMÓN, “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, InDret, núm. 1/2017, p. 14; ÁLVAREZ GARCÍA, HÉCTOR, “La premediación como presupuesto procesal de admisibilidad versus el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción”, AA.VV. (Dir. CABRERA MERCADO, RAFAEL; coord. QUESADA LÓPEZ, PEDRO MANUEL), La mediación como método para la resolución de conflictos, Dykinson/Universidad de Jaén, Madrid, 2017, p. 87; PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, “La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva”, InDret, 2/2019, p. 4.

6 “Resulta oportuno, ante el exponencial incremento de la litigiosidad, fomentar tal modo de proceder habitual de la abogacía contemplando que dicha actividad negociadora sea debidamente remunerada, incluso en los casos en los que se intervenga por designación en el turno de oficio, y con la introducción de un catálogo de mecanismos de negociación asistida, abierto a cualquier otro método eficaz, que sea subsidiario de la actividad negociadora directa que ya se practica tradicionalmente por la abogacía” (E. de M. LMEP).

7 Tal y como expone DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL, “Las tasas Judiciales a juicio”, InDret, núm. 1/2017, p. 15, “la capacidad de trabajo de los Tribunales es limitada: si aumenta el número de asuntos que han de atender, tardarán más en resolverlos todos o podrán dedicar menos horas a preparar cada uno de ellos, o las dos cosas. La congestión provocada por el actor puede generar, por lo tanto, un incremento del tiempo necesario para resolver este y otros procedimientos, así como una disminución del acierto y la calidad de las resoluciones judiciales adoptadas. Ello seguramente perjudicará: i) a quienes son partes en esos procedimientos; ii) a quienes podrían serlo, pero no lo van a ser como consecuencia de los retrasos y la incertidumbre generada por la escasa calidad de la Administración de Justicia, que podrán ejercer un cierto efecto disuasorio o desalentador (chilling effect) sobre su derecho a recabar la tutela judicial; y iii) a otras personas que se podrían beneficiar si los Tribunales sentaran puntualmente reglas jurisprudenciales claras, acertadas y bien fundamentadas, que mitiguen el riesgo de que se lleven a cabo conductas antijurídicas y de que surjan ciertos conflictos y litigios”.

8 CARRETERO MORALES, EMILIANO, “¿Puede contribuir el nuevo modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación a mejorar la eficiencia del proceso civil? Breve análisis del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”, AA.VV. (Drs. JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO, BELLIDO PENADÉS, RAFAEL; coords. LLOPIS NADAL, PATRICIA, DE LUIS GARCÍA, ELENA), Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 581; ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Eficacia Procesal”, La Ley Mediación y Arbitraje, núm. 7/2021, p. 4.

9 Como ejemplos de usos abusivos del proceso civil, señala ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, “Comentarios al Anteproyecto... op. cit, p. 7, los derivados de la utilización del sistema judicial como gestoría de recobro de

pues, una resolución de ciertos litigios en vía extrajudicial, que se estima más adecuada, sea por la poca complejidad de los asuntos que se judicializan o por las posibilidades de acuerdo previo que existen.

Naturalmente, esta declaración de intenciones esencialmente productivista o eficientista es aderezada con elementos bañados de una retórica que ensalza las bondades de los medios autocompositivos de solución de conflictos. Se trataría de “incorporar los valores de solidaridad y de humanismo entre los que la Justicia es la espina dorsal y el elemento imprescindible de la paz social”. De este modo se invita a la ciudadanía a que “antes de entrar en el templo de la Justicia” pasen por “el templo de la concordia”, en una alimbarada máxima que deriva, según parece, de los principios “de la Ilustración y del proceso codificador”.

La LMME afirma extender el concepto de Administración de Justicia, yendo más allá de la clásica “justicia contenciosa” para incorporar en su seno la “justicia deliberativa”, aunque en realidad lo que se pretenda no sea más que una desjudicialización de la resolución de una parte de los conflictos que se producen en el seno de la sociedad. Se quiere introducir así en vía legislativa el denominado sistema de *multi-door justice*¹⁰, según el cual la tutela jurídica se desvincula de la tutela judicial, en la medida en que los órganos jurisdiccionales pierden el monopolio de la impartición de Justicia. La resolución de conflictos pasa a ser responsabilidad de toda la sociedad y de todas las profesiones jurídicas: “los colegios profesionales cumplen de esta forma una función de servicio a la ciudadanía, albergando en el seno de sus instituciones mecanismos de solución de controversias, promoviendo y facilitando el diálogo social, a la vez, fortaleciendo el importante papel que desempeñan en una sociedad democrática”. Los MASC, en consecuencia, aparecen llamados a cumplir una función mayor que la simple composición de controversias individuales, para favorecer un clima social de concordia, “romper la dinámica de confrontación y la crispación” que presumiblemente está instalada en nuestra sociedad: “que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales”. La Justicia no se identifica ya únicamente con los juzgados y tribunales depositarios de la función jurisdiccional del Estado, sino que se amplía para incluir a los MASC, que se complementarán con el proceso judicial, pasando este incluso a un plano subsidiario con respecto a aquellos, en cuanto deberán ser de uso preferente.

Jurisdicción y MASC vendrían a constituir un sistema unitario y global¹¹. La tutela jurídica de los derechos e intereses legítimos no será ya únicamente la tutela judicial, sino que se verá satisfecha con el acceso de los ciudadanos a diversos modos de resolución de conflictos¹².

Un tercer elemento, que debe considerarse muy significativo de los fundamentos ideológicos de la reforma, es el de procurar que los ciudadanos “se sientan protagonistas

morosos, al haberse reducido la dimensión de los departamentos de impagados de las entidades financieras, las estrategias comerciales de determinadas firmas jurídicas en la defensa de los derechos de las personas consumidoras y usuarias, o la extensión del beneficio de justicia gratuita a más de la mitad de la población, aspectos todos ellos que han provocado una litigiosidad de escaso contenido jurídico.

10 PEREA GONZÁLEZ, ALVARO, “Breve comentario al concepto de abuso del servicio público de justicia en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal”, Diario La Ley, núm. 9774/2021, p. 2.

11 ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, “Comentarios al Anteproyecto... op. cit., p. 4.

12 Sobre los MASC como medios adecuados para garantizar el acceso a la Justicia, puede verse TIERNO BARRIOS, SELENA, “Los medios alternativos de resolución de conflictos como vertiente del derecho de acceso a la justicia en una sociedad intercultural”, AA.VV. (Dir. YURREBASO, AMAIA; coord. SEIXAS VICENTE, ISABEL y CABEZAS VICENTE, MANUEL), Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género IV interculturalidad y Derechos Humanos, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021, p. 144; CARRETERO MORALES, EMILIANO, “¿Puede contribuir el nuevo... op. cit., pp. 580-581; ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, “Comentarios al Anteproyecto... op. cit., p. 17.

de sus propios problemas¹³ – ¿no lo son en el proceso judicial? – y asuman de forma responsable la solución más adecuada de los mismos”. Los ciudadanos se convierten de este modo en corresponsables de la sostenibilidad del servicio público de Justicia, debiendo evitar acudir al mismo si pueden resolver sus controversias de otra forma y siendo penalizados cuando no lo hagan así, para lograr que las medidas proyectadas sean realmente eficaces y “que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos”.

Es decir, aquellos que puedan acudir a los MASC y no lo hagan, o no acepten una solución posible en su seno que no difiera en esencia de lo acordado posteriormente en vía judicial, habrán puesto de relieve un uso irresponsable del servicio público de Justicia, que se sancionará a través del régimen de imposición de costas procesales, o incluso de multas coercitivas, vía art. 247 LEC (que se modifica por el art. 22.20 LMME, para incluir el concepto de abuso del servicio público de justicia como parte del supuesto de hecho que posibilita la imposición de multas por incumplimiento de la buena fe procesal).

En realidad, lo que trasluce la exposición de motivos de la LMME y las soluciones incluidas para aumentar la eficiencia de la Justicia es una estrategia privatizadora de la Administración de Justicia¹⁴. Se trata de reducir el campo de actuación de los órganos jurisdiccionales¹⁵, de la, digamos, parte pública del sistema, ahora considerado como un todo, para ampliar las soluciones privadas a las que las partes puedan llegar por sí mismas o con ayuda de profesionales que ya no serán personal jurisdiccional, ni siquiera miembros de la función pública, y cuyos honorarios no serán tampoco soportados, en principio, por las administraciones.

Se pretende así una reducción de los costes del “servicio público de Justicia”, a través de dos vías. Por un lado, aminorando sustancialmente el importe de tramitación de cada caso, dado que resolver un asunto a través de un MASC es sensiblemente más barato que hacerlo a través de un proceso judicial¹⁶. Por otro lado, se espera un ahorro en los fondos públicos, al no tener que redimensionarse la capacidad de la administración de Justicia y sus medios materiales y personales al nivel real de litigiosidad¹⁷. No debe descartarse, además, que parte de estos gastos se transfieran, al menos parcialmente, a las Comunidades Autónomas y a los propios usuarios y usuarias del servicio – a los y las justiciables –¹⁸. Así, el art. 11 LMME establece que cuando las partes acudan al proceso

13 En cuanto a la idea de los MASC como mecanismos que pueden servir para el empoderamiento de las personas, puede verse también TIERNO BARRIOS, SELENA, “Los medios alternativos...”, op. cit., p. 144.

14 A una conclusión semejante llegan, entre otros, LORCA NAVARRETE, ANTONIO M., “El elogio del eficientismo procesal del servicio privado de justicia en el anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2/2021, pp. 162-165; VÉLEZ TORO, ANTONIO, J., “La huida del proceso civil”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53/2021; VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022; CALAZA LÓPEZ, SONIA, “La externalización de la justicia como antídoto para recobrar la eficiencia perdida”, AA.VV., *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA Y ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO; coords. MUINELO COBO, JOSÉ CARLOS Y SUBERBIOLA GARBIZU, IRUNE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 30)

15 HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 11, 2022.

16 De acuerdo con el informe del PARLAMENTO EUROPEO, *Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, Bruselas, 2014, el coste global medio de un procedimiento judicial para la administración de Justicia es de 9.179€, frente a los 6.124€ que supondría un procedimiento de mediación. Para España, las cifras que refiere el informe son todavía más significativas: 8.015€ como coste del procedimiento judicial, frente a los 1.833€ del procedimiento de mediación. Vide HERRERA DE LAS HERAS, RAMÓN, “La mediación obligatoria...” op. cit., pp. 10-11 y PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, “La imposición de los ADR...” op. cit., p. 6.

17 VÉLEZ TORO, ANTONIO, J., “La huida del proceso civil”, op. cit., p. 7.

18 Como señala MARTÍNEZ PALLARÉS, JOSÉ I., “El debate sobre las costas procesales, desde la perspectiva ADR”, *Práctica de Tribunales*, núm. 131/2018, p. 14, los MASC tienen costes económicos, más allá del pago de

negociador asistidas por sus abogados o abogadas habrán de abonar sus respectivos honorarios, salvo que se tenga derecho al beneficio de justicia gratuita¹⁹. Igualmente, aunque el precepto señala que “se asegurará la existencia de mecanismos públicos para la solución de conflictos de acceso gratuito para las partes”, en el caso de que acudan a otro mecanismo en el que intervenga una tercera persona neutral, sus honorarios serán asumidos por las partes intervinientes.

La asunción de los gastos derivados del recurso a los MASC por parte de las administraciones públicas debe considerarse en estos momentos, cuanto menos, incierta, ya que por un lado la DA 2ª LMME señala que “las Administraciones con competencias en materia de Justicia podrán establecer, en su caso, cuanto tengan por conveniente para sufragar el coste de la intervención de dicho tercero neutral, en todo o en parte, con cargo a fondos públicos y para aquellas personas en quienes concurren los requisitos que se establezcan a tal efecto, en la medida en que los medios adecuados de solución de controversias permitan reducir tanto la litigiosidad como sus costes, siempre de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias”, no existe ninguna garantía legal ni verdadera obligación presupuestaria de financiación²⁰. Por otro lado, a pesar de que el señalado art. 11 LMME prevé la existencia de mecanismos públicos de acceso gratuito y universal, a través de los servicios de medios adecuados de solución de controversias (DA 3ª LMME), lo cierto es que no queda nada claro ni el cómo, ni el cuándo ni, sobre todo, el quién estará obligado a la creación y si estos, cuando se creen, estarán dotados con los medios necesarios para no convertirse en una nueva fuente de dilaciones procesales. Ha de señalarse, además, que el requisito de procedibilidad ha entrado ya en vigor, sin que la creación de estas alternativas gratuitas y universales se hayan generalizado.

Se impone, pues, una visión efficientista de la Administración de Justicia, pero también de la introducción de los MASC en el sistema. La promoción de este tipo de medios de solución de conflictos no se realiza principalmente por sus valores intrínsecos o por los beneficios que puedan reportar para quienes los utilicen, sino como instrumento de descongestión de juzgados y tribunales²¹. En este sentido, ya no importa tanto dar una respuesta adecuada a cada conflicto, en virtud de su naturaleza y de las circunstancias particulares de cada uno de ellos, lo que está en la base de las teorías de multi-door justice, como aligerar de asuntos al sistema público, independientemente de las consideraciones de Justicia en las soluciones a las que se puedan llegar²².

los honorarios que corresponden a los profesionales que participan en su desarrollo (terceros neutrales, asesores de las partes, peritos, etc.). Hay que sumarle el coste de la incertidumbre, porque nada garantiza que se vaya a llegar a un acuerdo, pese a los recursos invertidos, el coste del acuerdo en sí mismo, en términos de cesión de derechos y, en el mejor de los supuestos, los costes propios de documentación del acuerdo. Y todo ello, sin posibilidad de repercutir los gastos propios a la otra parte.

19 A estos efectos, la DF 10 introduce un nuevo apartado 11 al art. 6 LAJG, para incluir en el ámbito de esta la intervención de profesionales de la abogacía en los MASC

20 De “brindis al sol”, “trampa” o “simple papel mojado” lo califica VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, *Mediación mercantil...* op. cit., p. 85.

21 Como afirma VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, *Mediación mercantil...* op. cit., pp. 37 y 41, el éxito de la mediación [y de los MASC, podríamos añadir] debe hacerse descansar en la bondad del propio instrumento y no tanto en los defectos de funcionamiento de la administración de Justicia.

Desjudicializar sólo será posible si contamos de verdad con un sistema capaz de generar confianza en los que acuden a él y bien dotado de medios materiales y personales. En sentido semejante, BARONA VILAR, SILVIA, “La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia”, AA.VV. (Coord. BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 237; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “Los medios adecuados...” op. cit., p. 26.

22 Tal y como señala el propio VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, *Mediación mercantil...* op. cit., p. 85, el prelegislador se habría decantado más por la eficiencia procesal que por la eficacia de la Justicia. Es decir, haría pivotar la reforma procesal no en la importancia de alcanzar resoluciones justas y respetuosas con las garantías procesales, sino en conseguir ahorrar al Estado tiempo y dinero. La meta sería “movilizar un número menor de recursos públicos para alcanzarla”. Esta conclusión se vería reforzada por la circunstancia de que la

2.2. La Justicia: ¿servicio público o Poder?

Este cambio de paradigma no hubiese sido encajado sin la inclusión del concepto de servicio público de Justicia como eje vertebrador de la reforma propuesta. De acuerdo con este punto de vista, la administración de Justicia ofrece a la ciudadanía un servicio público²³, en este caso, el de la resolución de conflictos jurídicos. La discusión, de este modo, se centra en cuál es el modo más correcto y eficiente de prestación de este servicio público al que el Estado viene obligado²⁴. Esta concepción por un lado posee un indudable valor en términos de garantizar los derechos de los ciudadanos, pero por otro, olvida la verdadera posición de la Jurisdicción en la estructura del Estado.

En efecto, poner de manifiesto la existencia de un verdadero servicio a la ciudadanía en la actuación de la Justicia conecta directamente con la naturaleza prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE²⁵.

La necesidad constitucional de que la tutela de los derechos e intereses legítimos que se presta por juzgados y tribunales sea realmente efectiva y que los procesos judiciales se desarrollen dentro de plazos razonables (sin dilaciones indebidas), introduce una serie de obligaciones para los poderes públicos sobre el funcionamiento de la Justicia²⁶. Deben procurarse al Poder Judicial una estructura organizativa y unos medios materiales y personales que permitan su funcionamiento de modo correcto, eficaz y en plazos razonables²⁷. Ya no importa sólo la posición estructural de la Jurisdicción en cuanto poder del Estado, sino que es fundamental considerar si se cumple con la promesa constitucional de ofrecer a la ciudadanía una tutela verdaderamente “efectiva” de sus derechos.

En este sentido, considerar la vertiente prestacional de la Jurisdicción no supone una degradación de sus funciones ni de su papel sistémico²⁸, sino que, al contrario, permite

desjudicialización no siempre se hace en favor de un medio verdaderamente negocial o de resolución del conflicto, sino de ofertas vinculantes o de requerimientos o reclamaciones previas, ausentes de cualquier valor conciliador. Vide, al respecto, CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, “Los métodos adecuados de solución de conflictos según el proyecto de eficiencia procesal”, AA.VV., *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA Y ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO; coords. MUINELO COBO, JOSÉ CARLOS Y SUBERBIOLA GARBIZU, IRUNE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 313.

23 ESCUDERO MORATALLA, JOSÉ F.; FERRER ADROHER, MERCE, “La Administración de Justicia como servicio público”, *Diario La Ley*, núm. 9681/2020, pp. 2-3.

24 Un ejemplo de este enfoque puede verse en TAJADURA TEJADA, JAVIER, “Reflexiones en torno a la configuración de la justicia como servicio público”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 8-9/2001-2002, pp. 177-200: “Una aproximación a la modernización de la Justicia no debería diferir de la que pudiera hacerse, por ejemplo, a la modernización de la Sanidad o de otros servicios públicos. Se trata de funciones básicas del Estado encaminadas a garantizar una digna calidad de vida a los ciudadanos que son encomendadas a funcionarios públicos (jueces y magistrados en un caso, médicos en otro) que va a tener en sus manos la vida y la libertad de los ciudadanos. En ambos casos lo que el ciudadano va a exigir es una correcta prestación del servicio público correspondiente, sanitario o judicial. Toda la problemática de la organización del servicio va a estar subordinada a ese objetivo”. (Íbidem, pp. 185-186). Pueden verse afirmaciones semejantes también en SOSA WAGNER, FRANCISCO, “Poder Judicial, Jueces y servicio público”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 109/2006, pp. 85-102.

25 LÓPEZ GUERRA, LUIS, “La modernización...”, op. cit., p. 194.

26 LÓPEZ GUERRA, LUIS, “La modernización... op. cit., p. 31. Tal y como señala este autor, el propio Tribunal Constitucional en STC 45/1990, de 15 de marzo, acogió este posicionamiento, al afirmar que la provisión de medios suficientes a juzgados y tribunales era algo estrictamente vinculado a la efectividad de la tutela judicial. Puede verse también al respecto lo señalado por ORTELLS RAMOS, MANUEL, “Jurisdicción y servicio público de justicia”, AA.VV. (Dir. ORTELLS RAMOS, MANUEL), *Introducción al derecho procesal*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 46.

27 Vide CANALES ALIENDE, JOSÉ MANUEL, “La administración de la Justicia: hacia una visión gerencial del servicio público de la justicia”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 73/1991, pp. 213-227; MILIONE, CIRO, “La función judicial en el marco del Estado social y autonómico español: ¿Poder o servicio público?”, *Estudios de Deusto*, núm. 62-2/2014, p. 315.

28 SAAVEDRA LÓPEZ, MODESTO, “La administración de justicia, ¿servicio público o poder del estado?”, *Jueces para la democracia*, núm. 65/2009, p. 24.

aumentar su legitimidad al centrarse en el justiciable²⁹ y no en sí mismo. No es posible, en consecuencia, obviar el modo y la forma en la que el Poder Judicial ejerce sus funciones, sino que deben ponerse los medios para que este ejercicio cumpla con su deber de atender las necesidades ciudadanas.

Lo anterior, no obstante, no supone que puedan alcanzarse estos objetivos prestacionales de cualquier forma, y ello por dos razones que a continuación se expondrán. La primera, porque el derecho a la tutela judicial efectiva tampoco puede ser satisfecho de cualquier manera, sino únicamente en el marco del igualmente trascendental derecho a un proceso justo³⁰. Es decir, el primer límite a las consideraciones efficientistas del servicio público de justicia es que este solo puede ser prestado dentro de un sistema de derechos y garantías que son inevitables, en cuanto configuradoras de su contenido esencial. En consecuencia, cualquier intento de mejorar las prestaciones del servicio se verá abocado a respetar los principios procesales de audiencia, contradicción, defensa, imparcialidad y demás que forman parte del proceso debido.

La segunda razón es que la vertiente prestacional de la Jurisdicción no agota su configuración constitucional³¹. El Poder Judicial ofrece un servicio a la ciudadanía, pero no es únicamente un mecanismo de resolución de conflictos. La Administración de Justicia forma parte del entramado institucional de equilibrios de un estado democrático. Ejerce un control sobre el Poder Ejecutivo. Complementa al Legislativo al aplicar la ley al caso concreto. Es garantía de la paz social³² y contribuye de modo determinante a afirmar el Derecho y asegurar la vigencia de la Ley en el seno de la sociedad. La Jurisdicción es mucho más que una refinada institución de expertos en el ámbito de la resolución de conflictos, que puede ser sustituida por otras instituciones o personas igualmente diligentes en su ámbito. El Poder Judicial dice el Derecho, es garantía de los derechos de la ciudadanía y de su igualdad ante la Ley.

La desjudicialización de la función declarativa del derecho, por lo tanto, no es sólo una cuestión de eficiencia, sino que afecta a la propia esencia del Poder Judicial. Cuando se afirma que ciertos asuntos pueden ser desjudicializados por su sencillez³³ o porque no implican un verdadero conflicto jurídico se olvida que el juez no es sólo un experto jurídico. De hecho, la capacidad jurídica del juez, siendo importante, no es lo que define su posición institucional. En este sentido, no necesariamente puede afirmarse una mayor pericia técnica del personal jurisdiccional respecto de otras profesiones jurídicas. La legitimidad del juez viene dada por el ejercicio de la potestad jurisdiccional como poder soberano del Estado³⁴, por tener la capacidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y con ello, resolver el litigio en el caso concreto, pero también contribuir a la realización y vigencia de la norma jurídica, con lo que su actuación tiene una dimensión pública que desborda el interés de las partes.

El mayor peligro de las visiones gerencialistas del servicio público de Justicia no viene, pues, de un posible ataque a la independencia judicial, por asimilación con la

29 TAJADURA TEJADA, JAVIER, "Reflexiones en torno...", op. cit., p. 195; LÓPEZ GUERRA, LUIS, "La modernización..." op. cit., p. 32.

30 LÓPEZ GUERRA, LUIS, "La modernización..." op. cit..

31 Como afirma la STC 20/2012, de 16 de febrero, "el acceso a la jurisdicción no es equivalente a la prestación de un servicio público por la Administración, a que se trata de la puesta en marcha de un proceso ante un poder del Estado en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva". Vide al respecto, GONZÁLEZ ALONSO, ALICIA, "Las tasas judiciales (o sobre la aflicción) desde la perspectiva constitucional", RJUAM, núm. 27/2013-I, pp. 160-161.

32 VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, Mediación mercantil... op. cit., p. 41.

33 Vide ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, "Comentarios al Anteproyecto..." op. cit., p. 4.

34 PÉREZ ESTRADA, MIREN J., "La Justicia, ¿un servicio público?", Revista General de Derecho Procesal, núm. 57/2022, p. 18.

administración pública, ni de la injerencia del poder político en el quehacer judicial³⁵. El riesgo está en la pérdida de vigencia de la función jurisdiccional³⁶, y en la privatización su prestación, siempre posible en el ámbito de los servicios públicos³⁷, reduciendo su ámbito de actuación bajo la coartada de una mayor libertad de las partes para la solución de sus conflictos³⁸ o de la presunta mayor eficiencia de los medios privados para acometer esta tarea ³⁹. Desde luego, no puede negarse la virtualidad de las fórmulas autocompositivas en ciertas circunstancias para lograr un tratamiento más humano del conflicto y ofrecer soluciones provechosas para las partes. Tampoco que en determinados supuestos hayan existido abusos procesales, habiendo utilizado ciertos litigantes su posición de superioridad en el mercado para obligar a los más débiles a acudir a los tribunales para ver satisfechos derechos que deberían haber sido atendidos voluntariamente. Pero el reconocimiento de ambas situaciones no implica aceptar que la única consecuencia válida de estas afirmaciones es obligar a la ciudadanía a resolver por sí mismos sus conflictos.

Como se señaló anteriormente, reducir el papel del Poder Judicial en la afirmación de la solución jurídicamente acertada, es decir, en la situación justa, para convertirlo en ejecutor de decisiones acordadas previamente por las partes es contrario a un correcto entendimiento de la función jurisdiccional⁴⁰. Acudir necesariamente a la autocomposición puede ser útil para reducir el número de asuntos que ingresan en el sistema judicial, pero no asegura la integridad de los derechos de la ciudadanía ni protege a las partes más débiles en el tráfico jurídico y económico⁴¹. Olvida las funciones públicas del Poder Judicial y su papel como garantía de la vigencia de la Ley⁴².

35 Estas han sido, en general las razones esgrimidas por la doctrina más crítica con el concepto de servicio público de justicia, como puede verse en FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, "La justicia no es un servicio público: examen provisional del proyecto de reforma procesal. (En situación parlamentaria de "enmiendas")", *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 39/2009, pp. 636-637; PÉREZ ESTRADA, MIREN J., "La Justicia..." op. cit., pp. 8-9.

36 ASECIO MELLADO, JOSÉ M., "Eficiencia, poder judicial y proceso", *Práctica de Tribunales*, núm. 148/2021.

37 OLIVEROS ROSELLÓ, MARÍA, J., "Sobre el servicio público de justicia", *Diario La Ley*, núm. 9888/2021, p. 3.

38 VÉLEZ TORO, ANTONIO, J., "La huida del proceso civil", op. cit., p. 7.

39 SAAVEDRA LÓPEZ, MODESTO, "La administración de justicia..." op. cit., pp. 29-30.

40 Como señala VÉLEZ TORO, ANTONIO, J., "La huida del proceso civil", op. cit., p. 15, en estos esquemas, el marco de la tutela judicial efectiva puede quedar reducido a la mera tutela ejecutiva, a fin de garantizar el cobro a los acreedores con una ejecución más rápida y eficaz de los créditos contra morosos. "Desde esta óptica, lo realmente importante es que los sectores económicos dominantes cuenten con resortes procesales que les proporcionen mayores cotas de seguridad jurídica y judicial -sabiendo de antemano el resultado de los diferentes litigios-. Para conseguir dicho objetivo, la tutela judicial debe ser predominantemente ejecutiva -sin posibilidad de discutir los diferentes créditos constituyan títulos ejecutivos; es decir, tengan el valor de las sentencias (sin el previo proceso declarativo) y puedan ser ejecutados por los órganos judiciales, sin posibilidad de que los deudores puedan optar a un juicio justo en el que poder exponer sus razones e instar la tutela de sus maltrechos derechos".

41 En palabras de VÉLEZ TORO, ANTONIO, J., "La huida del proceso civil", op. cit., p. 20, "a estas alturas resulta demasiado obvio que la Jurisdicción constituye una amenaza real para las grandes fuerzas económicas, que corren el riesgo de ser puestas en pie de igualdad con la otra parte ante la autoridad judicial, que podrá enjuiciar sus conductas y sus posibles abusos".

42 Como afirma VÉLEZ TORO, ANTONIO, J., "La huida del proceso civil", op. cit., p. 8, la consecuencia de la desjudicialización es la "deslegalización" o pérdida del papel central de la Ley, con la consiguiente pérdida de eficacia del ordenamiento jurídico, a través del beneficio de la libertad y disponibilidad más absolutas sobre las situaciones jurídicas en conflicto. En sentido semejante, vide VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, *Mediación mercantil...*, op. cit., p. 26).

III EL RECURSO PREVIO A LOS MASC COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL PROCESO CIVIL

Como se ha apuntado anteriormente, el balance de la utilización de los MASC, y concretamente de la mediación, en la última década (larga) no puede decirse que haya sido positivo desde el punto de vista numérico. Ni la Ley de Mediación del año 2012 ni las directivas europeas que han abordado esta materia –Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁴³ – han logrado un uso significativo de los instrumentos de resolución de conflictos alternativos al proceso, al menos en lo relativo a su impacto sobre la sobrecarga de la Administración de Justicia. En respuesta a esta situación se ha consolidado una corriente de opinión favorable a la obligatoriedad de la mediación y del uso de otros MASC. En este sentido se han pronunciado las instituciones europeas, con cierta cautela⁴⁴, pero avalando la posibilidad de que las legislaciones de los Estados Miembros introdujesen el uso previo de la mediación como un requisito para la presentación de una demanda judicial⁴⁵, siempre que con ello no se obstruyese de facto el derecho de acceso a la jurisdicción, aspecto que será examinado en la última parte de este trabajo. Del mismo modo, el éxito relativo que esta medida ha tenido en alguno de los lugares donde se ha implantado, siendo significativo el caso italiano⁴⁶, ha contribuido también a que el pre-legislador español se haya decantado por esta opción.

La LMME introduce en su art. 4 un nuevo requisito de procedibilidad en la generalidad de los procesos civiles, al señalar que “para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el artículo 2”. Al mismo tiempo, modifica determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil para adecuar la normativa procesal a esta nueva exigencia. La Ley se refiere acertadamente a un requisito de procedibilidad y no a un presupuesto procesal, al contrario de lo sostenido por algunas opiniones doctrinales⁴⁷, ya que el recurso previo a un MASC en nada afectará a la correcta composición de la

43 Traspuesta al derecho español por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

44 Cfrt. BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, *Medios alternativos...*, op. cit., pp. 27-28.

45 PARLAMENTO EUROPEO, *Rebooting' the Mediation Directive...* op. cit.; HERRERA DE LAS HERAS, RAMÓN, “La mediación obligatoria...”, op. cit., p. 7.

46 La mediación obligatoria previa al proceso judicial fue introducida en Italia por el art. 5 del Decreto Legislativo nº 18 de 4 de marzo de 2010, aunque estuvo suspendida por sentencia de la Corte Costituzionale 272/2012, de 6 de diciembre, siendo reintroducida nuevamente por Decreto 69/2013, de 21 de junio. De acuerdo con los datos aportados por MATTEUCCI, GIOVANNI, “MASC: Métodos alternativos o adecuados de solución de controversias. Spain and Italy”, AA.VV. (Coord. PÉREZ MARTELL, ROSA), *Eficiencia procesal. Modernización de la Justicia*, J.M. Bosch, Barcelona, 2021, p. 142, tras estas modificaciones legislativas, en el año 2011 se iniciaron más de 60.810 procedimientos de mediación, alcanzándose un total de 9.912 acuerdos, mientras que durante el año 2013, tras la declaración de inconstitucionalidad bajaron a 41.604 casos y 5.700 acuerdos para volver a subir con la reintroducción de la obligatoriedad hasta los 196.247 procedimientos y 20.421 acuerdos en 2015, cifra que se ha venido manteniendo estable en los años posteriores. Estos números son incomparables a los de uso de mediación en cualquier otro país europeo, como puede verse en PARLAMENTO EUROPEO, *Rebooting' the Mediation Directive...* op. cit..

47 En la doctrina se inclinan por esta caracterización, entre otros, BANACLOCHE PALAO, JULIO, “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿Una vuelta al pasado?”, *Diario La Ley*, núm. 9814/2021, p.4; VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, *Mediación mercantil...*, op. cit., p. 67; SÁNCHEZ VALLE, M. DEL ROSARIO, “¿Mediación voluntaria o preceptiva?: Reflexiones a la luz del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 103/2022, pp. 30-67

relación jurídico-procesal, sino que será un impedimento procedimental que se introduce, debido a las consideraciones de política legislativa ya señaladas, cuya ausencia, por lo tanto, no debería provocar la nulidad de las actuaciones, en su caso realizadas.

De todas formas, no se trata de una exigencia completamente novedosa en el proceso civil español, puesto que durante prácticamente toda la vigencia de la LEC de 1881 era obligatorio para el demandante intentar una conciliación previa antes de interponer la demanda, requisito que fue eliminado en 1984, debido a la poca efectividad práctica del mismo, dado que en realidad se había convertido en un formalismo carente de contenido⁴⁸. En los últimos años, alguna legislación sectorial ha recuperado también la necesidad de mediación obligatoria, como es el caso de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, para el caso de los conflictos de consumo que tengan lugar en el sector financiero, o vengan referidos a la aplicación de los Reglamentos de la UE en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo, siempre que lo solicite un consumidor⁴⁹. También en la normativa autonómica se han podido observar supuestos de cierta obligatoriedad de la mediación. Así, la Ley Vasca 7/2015 de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, señala en su art. 6.1 que “el sometimiento a la mediación familiar será obligatorio con anterioridad a la presentación de acciones judiciales cuando así se hubiera pactado expresamente antes de la ruptura”. Por su parte la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, en su art. 132.4.3 señala que, en el marco de ejecuciones hipotecarias de viviendas habituales, “las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje. Una vez transcurrido el plazo de tres meses a contar de la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber alcanzado un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial”. Debe señalarse de todas formas, que los incisos resaltados, referidos a las demandas judiciales, han sido declarados inconstitucionales por STC 54/2018, de 24 mayo de 2018⁵⁰.

Como se ha indicado, el requisito introducido por el art. t.1 LMME se acompaña de una serie de modificaciones de la LEC para hacerlo efectivo. En primer lugar, se varía la redacción de los arts. 264.4 (art. 22.22 LMME) y 399.3 LEC (art. 22.29 LMME), en cuanto a los requisitos materiales y los documentos procesales a acompañar con la demanda, señalando el último de los preceptos mencionado que “se hará constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo o la imposibilidad del mismo, conforme a lo establecido en el ordinal 4.º del artículo 264, y se manifestarán, en su caso, los documentos que justifiquen que se ha acudido a un medio adecuado de solución de controversias, salvo en los supuestos exceptuados en la Ley de este requisito de procedibilidad”. En consecuencia con esta prescripción, el nuevo art. 403.2 LEC (art. 22.30 LMME) establece que “no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas, cuando no se hagan constar las circunstancias a las que se refiere el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 399 en los casos en que se haya acudido a un medio

48 ÁLVAREZ GARCÍA, HÉCTOR, “La premediación...” op. cit., p. 86.

49 Vide SIGÜENZA LÓPEZ, JULIO, “Derecho de acceso a los tribunales y mediación obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción. Normativa europea”, AA.VV. (Dir. JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO; coords. FUENTES SORIANO, OLGA y GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL), Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 538).

50 Vide PEREZ DAUDÍ, VICENTE, “La imposición de los ADR...,” op. cit., p. 15.

adecuado de solución de controversias por exigirlo la ley como requisito de procedibilidad o cuando no se hayan efectuado los requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales”, y para el caso específico de reclamaciones de devolución de cantidades indebidamente satisfechas por personas consumidoras en aplicación de cláusulas suelo u otras que se consideren abusivas en contratos garantizados por hipotecas inmobiliarias, no se admitiría tampoco la demanda “cuando no se acompañe (...) documento que justifique haber practicado el consumidor una reclamación previa extrajudicial a la persona física o jurídica que realice la actividad de concesión de préstamos o créditos de manera profesional, con el fin de que reconozca expresamente el carácter abusivo de dichas cláusulas, con la consiguiente devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor” (art. 439.5 LEC, modificado por art. 22.35 LMME), dado que en estos casos la reclamación extrajudicial previa servirá como MASC a los efectos de entender cumplido el requisito de procedibilidad.

Esta exigencia procesal se aplicará a la generalidad de los procesos civiles (art. 5.1 LMME), aunque la propia Ley recoge una serie de excepciones en las cuales, el recurso a los MASC o bien está prohibido o bien no es necesario. Así, de acuerdo con lo señalado por el art. 4 LMME y en consonancia con lo establecido por el art. 2 LM, “no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias (...) los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable, pero sí será posible su aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil”, es decir, en lo referido a la regulación de la convivencia y situación patrimonial posterior a la disolución del vínculo matrimonial y el régimen de guarda y custodia de hijos comunes y animales de compañía, ni “podrán aplicarse dichos medios de solución de controversias, a los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación”.

Además, aunque no se prohíbe, no se exige actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad, en los procesos para la tutela judicial de derechos fundamentales; para la adopción de las medidas previstas en el art. 158 CC, relativas a las relaciones paterno-filiales; para la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; para los procesos de filiación, paternidad y maternidad; para la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión; para las pretensiones con carácter sumario de demolición o derribo, en casos de ruina; para el ingreso de menores con problema de conducta en centros de protección, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores, o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, ni para el juicio cambiario (aunque sí para el monitorio) (art. 5.2 LMME). Tampoco será necesario acudir a un MASC antes de la interposición de una demanda ejecutiva, la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda, la solicitud de diligencias preliminares, para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria, con la excepción de los relativos a desacuerdo conyugal, la administración de bienes gananciales y el desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, ni previamente a la presentación de una solicitud de procedimiento monitorio europeo o de proceso europeo de escasa cuantía (art. 5.3 LMME).

Como se puede comprobar, se trata o bien de supuestos en los que la solicitud a la que se refiere el precepto no es propiamente una demanda judicial, en los que la materia sometida a proceso está más allá del poder de disposición de las partes, que responden a supuestos de urgencia o en los que por el carácter de los bienes en conflicto se pretende acelerar la tutela judicial, como en el caso de los derechos fundamentales o de la posesión, lo que desde luego deja claro cuáles son las prioridades legislativas a la hora de proteger determinados intereses jurídicos.

En todos los restantes casos, sería necesario acudir con anterioridad a la presentación de la demanda a uno de los MASC previstos en la ley, que según el art. 2 LMME, podría

ser cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral. El propio art. 14 LMME especifica algo más cuáles serán los MASC que permitan entender cumplido el requisito de procedibilidad previo a la presentación de la demanda civil, aludiendo, a la negociación previa, ya sea a través de negociación directa o a través de sus abogados o abogadas – cuya intervención sólo será preceptiva en el caso que se utilice como medio adecuado de solución de controversias la formulación de oferta vinculante, y siempre y cuando el asunto supere la cuantía de 2000 euros (art. 6.2 LMME) - así como de un proceso de derecho colaborativo, a la mediación regulada en la Ley 5/2012. Además, este mismo precepto hace mención expresa a la conciliación ante registrador, notario, juez de paz o letrado de la Administración de Justicia. Por su parte, los arts. 15 y ss LMME incluyen una somera regulación de la conciliación privada, de la oferta vinculante confidencial y de la opinión de persona experta independiente.

Debe tenerse en cuenta, además, que en ciertas legislaciones sectoriales se prevén mecanismos de reclamación previa que harían las veces de MASC, como ya se ha indicado anteriormente. Es el caso de determinados litigios en materia de consumo, ya que en estos casos se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad o bien con una reclamación extrajudicial previa frente a las personas físicas o jurídicas que realicen la actividad profesional de concesión de préstamos o créditos, en los casos de reclamaciones de devolución de cantidad indebidamente satisfechas en aplicación de cláusulas abusivas, o bien con la resolución de las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la CNMV y la Dirección General de seguros y fondos de pensiones, en los términos establecidos por el art. 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, o ante la entidad que se cree en virtud de lo establecido en la DA 1.1 Ley 7/2017⁵¹.

A efectos de poder dar por cumplido el requisito de procedibilidad, el intento de acuerdo previo debería recogerse por escrito, mediante cualquier documento firmado por ambas partes o expedido por el tercero neutral que haya intervenido en la gestión de la actividad negociadora, en los casos en que haya habido este tipo de actuación. Para el supuesto de que la parte requerida no hubiese comparecido o hubiese rehusado la participación en la actividad negociadora, será suficiente cualquier documento que pruebe que la otra parte ha recibido la solicitud o invitación para negociar o, en su caso, la propuesta, en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro, de cara a poder cumplir con los requisitos ya señalados del proyectado art. 403.3 LEC (art. 10 LMME). Debe entenderse, aunque la norma no lo diga, que esta misma solución será la pertinente cuando, a pesar de que ambas partes hayan comparecido o se haya iniciado de algún modo el procedimiento de negociación, alguna de ellas se niegue a firmar el documento acreditativo.

Para que el intento de acuerdo surtiese efectos enervantes, la Ley exige que la demanda se presente en el plazo de un año a contar desde la fecha de la recepción de la propuesta por la parte requerida, o de la terminación del proceso de negociación sin acuerdo (art. 7.3 LMME) debiendo, además, existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio (art. 5.1 LMME).

51 De acuerdo con lo establecido en esta norma se está tramitando actualmente en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes. (vide BOCG de 5 de abril de 2024). Al respecto de la configuración de estos concretos medios de resolución de conflictos, puede verse lo señalado por PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, “La imposición de los ADR...”, op. cit., pp. 30-36.

Se entiende que se produce la terminación del proceso sin acuerdo cuando transcurran treinta días naturales desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida y no se mantenga una primera reunión o contacto, o no se obtuviese respuesta por escrito; si una vez iniciada la actividad negociadora transcurrieran 30 días desde que una de las partes haga llegar una propuesta concreta de acuerdo a la otra, sin que se alcance acuerdo o se obtenga respuesta escrita; si transcurrieran tres meses desde la fecha de celebración de la primera reunión sin que se haya logrado un acuerdo; o si cualquiera de las partes se dirigiese por escrito a la otra dando por terminadas las negociaciones (art. 10.4 LMME).

Por lo que respecta a la identidad de objeto, lo cierto es que la regulación adolece de imprecisiones y lagunas que auguran cierta dificultad a la hora de determinar si se cumple o no el requisito de procedibilidad⁵². Como ya se ha señalado, el art. 5.1 LMME exige que exista una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando permite que las pretensiones que puedan ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto varíen. La formulación técnica de esta exigencia es cuestionable, dado que, en puridad, el objeto procesal se determina por la pretensión, entendida como lo que se pide, junto con la causa de pedir, con lo que no se entiende cómo se puede variar la pretensión sin modificarse el objeto procesal. La intención del legislador de evitar que pequeñas alteraciones en la formulación de la pretensión durante el proceso negociador y en la demanda judicial no permitan tener por cumplido el requisito de procedibilidad, debe entenderse acertada⁵³, pero la enunciación concreta de esta intención hace surgir algunas dudas.

En primer lugar, no se aclara si la posibilidad de modificar la pretensión alcanza sólo al *petitum* o también a la causa de pedir. En segundo lugar, tampoco se hace ninguna mención al alcance permisible de la modificación. Parece que ambos elementos de la pretensión tendrán que ser esencialmente los mismos, aunque podrían admitirse peticiones complementarias en la demanda judicial que no se hubiesen incluido en la propuesta de negociación o causas de pedir alternativas, sobre todo teniendo en cuenta que la formulación jurídica de la pretensión no podrá ser la misma en una solicitud de acuerdo que en una demanda judicial. Por otro lado, tampoco aclara la LMME, si se exige identidad de las partes incluidas en el proceso de negociación con respecto a las partes procesales, o si la demanda judicial podrá dirigirse a litisconsortes que no hayan participado del primero, aunque debe entenderse que tal supuesto tendría que ser excepcional.

Por último, no se encuentra ninguna mención en la regulación propuesta a los casos de reconvencción, en cuanto a si es requisito para la formulación de ésta que las pretensiones que las partes demandadas incluyan en su escrito de contestación, en virtud del art. 406 LEC, deban haber estado presentes en el procedimiento de negociación previo. Lo cierto es que, teniendo en cuenta que en estos casos no se habrá logrado la finalidad que inspira la inclusión del requisito de procedibilidad, es decir, la evitación del proceso judicial, no parece que tenga demasiado sentido exigir al demandado reconviniente que haya intentado previamente un acuerdo sobre la pretensión reconvenccional a través de un MASC. A esta conclusión, desde luego, ayuda el silencio del legislador al respecto. Otra cosa será si el órgano jurisdiccional pueda valorar, a efectos de imposición de costas, si quien formula reconvencción en el proceso civil tras haber guardado silencio respecto de esta pretensión durante el proceso negociador obra o no con abuso del servicio público de justicia.

52 Vide PICÓ JUNOY, JOAN, "MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?", *Diario La Ley*, núm. 9801/2021, p. 3.

53 Además, tal y como afirma CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, "Los métodos adecuados...", *op. cit.*, pp. 309-310, el concepto de objeto procesal no es adecuado para un traslado automático al ámbito de los MASC, donde el tema de la controversia se identifica con el conflicto.

En definitiva, la regulación proyectada convierte en obligatorio que las partes intenten llegar a un acuerdo previo al proceso con anterioridad a la presentación de la demanda. Esta exigencia cuestiona, para una parte de la doctrina, la propia esencia de la mediación y demás MASC, en cuanto están presididos por la libertad y la voluntariedad de las partes para llegar a un acuerdo sobre la cuestión litigiosa⁵⁴ (art. 1 LM). Lo cierto es que el PLMEP introducía la obligatoriedad de que las partes procurase el acuerdo, pero no de que se mantuviesen en el proceso de negociación contra su voluntad ni de que efectivamente lograsen el arreglo, con lo que el principio de voluntariedad quedaría así salvado de alguna manera⁵⁵. De todas formas, esta solución está apoyada por la normativa europea sobre mediación que contempla la posibilidad de que los Estados Miembros establezcan la obligatoriedad de la mediación previa a los procesos judiciales, bajo determinadas circunstancias⁵⁶. Pero no es menos cierto que la introducción del concepto de abuso del servicio público de justicia y su influencia en la regulación de las costas procesales pretende ser un acicate a la consecución del acuerdo, erosionando en cierto modo la voluntariedad. Ello es así porque en caso de no lograrse el pacto, podrán sufrir en el posterior proceso un pronunciamiento en costas contrario a sus intereses, no recuperando los gastos en los que hubiesen incurrido como consecuencia del ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, incluso aunque los tribunales acaben atendiendo sus pretensiones, si no han mostrado un uso responsable del proceso, es decir, cuando a pesar de que hayan ganado el pleito lo hayan hecho con “abuso del servicio público de justicia”, por no haber aprovechado las posibilidades de acuerdo y, en consecuencia, de evitación del proceso a través de los MASC. Esta cuestión será abordada en el siguiente epígrafe.

IV EL ABUSO DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

El legislador es consciente de que instaurar la obligatoriedad de acudir a un MASC como paso previo a la interposición de una demanda civil poca o ninguna incidencia va a tener sobre la descarga de asuntos en juzgados y tribunales, si no se acompaña de medidas que velen por su efectividad. En efecto, la inclusión del nuevo requisito de procedibilidad por sí sola puede convertirse en una previsión inútil si las partes son capaces de sortearla a través de cumplimientos únicamente formales, tal y como sucedía con la conciliación

54 HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “Los medios adecuados...”, op. cit., p. 8; MARTÍNEZ PALLARÉS, JOSÉ I., “El debate sobre las costas...”, op. cit., p. 13. Como afirma BARONA VILAR, SILVIA, “La incorporación de la mediación...”, op. cit., pp. 245-246, “convertir la mediación en obligatoria es perder la esencia de la misma, su alegría, su concepción de libertad que la envuelve y la hace sugestiva. Hacer de ella un mecanismo forzoso refuerza su condena al fracaso y otorga a la misma un valor de tutela controlada por el Estado, dirigida por el mismo y que pierde la fuerza de la libertad que la hizo nacer y perdurar”.

55 Así lo entienden, entre otros, HERRERA DE LAS HERAS, RAMÓN, “La mediación obligatoria...”, op. cit., p. 17; ARANDA JURADO, MAR, “La mediación obligatoria mitigada como instrumento para la promoción de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles en el ordenamiento jurídico español”, AA.VV. (Drs. JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO, BELLIDO PENADÉS, RAFAEL; coords. LLOPIS NADAL, PATRICIA, DE LUIS GARCÍA, ELENA), Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021

56 Así, tanto la Directiva 2008/52/CE (art. 5.2), como la Directiva 2013/11/UE (art. 1), ya señaladas permiten concluir que el legislador nacional es libre para adoptar mecanismos de inicio obligatorio de la mediación, siempre que permitan a las partes apartarse de ellos voluntariamente y acudir posteriormente a los órganos jurisdiccionales. Vide al respecto OROMÍ I VALL-LLOVERA, SUSANNA, “La mediación de consumo como requisito de admisibilidad del proceso judicial según el Tribunal de Justicia de la UE. (Comentario de la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2017, en el Asunto C-75/16 Livio Menini y María Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa)”, AA.VV. (Dir. JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO; coords. FUENTES SORIANO, OLGA y GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL), Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 467; SIGÜENZA LÓPEZ, JULIO, “Derecho de acceso...”, op. cit., pp. 535-537.

previa con anterioridad a 1984. Es aquí donde cobra sentido la introducción del concepto de abuso del servicio público de Justicia y su incidencia en la regulación de las costas procesales, en cuanto sirve para que los jueces valoren si el recurso a los MASC, más allá de quedar formalmente acreditado en el proceso, se ha realizado con la seriedad necesaria para intentar lograr un acuerdo⁵⁷. El abuso del servicio público de Justicia se configura, así, como un instrumento al servicio de la obligatoriedad de los MASC y de la descongestión de juzgados y tribunales⁵⁸, en cuanto posibilita que los órganos jurisdiccionales valoren la actuación de las partes en el intento previo de acuerdo y establezcan las sanciones correspondientes cuando estas no hayan desplegado la actividad necesaria para conseguir una solución extraprocesal, evitando de este modo la interposición de la demanda.

El abuso del servicio público de Justicia se conecta de este modo indudablemente con el concepto de mala fe procesal, pero amplía su tradicional ámbito de actuación⁵⁹. De acuerdo con ello la LMME incluye situaciones en las que la utilización inadecuada del proceso va más allá del perjuicio causado a la contraparte o al órgano judicial, a través de una conducta contraria al principio de probidad procesal. El abuso del servicio público de justicia se extiende a aquellas actuaciones en las que se ha provocado un menoscabo a la administración de Justicia por sobrecargarla en exceso de trabajo de modo innecesario, al plantear en su seno demandas judiciales que podrían haber sido resueltas a través de las facultades de autocomposición de las partes⁶⁰.

La LEC introdujo en su art. 247 la obligación de que los intervinientes en las actuaciones procesales se manejasen de acuerdo con las reglas de la buena fe, entendida esta como la conducta exigible a toda persona en el marco de un proceso por ser socialmente admitida como correcta⁶¹. Al mismo tiempo, junto con el criterio tradicional del vencimiento como pauta principal a la hora de acordar la imposición de costas en el proceso se incluyeron los de temeridad (art. 394 LEC) y mala fe (art. 395 LEC) para moderar las resoluciones judiciales al respecto y adecuarlas a las circunstancias del caso concreto⁶². La LMME añade un nuevo criterio a tener en cuenta para la imposición de la condena en costas que sobrepasaría el ámbito de actuación de los dos anteriores, por lo menos tal y como se han venido interpretando mayoritariamente. Tanto la mala fe procesal como la temeridad han sido predicadas de aquellas posiciones procesales en las que se ha actuado a sabiendas de que se carecía de razón en la defensa de las propias posiciones procesales, con la intención de causar un perjuicio a la parte contraria,

57 ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, "Comentarios al Anteproyecto...", op. cit., p. 12.

58 PEREA GONZÁLEZ, ALVARO, "Breve comentario...", op. cit., p. 2.

59 MARTÍNEZ DE SANTOS, ALBERTO, "Particularidades de la reforma de las costas en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia", *Práctica de Tribunales*, núm. 154/2022, p. 9.

60 MARTÍNEZ DE SANTOS, ALBERTO, "La regulación de la tasación de costas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (arts. 244, 245, 245 bis y 245 LEC) y de la multa del art. 247 LEC", *Práctica de Tribunales*, núm. 151/2021, p. 8.

61 PICÓ I JUNOY, JOAN, *El principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003, p. 69. De acuerdo con este autor, el principio tiene su fundamento constitucional en la debida protección de los derechos fundamentales del art. 24 CE. Por regla general estos serán los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad procesal y a un proceso sin dilaciones indebidas o dentro de un plazo razonable. *Ibidem*, p. 83. Sobre la generalidad en los ordenamientos procesales de cumplir con la exigencia de buena fe, puede verse SIMÓN, LUIS M., "Abuso del proceso", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4/2003, p. 473.

62 Como afirma PICÓ I JUNOY, JOAN, *El principio de la buena fe...* op. cit., pp. 284-285, "el uso del criterio de la actuación contraria a la buena fe procesal de los litigantes como motivo para imponerle las costas es muy frecuente en la jurisprudencia, tanto para los casos en los que se litiga maliciosamente sabiendo que no se tiene derecho al bien reclamado en juicio (STS 21 de abril de 1950, TOL4.454.023 ; 11 de julio de 1986, TOL1.733.646), (...) se provoca un litigio innecesario (STS 4 de abril de 1995, TOL1.668.841) (...), o la necesidad de iniciar un proceso aún reconociendo la deuda reclamada judicialmente (...), se provoca una situación de indefensión para maliciosamente beneficiarse de la misma o se favorece las dilaciones indebidas".

abocándola a un proceso a todas luces innecesario para la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos, o con la ausencia de la diligencia mínima para percibir la ausencia apoyatura fáctica o jurídica en el ejercicio de la pretensión o de la defensa⁶³.

El concepto de abuso del servicio público de justicia va más allá, y amplía la exigencia de buena fe procesal para cubrir un aspecto que, en principio, y pese a la existencia de opiniones doctrinales y jurisprudenciales divergentes⁶⁴, es dudoso que se pueda considerar incluido en los supuestos anteriores⁶⁵. Este sería el de no haber intentado solucionar el conflicto a través de un MASC con anterioridad a la interposición de la demanda judicial, o haber rechazado la solución propuesta en vía extrajudicial, habiendo posteriormente recibido una satisfacción esencialmente idéntica a esta en la resolución que pone fin al

63 CACHÓN CADENAS, MANUEL, “La buena fe en el proceso civil”, Cuadernos de derecho judicial, núm. 18/2005, p. 233; FERNÁNDEZ BENAVIDES, MIGUEL, “El futuro de la condena en costas y la (más que probable) supervivencia del criterio del vencimiento objetivo”, Diario La Ley, núm. 9246/2018, p. 2; MARTÍNEZ DEL TORO, SUSANA, “¿Cómo se deberían regular mejor las costas judiciales en el proceso civil? Situación actual y propuestas de reforma”, Práctica de Tribunales, núm. 146/2020, p. 8; MARTÍNEZ DE SANTOS, ALBERTO, “Particularidades de la reforma...”, op. cit., p. 4. El Tribunal Supremo ha considerado que existe mala fe cuando la parte conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene (STS 3ª de 8 de octubre de 1991). Su concurrencia dependerá de una serie de circunstancias valoradas libremente por el juzgador como son las motivaciones de las partes, los hechos concurrentes y especialmente, la solidez de la fundamentación jurídica (STS 3ª de 4 de febrero de 1993). Es posible, por lo tanto, que tengan su fundamento en actuaciones previas al proceso (STS 3ª de 23 de abril de 1994). Vide también SAP de Álava, sec. 1ª 195/1017, de 10 de abril y SAP de Madrid, sec. 25ª, 396/2017, de 19 de diciembre, que define la temeridad como “una forma aventurada o aviesa de litigar, actuando, al interponer u oponerse a la demanda, con una falta elemental de prudencia y sin presentar la diligencia debida que, de haberse prestado, le habría permitido conocer que no le asistía la razón”.

64 JUAN SÁNCHEZ, RICARDO, “La responsabilidad disciplinaria de los abogados por mala fe procesal y la competencia de los colegios profesionales para su determinación”, AA.VV. (Coord. BLASCO PELLICER, ÁNGEL ANTONIO), El trabajo profesional de los abogados, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 229; PEREA GONZÁLEZ, ALVARO, “Breve comentario...”, op. cit., pp. 3-4; VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, Mediación mercantil... op. cit., pp. 54 y 80. El auto del Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Barcelona, de 26 de enero de 2015, entendió contrario al principio de buena fe procesal el hecho de acudir al proceso sin haber intentado antes el acuerdo extrajudicial, en virtud del “coste social, es decir, lo que soportan todos los contribuyentes por poner en marcha la maquinaria judicial”, entendiendo que esta actuación “constituye cuando menos un abuso del proceso determinante de un daño para los intereses generales que puede dar lugar a responsabilidad conforme al art. 247 LEC”. El auto se plantea si “constituye un comportamiento justo, ético y de rectitud social, en un momento como el presente, en que los recursos públicos son escasos y el servicio prestacional que realizan los Tribunales está colapsado por un exceso de litigiosidad, que las personas jurídicas que más se benefician de la actividad jurisdiccional acudan a la jurisdicción (...) por reclamaciones de escasa cuantía, cuando el coste público del proceso es cinco veces mayor que lo que se reclama (...) existiendo como existen hoy en día, otras vías para solucionar la controversia”. En consonancia con esta postura, el Acuerdo de unificación de criterios de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona de 12 de junio de 2020, estableció que: “A los efectos de imponer costas, podrá ser interpretado como mala fe o temeridad: 1.- la negativa a acudir a la sesión informativa de mediación que haya sido convocada por derivación del juzgado; 2.- el silencio o rechazo ante una oferta extrajudicial, cuando la resolución final del pleito se ajuste sustancialmente al contenido de esa oferta”. También el Tribunal Supremo ha entendido en STS 36/2021, de 2 de enero, que el intento de arreglo de un conflicto a través de la reclamación extrajudicial debe tener su reflejo en las costas procesales, condenando en costas al banco que rechazó indebidamente la reclamación previa del consumidor en la que solicitaba se dejase de aplicar una cláusula suelo y se le devolviese lo incorrectamente cobrado por su aplicación, lo que le obligó a su posterior reclamación judicial. Por su parte, el auto de 11 de noviembre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Granada fue todavía más allá e inadmitió la demanda y procedió a convocar a las partes a una sesión de mediación con base en el principio de buena fe, “evitando una desproporción enorme entre lo que se discute y lo que cuesta que se discuta, existiendo otras alternativas que no comprometen recursos públicos, que no perjudican los derechos en discusión y cuyo uso inicial evitaría muchos de los casos que hoy día colapsan los tribunales”.

65 SIGÜENZA LÓPEZ, JULIO, “Derecho de acceso...”, op. cit., p. 539.

proceso. El uso indebido de la Administración de Justicia no derivaría ya de la falta de apoyatura jurídica o fáctica de las propias posiciones, sino del hecho de haber acudido a resolver en su seno lo que podría haberse arreglado antes, haciendo perder tiempo y recursos al servicio público de Justicia⁶⁶. Tal y como se señaló anteriormente, se trata de hacer corresponsable al justiciable de la sostenibilidad del sistema, penalizando las actitudes incompatibles con esta, en cuanto lo sobrecarguen injustificadamente⁶⁷.

Para valorar la existencia del abuso del servicio público de Justicia, los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta la actitud de las partes en aras a lograr una solución consensuada al conflicto, considerando su seriedad en la búsqueda del acuerdo, la existencia de causas justificadas para rechazar las posibles soluciones presentadas e, incluso, la coincidencia de estas propuestas con la decisión final que ha acordado el órgano jurisdiccional en la sentencia que resuelve el asunto⁶⁸. De este modo, el nuevo art. 394 LEC (art. 22.27 LMME) sigue estableciendo que “las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”, aunque añade que “cuando la participación en un medio de solución de conflictos sea legalmente preceptiva (...), no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en un medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado”. Igualmente, en el caso de estimación parcial de la demanda, se continúa previendo que, a no ser que se apreciase temeridad en alguna de las partes, no habrá expresa imposición de costas, aunque “si alguna de las partes no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un medio adecuado de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo (...), se le podrá condenar al pago de las costas, en decisión debidamente motivada, aun cuando la estimación de la demanda sea parcial”. Por último, el reformado art. 394.5 LEC señala que “si la parte requerida para iniciar una actividad negociadora previa tendente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas, salvo que se aprecie un abuso del servicio público de Justicia”.

Se sanciona de este modo el no haber acudido a la invitación previa a llegar a un acuerdo, aunque el órgano jurisdiccional acabe atendiendo a la totalidad de las pretensiones o resistencias que se hayan hecho valer en el proceso⁶⁹.

Debería pensarse que la parte demandada podría esgrimir como justa causa para no verse sometido a un proceso de negociación previa la insostenibilidad de la reclamación

66 MARTÍNEZ PALLARÉS, JOSÉ I., “El debate sobre las costas...”, op. cit., p. 17.

67 En palabras de la Exposición de Motivos de la LMME, “surge así la noción del abuso del servicio público de Justicia, actitud incompatible de todo punto con su sostenibilidad. El abuso del servicio público de justicia se erige como excepción al principio general del principio de vencimiento objetivo en costas, e informador de los criterios para su imposición, al sancionar a aquellas partes que hubieran rehusado injustificadamente acudir a un medio adecuado de solución de controversias, cuando este fuera preceptivo. Del mismo modo, el abuso del servicio público de justicia se une a la conculcación de las reglas de la buena fe procesal como concepto acreedor de la imposición motivada de las sanciones previstas en la mencionada Ley 1/2000, de 7 de enero”. “Este abuso puede ejemplificarse, por tanto, en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema, del cual quiere hacerse partícipe a la ciudadanía”.

68 PEREA GONZÁLEZ, ALVARO, “Breve comentario...”, op. cit., p. 6.

69 Para BANACLOCHE PALAO, JULIO, “Las reformas...”, op. cit., p. 4, se intenta poner coto así a la práctica de ciertos despachos de abogados, que se niegan a llegar a acuerdos previos – a pesar de que sus demandados se los ofrecen – porque se han comprometidos con sus clientes desde un principio a cobrar sus honorarios únicamente con las costas del proceso.

presentada de contrario, pero la dicción del art. 394.5 LEC es clara al reservar esta circunstancia únicamente para los casos en los que la parte demandante actúe con abuso del servicio público de Justicia. Debe observarse que en este caso el concepto adquiere un matiz diferente, puesto que ya no podrá ser entendido como ausencia de interés en llegar a un acuerdo, sino como ejercicio abusivo del proceso, por ser evidente la ausencia de un interés jurídico atendible, lo que viene a acercar, cuando no a confundir, esta circunstancia con la temeridad. En consecuencia, la parte demandada podrá verse abocada a sufragar su parte de las costas procesales, a pesar de no haber sufrido condena alguna, si no ha participado en un proceso de negociación en un supuesto en el que ha entendido, con razón, que no le incumbe ninguna obligación con respecto al requirente. Para evitarlo, se verá abocada a intervenir en el proceso negociador únicamente para evitar la futura asunción de las costas procesales⁷⁰, incurriendo así en una serie de gastos innecesarios, excepto en los casos en los que le fuese reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita o se acuda a algún medio de acceso gratuito, o incluso a transigir en asuntos donde carece de responsabilidad alguna.

En los casos de allanamiento, la nueva redacción del art. 395 LEC (art. 22.28 LMME) mantiene la ausencia de condena en costas cuando este se produzca antes de la contestación a la demanda, salvo supuestos de mala fe, añadiendo también la posibilidad de imponer las costas cuando se aprecie abuso del servicio público de Justicia. La existencia de mala fe se presumirá cuando “antes de presentada la demanda, se hubiese requerido al demandado para el cumplimiento de la obligación de forma fehaciente y justificada, o cuando hubiese rechazado el acuerdo ofrecido en un intento de conciliación, la participación en un proceso de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias”. En este caso, la ausencia de participación en el proceso de negociación previa, para después allanarse cuando se ha presentado la demanda judicial, ya no se considera abuso del servicio público de justicia, sino directamente mala fe, de modo prácticamente idéntico a como estaba previsto hasta ahora en el precepto legal, lo que viene a confirmar la proximidad entre ambos conceptos y, tal vez, la inutilidad de introducir el primero, cuando seguramente se pueden conseguir resultados semejantes incorporando legislativamente al concepto de mala fe la negativa a acudir a los MASC cuando su obligatoriedad estuviese legalmente prevista, en los casos en los que fuese necesario.

Las modificaciones realizadas en la regulación de las costas procesales no quedan aquí. El art. 22.17 LMME reforma el art. 245 LEC para introducir un nuevo incidente de exoneración o moderación de costas que se solapa con el de impugnación por excesivas y que de hecho viene a suponer una verdadera revisión a posteriori de la condena en costas incluida en sentencia, en función de la indebida utilización de los MASC. Así, el art. 245.5 LEC señala que “la parte condenada al pago de las costas podrá solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta”. Lo mismo ocurrirá si la propuesta se ha realizado por tercero neutral. Se trata en este caso no ya de valorar si las partes han utilizado con carácter previo a la presentación de la demanda un MASC, sino de evaluar la actitud que han tenido en el seno de este, de modo que, si se podía haber alcanzado una solución negociada sustancialmente igual a la obtenida en sentencia, ello se tendrá en cuenta para moderar o exonerar la obligación de pago de costas de quien propuso tal solución. Se considera, por lo tanto, que quien ha actuado de este modo lo ha hecho

70 ASECIO MELLADO, JOSÉ M., “Eficiencia, poder judicial...”, op. cit., p. 4.

abusando del servicio público de Justicia y que, una vez demostrada esta circunstancia, no merece recuperar los gastos en los que ha incurrido durante el proceso, ya que podría fácilmente haber evitado el mismo, y no haber abocado a la contraparte al litigio ni haber ocupado tiempo y recursos de la administración de Justicia.

Para que el órgano jurisdiccional pudiese tomar una decisión en este incidente, se introducía en la LEC una excepción al carácter confidencial del proceso negociador reconocido en el art. 9 LMME, puesto que el propio art. 245.5 exige que se acompañe a la solicitud de moderación o exoneración de costas “la documentación íntegra referida a la propuesta formulada, que en este momento procesal y a estos efectos, estará dispensada de confidencialidad”. Si así se hace, el letrado de la Administración de Justicia admitirá la solicitud y dará traslado a la otra parte por plazo de tres días para que se pronuncie sobre la misma (así así consta en el nuevo art. 245 bis LEC, previsto en el art. 22.18 LMME). Si la parte favorecida por la condena en costas acepta lo solicitado de contrario, el letrado dictará decreto fijando la cantidad debida, en los términos de la solicitud. La aceptación será tácita cuando no se conteste en el plazo legal fijado. Cuando no acepte la reducción o exoneración, lo cual probablemente ocurrirá en la mayor parte de los casos, será el tribunal quien resuelva, fijando, en caso de estimación de la solicitud, el porcentaje de reducción y las partidas a las que afecta, a través de auto que será recurrible en reposición.

Aunque esta posibilidad de exoneración o moderación de las costas procesales deja clara la finalidad del legislador de obligar a que las partes se temen en serio su actuación durante el procedimiento de negociación previo al proceso⁷¹, no parece que su virtualidad práctica vaya a ser demasiada. Si se tiene en cuenta que la situación habitual será la de que ha sido condenado en costas quien ha visto rechazadas en el proceso todas sus pretensiones, es decir, el demandante cuando se desestime totalmente la demanda o el demandado cuando esta se estime en su globalidad, no parece que sea factible la existencia de una propuesta negociadora que coincida sustancialmente con lo acordado por sentencia, dado que tal propuesta negociadora tendría que haber sido totalmente favorable a la otra parte y desfavorable para quien la ha propuesto, lo que difícilmente puede hacer pensar que se hubiese rechazado.

El legislador considera relevante también la existencia de abuso del servicio público de Justicia para la posible imposición de multas por el órgano jurisdiccional a las partes procesales o a los profesionales que las asistan. Así, se introduce una nueva redacción del art. 247.3 LEC (art. 22.20 LMME) estableciendo que “si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal o con abuso del servicio público de Justicia, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, los perjuicios que, al procedimiento, a la otra parte o a la Administración de Justicia se hubieren podido causar, la capacidad económica del infractor, así como la reiteración en la conducta”. Por su parte el art. 247.4 LEC pasa a señalar que, si los órganos jurisdiccionales “entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria. En los casos en los que tal actuación se produzca en el ámbito de un proceso en el que la parte litigase con el beneficio de justicia gratuita, tal comunicación se remitirá también a la Comisión de

71 BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, *Medios alternativos...* op. cit., pp. 110-111.

Asistencia Jurídica Gratuita”. Aunque en este segundo apartado no se menciona expresamente el abuso del servicio público de Justicia, su íntima conexión con la buena fe procesal no hace descartable que su apreciación pudiese ser motivo para justificar la comunicación al colegio profesional.

Por último, el concepto de abuso del servicio público de Justicia aparece en dos preceptos más. En primer lugar, en un modificado art. 32.5 LEC (art. 22.7 LMME), que establece la inclusión en las costas procesales de los honorarios de abogado y procurador en los casos en los que no fuese preceptiva su utilización, cuando el tribunal apreciase temeridad o abuso del servicio público de Justicia en la actuación del condenado en costas. En segundo lugar, en la nueva redacción que se prevé para el art. 246.4 LEC (art. 22.19 LMME), al imponer las costas del incidente de impugnación de las costas del proceso principal por excesivas, indicando que “si la impugnación fuere totalmente desestimada, se impondrán las costas del incidente al impugnante si hubiera obrado con abuso del servicio público de Justicia. Si fuere total o parcialmente estimada, se impondrán, también en el caso de que hubiera obrado con abuso del servicio público de Justicia, al abogado o al perito cuyos honorarios se hubieran considerado excesivos”. En ambos casos, el concepto vuelve a remitir al de mala fe o temeridad, aunque parece que en el primero el órgano jurisdiccional podría tener en cuenta la posibilidad previa de acuerdo como elemento de valoración para apreciar su existencia. En el segundo, sin embargo, la confusión de los conceptos es mayor, ya que en este caso viene a remitir a impugnaciones sin fundamento o bien, a honorarios que se fijen de modo excesivo con perfecto conocimiento de tal circunstancia, lo que entraría de lleno en el ámbito clásico de la mala fe. En ambos supuestos, el nuevo concepto poco o nada añade, por lo tanto, a los de mala fe o temeridad.

En definitiva, el legislador ha incorporado un nuevo concepto a los tradicionales de mala fe y temeridad, que se podría considerar una especificación del primero de ellos, y que va más allá del segundo, al incluir no sólo aquellas situaciones en las que las partes litiguen sin base jurídica ni fáctica para ello, sino a otras en las que las partes rehúsen participar en un MASC o llegar a un acuerdo negociado como mecanismo para evitar el proceso judicial⁷². Las consecuencias de que el órgano jurisdiccional aprecie la existencia de abuso del sistema público de justicia se harán notar en la utilización que las partes puedan hacer de los MASC.

Por un lado, será previsible que las partes acudan a los medios negociados de solución de controversias con carácter previo al proceso, para no tener que enfrentarse a hipotéticos pronunciamientos desfavorables en las costas procesales. Incluso que, ante propuestas de acuerdo parcialmente satisfactorias, se prefiera aceptar estas que acudir a los tribunales, incluso renunciando a cierta parte de lo que entiendan que les podría corresponder. Pero también es cierto que en previsión de lo que pueda pasar en el proceso posterior, es posible que se desarrollen durante los procedimientos de negociación estrategias de defensa y actitudes condicionadas por la preconstitución de las condiciones que puedan llevar a un pronunciamiento favorable en costas para las partes, y no en la búsqueda sincera de un acuerdo que evitase el proceso, lo que afectará de modo negativo a la dinámica de los MASC. De igual modo, la erosión del principio de confidencialidad afectará irremediablemente a la actitud de las partes en los procesos negociados, puesto que la perspectiva de que, en un futuro incidente de exoneración o moderación de costas, las ofertas realizadas y las reacciones que se hubiesen tenido hacia las mismas sean puestas al descubierto condicionará la intervención de las partes en el proceso negociador, incidiendo en su correcto desarrollo.

72 PEREA GONZÁLEZ, ALVARO, “Breve comentario...”, op. cit., p. 4; VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, *Mediación mercantil...* op. cit., pp. 71-71.

V LA OBLIGATORIEDAD DE LOS MASC, EL ABUSO DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

Para finalizar esta ponencia se abordará en qué medida la regulación que pretendía incorporar la LMNME al proceso civil, estableciendo la obligatoriedad de acudir a los MASC con carácter previo a la interposición de la demanda, y las modificaciones del régimen de condena en costas es respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE, particularmente en lo relativo al derecho de acceso a la jurisdicción. Lo que se tratará de determinar es si la introducción del nuevo requisito de procedibilidad y la posibilidad de condicionar la condena en costas a la existencia de un posible abuso del servicio público de Justicia suponen obstáculos ilegítimos o elementos disuasorios que influyan negativamente en el derecho constitucional de acudir a los tribunales.

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva implica como presupuesto para su efectividad el derecho de la ciudadanía a acceder a los tribunales. Pero este derecho a la jurisdicción no se puede entender como un derecho absoluto, sino que se trata de un derecho de configuración legal, por lo que el legislador tiene cierta libertad para subordinarlo al cumplimiento de una serie de requisitos o condicionantes previos (STC 174/1995, de 23 de noviembre)⁷³. Aun así, el legislador no puede actuar con discrecionalidad total al establecer condiciones previas al acceso a los órganos jurisdiccionales⁷⁴. En primer lugar, porque debe respetar el contenido esencial del derecho, entendido como la posibilidad de que los ciudadanos puedan hacer valer ante la Justicia sus derechos e intereses legítimos, y que estos respondan con una resolución que resuelva sobre esta petición, ordinariamente, pronunciándose sobre el fondo del asunto (STC 39/1985, de 11 de marzo). Este contenido normal del derecho no puede ser anulado hasta volverse irreconocible (SSTC 125/1997, de 1 de julio; 202/2002, de 28 de octubre). Ello implicaría que es perfectamente legítimo desde el punto de vista constitucional que se establezcan medidas para impedir un uso abusivo del proceso, en cuanto su utilización no vaya dirigida a la satisfacción de tales intereses, sino a una instrumentalización para fines diferentes de aquellos para los que está previsto⁷⁵. *A sensu contrario*, significa también que el derecho fundamental se satisface de igual modo con una decisión de inadmisión o de archivo en aplicación de las condiciones de ejercicio contempladas en las normas procesales⁷⁶.

73 CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS, “El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el Tribunal Constitucional”, Revista General de Derecho Constitucional, núm. 16/2013, p. 11. Esta doctrina es acorde con la sentada por el TEDH e, entre otras, SS. de 21 de noviembre de 2001 (asunto Fogarty contra el Reino Unido) y 14 de diciembre de 2006 (asunto Markovic y otros contra Italia, TOL9.080.594). Vide PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, “La imposición de los ADR...”, op. cit., pp. 11-12.

74 BONET NAVARRO, ÁNGEL, “El acceso a la Justicia”, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 18/2006, pp. 35-36.

75 Tal y como afirma la STS de 25 de febrero de 1992, “parece razonable en interés de la función judicial y del mejor cumplimiento de sus fines, cara al servicio que el Poder Judicial presta a los ciudadanos, que no deba admitirse un uso abusivo del derecho a la jurisdicción, manifestando, en la reproducción de pretensiones idénticas, ante diferentes órganos judiciales o sucesivamente ante el mismo órgano”. De todas formas, tal y como afirma PICÓ I JUNOY, JOAN, El principio de la buena fe... op. cit., p. 100, la aplicación de la doctrina del abuso del derecho al citado derecho a litigar debe reducirse a su mínima expresión, pues nos encontramos ante una doble situación de excepcionalidad, la propia de la figura del abuso del derecho y la que se deriva de limitar la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva. En semejante sentido se manifiesta LOZANO-HIGUERO PINTO, MANUEL, “La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisdiccionales”, Cuadernos de derecho judicial, núm. 18/2005, p. 96.

76 CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS, “El derecho fundamental...”, op. cit., p. 12.

En segundo lugar, los requisitos introducidos por el legislador para condicionar el acceso a la jurisdicción deben obedecer a un fin constitucionalmente legítimo. Ello implica que los impedimentos de acceso a la justicia deben ser razonables, estar dirigidos al cumplimiento de un fin justificado y que la restricción del derecho de acceso a la jurisdicción debe ser proporcionada al cumplimiento de la finalidad perseguida (SSTC 141/1988, de 12 de julio; 273/2005, de 27 de octubre; 20/2012, de 16 de febrero; 231/2012, de 10 de diciembre)⁷⁷. En consecuencia, estarían proscritas aquellas medidas que tuviesen únicamente una función meramente limitativa o disuasoria al ejercicio de acciones judiciales (STC 140/1995, de 28 de septiembre)⁷⁸.

Por último, el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la Justicia exige que los órganos jurisdiccionales, al interpretar la concurrencia de los presupuestos procesales y requisitos de procedibilidad, deben hacerlo evitando formalismos excesivos, o interpretaciones de la norma que impidan injustificadamente el acceso a la jurisdicción (STC 29/1988, de 29 de febrero). Es más, la constitucionalización del derecho fundamental a acudir a los tribunales impone a los órganos jurisdiccionales una interpretación de los requisitos procesales en el sentido más favorable a su efectividad, en virtud del principio *pro actione* (SSTC 55/1986, de 9 de mayo; 12/1992, de 27 de enero; 140/1995, de 28 de septiembre).

Por lo que respecta a las costas procesales, el Tribunal Constitucional ha establecido también que la posibilidad de que las partes procesales puedan ser objeto de condena en costas tras el ejercicio de su derecho de acceso a la jurisdicción ya sea en base al criterio del vencimiento o de la temeridad, no implica un cercenamiento ilegítimo de su derecho fundamental. Es cierto que el temor a una posible pérdida del pleito y la consiguiente imposición de costas puede retraer a un litigante de interponer una demanda judicial, y que la decisión de abstenerse de acudir a la Justicia puede depender del sistema de regulación de las costas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido, que los sistemas de imposición de costas se basan en el principio de la buena fe procesal y que responden a un interés legítimo de evitar pretensiones sin fundamento fáctico o legal que puedan sobrecargar en exceso la administración de Justicia y como modo de compensación a la parte que se ha visto abocada a incurrir en determinados gastos procesales para mantener su posición jurídica⁷⁹, por lo que suponen restricciones de

77 MONTERO LÓPEZ, RAÚL, "Derecho de acceso a la jurisdicción y tasas judiciales. La justicia no es gratuita", AA.VV. (Dir. EZURMENDÍA ÁLVAREZ, JESÚS), Principios de Justicia Civil, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2021, p. 367.

78 GONZÁLEZ ALONSO, ALICIA, "Las tasas judiciales...", op. cit., p. 171.

79 Así, el ATC 186/2000, de 24 de julio recuerda que "este Tribunal ya ha declarado que ninguno de los dos sistemas de imposición de costas (el objetivo o del vencimiento y el subjetivo o de la temeridad) que estructura nuestro ordenamiento jurídico procesal afecta a la tutela judicial efectiva, que consiste en obtener una resolución fundada en Derecho dentro de un proceso tramitado con las garantías legalmente establecidas, ni al derecho de defensa, toda vez que la imposición de costas opera sin incidencia alguna sobre tales derechos fundamentales, al venir establecida en la Ley como consecuencia económica que ha de soportar, bien la parte que ejercita acciones judiciales que resultan desestimadas, bien aquella que las ejercita sin fundamento mínimamente razonable o con quebranto del principio de buena fe". De igual modo, la STC 84/1991, de 22 de abril, destaca que "la imposición de costas es un efecto derivado del ejercicio temerario o de mala fe de las acciones judiciales o de la desestimación total de éstas.

Por lo que su justificación radica en prevenir los resultados distorsionadores del entero sistema judicial que se derivarían de una excesiva litigiosidad y en restituir a la parte contraria los gastos que, en menoscabo de la satisfacción de sus pretensiones, le ocasione la defensa de sus derechos e intereses legítimos frente a quienes promueven acciones o recursos merecedores de la imposición de costas." Esta doctrina puede encontrarse también en AATC 60/1983, de 16 de febrero; 171/1986, de 19 de febrero; y STC 206/1987, de 21 de diciembre. En consecuencia, tal y como señala PICÓ I JUNOY, JOAN, El principio de la buena fe... op. cit., pp. 281-282, la aplicación de dicho criterio subjetivo es una cuestión de mera legalidad, de apreciación motivada, exclusiva de los tribunales ordinarios, por lo que no es susceptible de revisarse en amparo, salvo que la citada motivación

acceso al proceso justificadas. En consecuencia, el legislador es libre para elegir el sistema de condena en costas que entienda que mejor protege estos intereses (STC 156/2021, de 16 de septiembre)⁸⁰. Sin embargo, el Tribunal Constitucional introduce un matiz a esta doctrina en esta última sentencia para indicar que los sistemas de imposición de costas no son siempre inocuos en términos constitucionales, ya que en el caso de que provocasen en la práctica un efecto disuasorio para el ejercicio de acciones judiciales, podrían tenerse por inconstitucionales⁸¹.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también se ha pronunciado sobre la compatibilidad del derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con el establecimiento de determinados requisitos previos, y más concretamente de sistemas de mediación obligatoria anterior al proceso. Lo ha hecho en SSTJUE de 18 de marzo de 2010 (C317/08 a C-320/08, Alassini y otros) y de 14 de junio de 2017 (C-75/16 Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa). El TJUE ha concluido también que, aunque establecer una limitación temporal de acceso a los órganos jurisdiccionales para obligar a las partes a intentar una resolución extraprocesal del litigio puede afectar al derecho reconocido en el art. 47 de la Carta⁸², es un requisito razonable y proporcionado, compatible con el Derecho de la Unión siempre y cuando se cumplan una serie de parámetros⁸³. Estos vendrían determinados por el respeto a la autonomía de las partes, en cuanto no se puede obligar a las mismas a que alcancen el acuerdo en todo caso, debiendo poder retirarse del procedimiento de mediación en cualquier momento para incoar un procedimiento judicial o rechazar la solución ofrecida⁸⁴. Por otro lado, la limitación de acceso a la jurisdicción debe tener un espacio temporal breve, quedando expedita, una vez que este se cumpla, la posibilidad de interponer la demanda judicial. Es importante también para el máximo órgano jurisdiccional europeo que el inicio del procedimiento de negociación tenga incidencia en la interrupción de los plazos de prescripción y caducidad y que en su seno sea posible adoptar medidas provisionales cuando la urgencia de la situación lo exija. Por último, el Tribunal establece que el mecanismo de resolución

no exista o se arbitraria o irracional. En sentido semejante, BONET NAVARRO, ÁNGEL, “El acceso a la Justicia”, op. cit., pp. 113-115.

80 MARTÍNEZ DE SANTOS, ALBERTO, “Particularidades de la reforma... op. cit., pp. 2-3; ACHÓN BRUÑÉN, M^a JOSÉ, “Relevancia práctica de la STC 156/2021, de 16 de septiembre: inconstitucionalidad del régimen de imposición de costas en procesos de cláusulas suelo y discriminación a los consumidores que no son personas físicas”, Diario La Ley, núm. 9959/2021.

81 BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, Medios alternativos... op. cit., pp. 75-79. ACHÓN BRUÑÉN, M^a JOSÉ, “Relevancia práctica...”, op. cit.; MORENO GARCÍA, LUCÍA, “La inconstitucionalidad (parcial) del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, Diario La Ley, núm. 9956/2021, pp. 15-16.

82 Vide al respecto, COMISIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo... op. cit.; y BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, Medios alternativos... op. cit., pp. 27-28.

83 OROMÍ I VALL-LLOVERA, SUSANNA, “La mediación de consumo... op. cit., pp. 460-465; PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, “La imposición de los ADR...”, op. cit., p. 18.

84 En este sentido, la Directiva 2013/11/UE, en su considerando 45 señala que “el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial forman parte de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” y, en consecuencia, se considera que “los procedimientos de resolución alternativa no deben concebirse como sustitutivos de los procedimientos judiciales y no deben privar a consumidores o comerciantes de su derecho a recurso ante los órganos jurisdiccionales”.

Por lo que concluye que esta Directiva “no debe impedir a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial”. De forma que “en los casos en que un litigio no pueda resolverse mediante un procedimiento de resolución alternativa determinado cuyo resultado no es vinculante, no debe impedirse a las partes que incoen a continuación un procedimiento judicial en relación con dicho litigio”.

extraprocesal del conflicto debe ser accesible para las partes, que no pueden estar obligadas a incurrir en desembolsos económicos significativos⁸⁵.

Aplicando los criterios establecidos tanto por el Tribunal Constitucional como por el TJUE puede concluirse que el sistema de fomento de los MASC previsto por la LMME difícilmente puede considerarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la Justicia⁸⁶. Ambos órganos jurisdiccionales han declarado que los intentos de solución previa del litigio instaurados con carácter obligatorio como paso previo al proceso son requisitos razonables y proporcionados, en cuanto los objetivos que se buscan, la reducción de la litigiosidad y el fomento de las soluciones autocompositivas de los litigios, son fines legítimos que contribuyen a la sostenibilidad del sistema de Justicia y a la resolución amigable de las controversias⁸⁷. Además, las exigencias especificadas en la jurisprudencia europea son escrupulosamente cumplidas en la LMME, dado que se contempla expresamente en su articulado la autonomía de las partes para llegar a acuerdos (art. 4 LMME), se establece un plazo breve para entender que el proceso de negociación ha fracasado (30 días o 3 meses cuando se hayan iniciado las negociaciones, de acuerdo con el art. 10.4 LMME), se contempla expresamente la interrupción de los plazos de prescripción y caducidad (art. 7.1 LMME) y se prevé la posibilidad de solicitar medidas cautelares (art. 7.3 LMME, que deja sin efecto el plazo de 20 días para presentar la demanda del art. 730.2 LEC)⁸⁸.

Queda por ver si los gastos que deban asumir las partes al acudir a los MASC y la posterior regulación de las costas procesales introducida por la LMME suponen una barrera de acceso injustificada que pueda desincentivar el recurso a los tribunales. Debe recordarse, en este sentido, que la STC 20/2012, de 16 de febrero señaló que el

85 También el TS ha entendido que la modificación del régimen de costas para tener en cuenta la actitud previa de la parte allanada previa a la interposición de la demanda no es contraria al Derecho Europeo en cuanto que la exigencia de que el consumidor tenga que realizar previamente un requerimiento extrajudicial para que, en caso de que el banco se allane a la demanda antes de contestarla, pueda ser condenado en costas, no supone un obstáculo desproporcionado a la efectividad de la Directiva 93/13/CEE y, en concreto, a que el consumidor pueda quedar desvinculado de la cláusula abusiva sin tener que afrontar los gastos de su abogado y su procurador, pues no hace imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva confiere al consumidor, al ser una exigencia fácil de cumplir (STS 131/2021 de 9 de marzo de 2021). Vide al respecto ACHÓN BRUÑÉN, M^a JOSÉ, “Relevancia práctica...”, op. cit.

86 En el mismo sentido se pronuncia CALAZA LÓPEZ, SONIA, “La externalización de la justicia como antídoto para recobrar la eficiencia perdida”, AA.VV., Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA Y ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO; coords. MUINELO COBO, JOSÉ CARLOS Y SUBERBIOLA GARBIZU, IRUNE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 35.

87 Vide al respecto las SSTC 21/1986, de 14 de febrero; 4/1988, de 21 de enero; 60/1989, de 16 de marzo; 217/1991, de 14 de noviembre; 70/1992, de 11 de mayo; 120/1993, de 19 de abril; 122/1993, de 19 de abril; 335/1993, de 29 de noviembre; 147/1995, de 23 de noviembre; 185/2013, de 4 de noviembre; 119/2014, de 16 de julio; 1/2018, de 11 de enero; 156/2021, de 16 de septiembre. Específicamente, la STC 217/1991 dice que “en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos jurisdiccionales; y de otro, porque son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo”. Entre la doctrina, existe también coincidencia en esta apreciación, como señalan ÁLVAREZ GARCÍA, HÉCTOR, “La premediación...” op. cit., p. 96.; MARTÍNEZ DE LEÓN, MANUEL, “Estándares de homologación constitucional de los medios adecuados de solución de controversias”, AA.VV. (Coord. PÉREZ MARTELL, ROSA), Eficiencia procesal. Modernización de la Justicia, J.M. Bosch, Barcelona, 2021, p. 174; PICÓ JUNOY, JOAN, “MASC y costas procesales...” op. cit., p. 2; SÁNCHEZ VALLE, M. DEL ROSARIO, “¿Mediación voluntaria o preceptiva?...” op. cit., p. 51.

88 SÁNCHEZ POS, M. VICTORIA, “Hacia un modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación. Comentario breve al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”, AA.VV. (Dir. JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO, BELLIDO PENADÉS, RAFAEL; coords. LLOPIS NADAL, PATRICIA, DE LUIS GARCÍA, ELENA), Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 928; SÁNCHEZ VALLE, M. DEL ROSARIO, “¿Mediación voluntaria o preceptiva?...”, op. cit., pp. 49-50; BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, Medios alternativos... op. cit., p. 101.

establecimiento de requisitos previos al proceso, en este caso el sistema de tasas judiciales estaba condicionado a “que no quede menoscabado el núcleo esencial del derecho a la justicia gratuita”.

Si bien es cierto que, como se ha señalado anteriormente, no está previsto que el sistema público sufragase determinados gastos asociados a los MASC (mediador, tercero imparcial, p. ej.), no parece que ello pueda ser considerado determinante de una posible inconstitucionalidad del sistema, dado que siempre existirá la alternativa de recurrir a la negociación a través de profesionales de la abogacía cuyos honorarios sí se contemplan como parte del derecho a la asistencia jurídica gratuita, tal y como se ha indicado anteriormente, con lo que los justiciables en situación económica más precaria no deberían asumir ningún desembolso en esos intentos de acuerdo previa⁸⁹, y que se prevé la creación de servicios públicos de resolución de conflictos, a lo que debe sumarse la posibilidad de conciliación a través del letrado de la Administración de Justicia.

Todavía el sistema de imposición de costas, en la medida en que puede conllevar la necesidad de asumir los gastos generados en el proceso aún en el caso de ver satisfechas todas las pretensiones procesales en la resolución final si, en virtud de una indebida utilización de los MASC se ha producido un abuso del servicio público de Justicia podría generar alguna duda, en cuanto sea susceptible de conducir a las partes a aceptar determinados acuerdos en contra de sus propios derechos e intereses legítimos⁹⁰ y por lo tanto a disuadirlos de acudir al proceso. Sin embargo, como también se ha señalado anteriormente, la regulación concreta de este extremo en la nueva redacción del art. 394 LEC y el incidente de exoneración y moderación de costas procesales de los arts. 245 y 245 bis LEC, convertirá este extremo en excepcional. En consecuencia, no parece que, excepto que el Tribunal Constitucional modifique su criterio en un futuro o entendiéndose que el alcance del abuso del servicio público de Justicia en estos casos pudiese ser más amplio del aquí considerado, la regulación propuesta de la condena en costas vaya a ser tenida por inconstitucional.

CONCLUSIONES

La LMME tiene como intención declarada la de dar un impulso a los MASC con el objetivo de reducir el número de asuntos que ingresan en los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil. La forma en la que se confía para obtener este objetivo es la de obligar a las partes procesales a intentar lograr una resolución previa del conflicto a través de fórmulas autocompositivas. Para ello se introduce un nuevo requisito de procedibilidad en el enjuiciamiento civil consistente en acreditar documentalmente que se ha intentado una negociación previa a la presentación de la demanda, sin el cual esta no será admitida.

Además, en la condena en costas y en el nuevo incidente de moderación y exoneración de costas procesales se tendrá en cuenta, junto con el tradicional criterio de vencimiento y los también clásicos de temeridad y mala fe, la existencia de un abuso del servicio público de justicia. A través de este nuevo concepto, se busca penalizar a las partes que hubiesen rehusado la tentativa de acuerdo previo al proceso o que no han aceptado las soluciones propuestas en esta vía que hayan sido sustancialmente iguales a las acordadas en la posterior resolución judicial, por haber malgastado los recursos de la administración de Justicia.

Este nuevo sistema supone de facto una privatización de la resolución de los conflictos. Los intentos autocompositivos de solución de controversias gozarán de preferencia frente a la composición judicial de la litis, lo que convierte a la administración de Justicia en subsidiaria de los anteriores para una generalidad de asuntos. Queda por ver si este

89 BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, *Medios alternativos...*, op. cit., pp. 101-104

90 BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, *Medios alternativos...*, op. cit., pp. 105-107 y 112.

sistema será eficaz o no en reducir el número de pleitos que ingresan en la administración de Justicia, pero supone un evidente menoscabo de las funciones sistémicas del Poder Judicial, reducido a un mero servicio público de resolución de conflictos y obviando su cometido como medio de afirmación de la ley y de realización de la Justicia. La búsqueda de la eficiencia y de la reducción de la litigiosidad se ha convertido en el único motor de la reforma, lo que podría tener repercusiones en la plena satisfacción de los derechos e intereses legítimos de las partes.

De todas formas, no puede afirmarse con rotundidad que la reforma pueda resultar inconstitucional, de acuerdo con la doctrina sentada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno al derecho de acceso a la Jurisdicción. El legislador tiene libertad para establecer determinados requisitos para el ejercicio de acciones judiciales por parte de los ciudadanos, siempre que respondan a un fin legítimo, sean proporcionados a los objetivos perseguidos y no supongan de hecho obstáculos disuasorios para el acceso a la Justicia. Como se ha visto, la regulación de la LMME cumple con los parámetros fijados por ambos órganos jurisdiccionales. Sólo el hecho de que las personas que posean un derecho o interés legítimo se vean forzadas a llegar a acuerdos para evitar los gastos derivados del proceso judicial, como consecuencia de una exoneración de costas a la contraparte en virtud del principio del abuso del servicio público de Justicia plantearía una sombra de inconstitucionalidad sobre la normativa planteada. Pero ya se ha señalado que la regulación concreta de la LMME lleva a pensar que estos supuestos serán excepcionales.

No ha sido la intención de este trabajo ni negar la virtualidad de los MASC como instrumentos adecuados para satisfacer las pretensiones de Justicia de la ciudadanía, ni tampoco restar importancia al uso abusivo del proceso judicial que se viene produciendo en determinados casos, particularmente por grandes corporaciones que, en lugar de reconocer los derechos de las personas consumidoras, las obligan a litigar en defensa de sus posiciones claramente fundadas desde el punto de vista práctico y jurídico, o de compañías de defensa jurídica que rehúsan acuerdos favorables a sus clientes porque su fuente principal de ingresos son las condenas en costas. Pero el reconocimiento de que parte del diagnóstico es correcto no implica compartir el tratamiento.

Seguramente, con tomar medidas parciales para los supuestos de abuso localizados, parte del problema se podría solventar, particularmente si estas situaciones se incluyesen específicamente en el ámbito tradicional de la mala fe o la temeridad⁹¹. La introducción de un nuevo concepto ligado a estos, pero distinto y sin contornos claros es posible que sea fuente de incertidumbre y de una complejidad innecesaria. Por otro lado, convertir a los MASC en un requisito obligatorio y cuya confidencialidad puede ser excepcionada a posteriori desnaturaliza su esencia y afecta a su funcionamiento y al modo en que las partes se conducen en su seno. Es muy posible surjan estrategias procesales y formulación de propuestas de solución cuyo objetivo no sean la consecución de un acuerdo, sino la preconstitución de una posible condena en costas o exoneración posterior de la misma.

Si los poderes públicos quieren aumentar la utilización de los MASC deben fortalecerse estos sistemas, hacerlos fácilmente accesibles para la ciudadanía, contribuir a crear un sistema robusto y que genere confianza, tanto por los profesionales que intervienen como por las instituciones que lo respaldan, en lugar de simplemente obligar a las partes a utilizarlos⁹². Ello, desde luego, supone inversión económica y tiempo, elementos ambos de los que seguramente se carezca en estos momentos. Veremos qué pasa en el futuro.

91 MARTÍNEZ DE SANTOS, ALBERTO, "La regulación de la tasación...", op. cit., p. 9.

92 HERRERA DE LAS HERAS, RAMÓN, "La mediación obligatoria...", op. cit., p. 18.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M^a JOSÉ, “Relevancia práctica de la STC 156/2021, de 16 de septiembre: inconstitucionalidad del régimen de imposición de costas en procesos de cláusulas suelo y discriminación a los consumidores que no son personas físicas”, *Diario La Ley*, núm. 9959/2021.
- ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, “El libre acceso como derecho a la jurisdicción”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. 14, núm. 37/1970, pp. 95-137.
- ÁLVAREZ GARCÍA, HÉCTOR, “La premediación como presupuesto procesal de admisibilidad versus el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción”, AA.VV. (Dir. CABRERA MERCADO, RAFAEL; coord. QUESADA LÓPEZ, PEDRO MANUEL), *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Dykinson/Universidad de Jaén, Madrid, 2017, pp. 85-96.
- ARANDA JURADO, MAR, “La mediación obligatoria mitigada como instrumento para la promoción de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles en el ordenamiento jurídico español”, AA.VV. (Dir. JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO, BELLIDO PENADÉS, RAFAEL; coords. LLOPIS NADAL, PATRICIA, DE LUIS GARCÍA, ELENA), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 527-535.
- ASENCIO MELLADO, JOSÉ M., “Eficiencia, poder judicial y proceso”, *Práctica de Tribunales*, núm. 148/2021.
- BANACLOCHE PALAO, JULIO, “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿Una vuelta al pasado?”, *Diario La Ley*, núm. 9814/2021.
- BARONA VILAR, SILVIA, “La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia”, AA.VV. (Coord. BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 227-247.
- BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- BONET NAVARRO, ÁNGEL, “El acceso a la Justicia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18/2006, pp. 14-121.
- CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS, “El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el Tribunal Constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16/2013.
- CACHÓN CADENAS, MANUEL, “La buena fe en el proceso civil”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 18/2005, pp. 209-249.
- CALAZA LÓPEZ, SONIA, “La externalización de la justicia como antídoto para recobrar la eficiencia perdida”, AA.VV., *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA Y ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO; coords. MUINELO COBO, JOSÉ CARLOS Y SUBERBIOLA GARBIZU, IRUNE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 29-36.
- CANALES ALIENDE, JOSÉ MANUEL, “La administración de la Justicia: hacia una visión gerencial del servicio público de la justicia”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 73/1991, pp. 213-227.
- CARRETERO MORALES, EMILIANO, “¿Puede contribuir el nuevo modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación a mejorar la eficiencia del proceso civil? Breve análisis del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”, AA.VV. (Dir. JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO, BELLIDO PENADÉS, RAFAEL; coords. LLOPIS NADAL, PATRICIA, DE LUIS GARCÍA, ELENA), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 579-588.
- CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, “Los métodos adecuados de solución de conflictos según el proyecto de eficiencia procesal”, AA.VV., *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA Y ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO; coords. MUINELO COBO, JOSÉ CARLOS Y SUBERBIOLA GARBIZU, IRUNE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 289-323.
- CGPJ, Memoria Anual 2003 (correspondiente al año 2002), Madrid, 2003. (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2003--correspondiente-al-ejercicio-2002->)
- CGPJ, Memoria Anual 2022 (correspondiente al año 2021), Madrid, 2022. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2022--correspondiente-al-ejercicio-2021->
- CGPJ, Memoria Anual 2023 (correspondiente al año 2022), Madrid, 2023. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder->

- Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2023--correspondiente-al-ejercicio-2022-
 CGPJ, Memoria Anual 2024 (correspondiente al año 2023), Madrid, 2024. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2024--correspondiente-al-ejercicio-2023->
- COMISIÓN EUROPEA, 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, Bruselas, 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0542&from=FR>
- CUADRADO ZULOAGA, DANIEL, “Temeridad o mala fe como presupuesto para la imposición de costas”, Actualidad administrativa, núm. 7/2006, pp.852-861.
- DE PRADA RODRÍGUEZ, MERCEDES, “El acceso a la justicia y las tasas judiciales”, Actualidad Civil, núm. 2/2015.
- DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL, “Las tasas Judiciales a juicio, InDret, núm. 1/2017.
- ESCUADERO MORATALLA, JOSÉ F.; FERRER ADROHER, MERCE, “La Administración de Justicia como servicio público”, Diario La Ley, núm. 9681/2020.
- FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, “La justicia no es un servicio público: examen provisional del proyecto de reforma procesal. (En situación parlamentaria de “enmiendas”)”, Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación, núm. 39/2009, pp. 619-666.
- FERNÁNDEZ BENAVIDES, MIGUEL, “El futuro de la condena en costas y la (más que probable) supervivencia del criterio del vencimiento objetivo”, Diario La Ley, núm. 9246/2018.
- GONZÁLEZ ALONSO, ALICIA, “Las tasas judiciales (o sobre la aflicción) desde la perspectiva constitucional”, RJUAM, núm. 27/2013-I, pp. 157-182.
- GONZÁLEZ GARCÍA, SAÚL, “La proposición de modificación del art. 394 LEC del vencimiento objetivo a la temeridad: un análisis crítico a la vista de la propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes en el proceso civil y el Derecho comparado”, Práctica de tribunales, núm. 134/2018.
- GUERRA PÉREZ, MIGUEL, “Condena en costas: ¿deben reformarse la LEC y la LJCA para pasar del vencimiento a la temeridad?”, Proceso civil: cuaderno jurídico, núm. 130/2018, pp. 24-27.
- HERRERA DE LAS HERAS, RAMÓN, “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, InDret, núm. 1/2017.
- HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, La Ley Mediación y Arbitraje, núm. 11, 2022.
- JUAN SÁNCHEZ, RICARDO, “La responsabilidad disciplinaria de los abogados por mala fe procesal y la competencia de los colegios profesionales para su determinación”, AA.VV. (Coord. BLASCO PELLICER, ÁNGEL ANTONIO), El trabajo profesional de los abogados, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 225-253.
- LÓPEZ GUERRA, LUIS, “La justicia como derecho ciudadano. Algunas cuestiones actuales”, Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas, núm. 5/2009, pp. 27-40.
- LÓPEZ GUERRA, LUIS, “La modernización de la Justicia como servicio público”, Revista de Derecho Político, núm. 47/2000, pp. 11-26.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO M., “El elogio del eficientismo procesal del servicio privado de justicia en el anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, núm. 2/2021, pp. 162-165.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, MANUEL, “La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisdiccionales”, Cuadernos de derecho judicial, núm. 18/2005, pp. 41-102.
- MARTÍNEZ DE LEÓN, MANUEL, “Estándares de homologación constitucional de los medios adecuados de solución de controversias”, AA.VV. (Coord. PÉREZ MARTELL, ROSA), Eficiencia procesal. Modernización de la Justicia, J.M. Bosch, Barcelona, 2021, pp. 151- 180.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, ALBERTO, “La regulación de la tasación de costas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (arts. 244, 245, 245 bis y 245 LEC) y de la multa del art. 247 LEC”, Práctica de Tribunales, núm. 151/2021.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, ALBERTO, “Particularidades de la reforma de las costas en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, Práctica de Tribunales, núm. 154/2022.
- MARTÍNEZ DEL TORO, SUSANA, “¿Cómo se deberían regular mejor las costas judiciales en el proceso civil? Situación actual y propuestas de reforma”, Práctica de Tribunales, núm. 146/2020.

- MARTÍNEZ ESCRIBANO, ALFONSO, “Garantías constitucionales en el proceso civil”, AA.VV. (Coord. RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO J.), La aplicación jurisdiccional de la constitución, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 153-214.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, JOSÉ I., “El debate sobre las costas procesales, desde la perspectiva ADR”, *Práctica de Tribunales*, núm. 131/2018.
- MATTEUCCI, GIOVANNI, “MASC: Métodos alternativos o adecuados de solución de controversias. Spain and Italy”, AA.VV. (Coord. PÉREZ MARTELL, ROSA), Eficiencia procesal. Modernización de la Justicia, J.M. Bosch, Barcelona, 2021, pp. 125-150.
- MERELLES PÉREZ, MANUEL, “La mediación como requisito previo de admisión de la demanda”, *Diario La Ley*, núm. 8682/2016.
- MERELLES PEREZ, MANUEL, “Sanción por mala fe procesal por no intentar la mediación”, *Diario La Ley*, núm. 8490/2015.
- MILIONE, CIRO, “La función judicial en el marco del Estado social y autonómico español: ¿Poder o servicio público?”, *Estudios de Deusto*, núm. 62-2/2014, pp. 287-317.
- MONTERO LÓPEZ, RAÚL, “Derecho de acceso a la jurisdicción y tasas judiciales. La justicia no es gratuita”, AA.VV. (Dir. EZURMENDÍA ÁLVAREZ, JESÚS), Principios de Justicia Civil, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2021, pp. 327-381.
- MORENO GARCÍA, LUCÍA, “La inconstitucionalidad (parcial) del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, núm. 9956/2021.
- MUÑOZ SABATÉ, LLUIS, “Dos clases de temeridad en orden al criterio sobre imposición de costas”, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 91, Núm. 4/1992, pp. 1057-1060.
- OLIVEROS ROSELLÓ, MARÍA, J., “Sobre el servicio público de justicia”, *Diario La Ley*, núm. 9888/2021.
- OROMÍ I VALL-LLOVERA, SUSANNA, “La mediación de consumo como requisito de admisibilidad del proceso judicial según el Tribunal de Justicia de la UE. (Comentario de la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2017, en el Asunto C-75/16 Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa)”, AA.VV. (Dir. JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO; coords. FUENTES SORIANO, OLGA y GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL), Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 459-468.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL, “Jurisdicción y servicio público de justicia”, AA.VV. (Dir. ORTELLS RAMOS, MANUEL), Introducción al derecho procesal, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 41-54.
- ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Eficacia Procesal”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 7/2021.
- PARLAMENTO EUROPEO, Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU, Bruselas, 2014. [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2014\)493042](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2014)493042)
- PEREA GONZÁLEZ, ALVARO, “Breve comentario al concepto de abuso del servicio público de justicia en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal”, *Diario La Ley*, núm. 9774/2021.
- PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, “La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *InDret*, 2/2019.
- PÉREZ ESTRADA, MIREN J., “La Justicia, ¿un servicio público?”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57/2022.
- PÉREZ MARÍN, Antonio: “Acceso a la Jurisdicción ordinaria o civil a la luz de los valores y principios constitucionales”, *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5/2009-2014, pp. 381-404.
- PICÓ I JUNOY, JOAN, “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”, en Cuadernos de derecho judicial, núm. 18/2005, pp. 15-39.
- PICÓ I JUNOY, JOAN, El principio de la buena fe procesal, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003.
- PICÓ JUNOY, JOAN, “MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?”, *Diario La Ley*, núm. 9801/2021.
- SAAVEDRA LÓPEZ, MODESTO, “La administración de justicia, ¿servicio público o poder del estado?”, *Jueces para la democracia*, núm. 65/2009, pp. 24-31.
- SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO, “El acceso a la jurisdicción como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva”, AA.VV., Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico, 1997, pp. 884-896.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, RAÚL, “Tendencias actuales en el acceso a la justicia civil”, *Iudicium. Revista de Derecho Procesal de la Asociación Iberoamericana de la Universidad de Salamanca*, núm. 4, 2018, pp. 23-44.

- SÁNCHEZ POS, M. VICTORIA, “Hacia un modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación. Comentario breve al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”, AA.VV. (Dir. JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO, BELLIDO PENADÉS, RAFAEL; coords. LLOPIS NADAL, PATRICIA, DE LUIS GARCÍA, ELENA), Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 923-930.
- SÁNCHEZ VALLE, M. DEL ROSARIO, “¿Mediación voluntaria o preceptiva?: Reflexiones a la luz del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”, Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 103/2022, pp. 30-67.
- SIGÜENZA LÓPEZ, JULIO, “Derecho de acceso a los tribunales y mediación obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción. Normativa europea”, AA.VV. (Dir. JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO; coords. FUENTES SORIANO, OLGA y GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL), Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 533-543.
- SIMÓN, LUIS M., “Abuso del proceso”, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, núm. 4/2003, pp. 467-488.
- SOSA WAGNER, FRANCISCO, “Poder Judicial, Jueces y servicio público”, en Estudios de Derecho Judicial, núm. 109/2006, pp. 85-102.
- TAJADURA TEJADA, JAVIER, “Reflexiones en torno a la configuración de la justicia como servicio público”, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 8-9/2001-2002, pp. 177-200.
- TARUFFO, MICHELE, “El abuso del proceso”, Advocatus, núm. 32/2015, pp. 227-238.
- TIERNO BARRIOS, SELENA, “Los medios alternativos de resolución de conflictos como vertiente del derecho de acceso a la justicia en una sociedad intercultural”, AA.VV. (Dir. YURREBASO, AMAIA; coord. SEIXAS VICENTE, ISABEL y CABEZAS VICENTE, MANUEL), Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género IV interculturalidad y Derechos Humanos, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021, pp. 137-150.
- VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, Mediación mercantil y eficiencia procesal, Wolters Kluwert, Madrid, 2022.
- VÉLEZ TORO, ANTONIO, J., “La huida del proceso civil”, Revista General de Derecho Procesal, núm. 53/2021.

EL ROL DE LA JUSTICIA CIVIL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. UNA PROMESA INCUMPLIDA



Ricardo Manuel Lillo Lobos⁹³
Profesor Asistente
Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago (Chile)

MENCIÓN CURRICULAR

Doctor of Juridical Science (S.J.D) y Master of Laws (LL.M) in Public Interest Law and Policy, University of California Los Angeles (UCLA).

Se incorporó a la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez en el año 2021 como académico jornada completa luego concurso de antecedentes y oposición. En la actualidad, además, se desempeña como Director del Laboratorio de Justicia Centrada en las Personas de esa misma casa de estudios, director del proyecto “Information and Communication Technologies and its impact on Access to Civil Justice. The case of the Chilean Judicial System during the COVID 19 Pandemic”, financiado por la Tinker Foundation, y como investigador principal del proyecto Fondecyt Iniciación N° 11230950, titulado “El impacto de la implementación de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la justicia civil chilena. Análisis desde los estándares de debido proceso y acceso a la justicia.”

En el pasado ha sido académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Transnational Criminal Justice Program Research Fellow de UCLA, e investigador del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

Sus principales áreas de investigación son el derecho procesal, reformas judiciales, y el funcionamiento del sistema de justicia. En particular, sus trabajos más recientes están enfocados en temas relativos a acceso a la justicia civil, debido proceso, así como al uso de tecnologías de la información y las comunicaciones en los sistemas de justicia. En general, destaca en su investigación la utilización de métodos empíricos propios de la tradición anglosajona de Empirical Legal Studies.

Es miembro de Law and Society Association, de la Red Chilena de Investigadores en Derecho Procesal e investigador asociado al Centro de Investigación en Derecho y Sociedad de la UAI.

93 Doctoral of Juridical Sciences (SJD) University of California Los Angeles (UCLA). Profesor Asistente Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén. Correo electrónico: ricardo.lillo@uai.cl. <https://orcid.org/0000-0003-1007-1665>

Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto Fondecyt Iniciación N° 11230950 titulado “El Impacto de la Implementación de Tecnologías de la Investigación y las Comunicaciones en la Justicia Civil Chilena. Análisis desde los Estándares de Debido Proceso y Acceso a la Justicia”.

I INTRODUCCIÓN

Definir qué es la justicia civil puede resultar una tarea compleja. A diferencia de la justicia penal, donde los intervinientes son en su mayoría institucionales, en la justicia civil el abanico de potencial de actores es bastante más amplio. Normalmente demandantes y demandados se tratarán de personas (naturales o jurídicas) actuando de manera particular, esto es, no en base a un rol institucional pre establecido por la ley – como ocurre en el ámbito penal– sino que en base a intereses e incentivos complejos de determinar.

Por otro lado, suele haber diferencias importantes entre diversos sistemas jurídicos sobre el rango de aplicación o, en otras palabras, lo que se considera como “civil”. Reconociendo esta complejidad, para los fines de esta ponencia, se recurre a la concepción de Genn según la cual la justicia civil es un foro en el que las personas, naturales o jurídicas, pueden ejercer su derecho de acción para poner en marcha la maquinaria estatal con miras a obtener la protección de sus derechos y hacerlos efectivos⁹⁴, concepción que abarca una dimensión de resolución de controversias o disputas entre individuos, empresas, o incluso el Estado, que es un aspecto común de la justicia civil a nivel comparado⁹⁵. Por supuesto, aun cuando la justicia civil en muchos sistemas jurídicos tenga el objetivo de resolver disputas individuales mediante el sistema de tribunales estatales, ello no quiere decir que se trate únicamente de una función puramente privada. Por el contrario, al brindar un espacio para la resolución de una disputa, para afirmar un derecho frente a los demás, entonces, la justicia civil también ejerce una función pública, es decir, una que es ejercida por un ente del Estado y cuyo destinatario es la sociedad toda. Desde este punto de vista se concibe la justicia civil como un foro público en el que los ciudadanos como iguales debaten, resuelven sus disputas y dan forma a los contornos del derecho⁹⁶.

En esta versión ideal de la justicia civil, su finalidad es la proveer un foro, no como la justicia penal para hacer cumplir el derecho penal sustantivo promulgado por la legislación, sino para discrepar en relación con derechos de naturaleza jurídica muy diversa. Así, muchos litigios se refieren a derechos contractuales concebidos por las partes u otros derechos conferidos por la norma civil sustantiva.

Esto no quiere decir, por supuesto, que todos los sistemas de justicia civil cumplan en la práctica tal objetivo público. Desde un punto de vista del ideal o de lo que la justicia civil “debería ser”, en este trabajo se explora el estrecho lazo entre la función que esta debería cumplir con el correcto funcionamiento de un Estado Democrático de Derecho. Como veremos, tanto a nivel comparado como en el caso de Chile, esa promesa se mantiene incumplida. Explorar así dichas funciones y la brecha existente entre ese modelo ideal y lo que ocurre en la realidad, es el objeto de esta ponencia.

Con estos fines, se comienza por profundizar en la relación esencial entre la justicia civil y los principios del Estado de Derecho, destacando las funciones que esta está llamada a cumplir para acercarse a los estándares que componen este ideal. A continuación, en la sección 3, se revela la brecha entre el ideal y la realidad, evidenciando una crisis global de acceso y relevancia de la justicia civil, marcada por altos costos, demoras y formalismos. En la sección 4 se analiza la situación específica chilena,

94 Genn H (2010) *Judging Civil Justice*. Cambridge University Press, Cambridge, p.11

95 Uzelac, Alan (2014): “Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World”, en: Uzelac, Alan (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems* (United States, Springer), pp. 3-34, pp. 7-12.

96 Resnik (2014), p. 10.

mostrando cómo nuestro país no escapa a esta tendencia y cómo se ha encontrado más bien relegada y disminuida frente a otras tendencias reformadoras. Finalmente, el trabajo concluye con breves conclusiones donde se resumen los hallazgos principales, enfatizando la persistente brecha entre el ideal y la realidad.

II LA JUSTICIA CIVIL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Que la justicia civil constituya un mecanismo de resolución de controversias o de protección de derechos, es importante por diversos motivos. Así, podría señalarse que el derecho de acceso a la justicia es considerado un derecho humano que busca garantizar que las personas cuenten con la posibilidad de llevar nuestras pretensiones a un tribunal para que nuestros derechos sean protegidos de manera efectiva y bajo ciertas condiciones mínimas que aseguren un debido proceso⁹⁷. Ya por tal motivo, una de las obligaciones del Estado en esta materia sería la de proveer justicia civil y crear las condiciones para que los individuos puedan acceder a ella y obtener una protección efectiva de sus derechos de orden civil⁹⁸.

Pero la justicia civil no solo debería ser una vía de cumplir con obligaciones estatales en materia de derechos humanos, sino que está llamada a cumplir funciones especialmente relevantes desde el punto de vista del Estado de Derecho en general, y luego, de un Estado Democrático de Derecho en particular. Es desde este enfoque el análisis que se centra este trabajo.

Independiente de las varias conceptualizaciones del Estado de Derecho, se puede afirmar que se trata de una serie de principios o estándares con miras a que el ordenamiento jurídico cumpla su propósito de regular y guiar la conducta de los miembros de una sociedad, personas comunes y autoridades, quienes se verán obligados y a la vez beneficiados por el derecho⁹⁹. Estos principios, como destaca Finnis, más que un listado instrumental o un plan de control social, envuelven en sí mismos valores de reciprocidad y de justicia procedimental en la interacción de la autoridad creadora de las normas y las demás personas¹⁰⁰.

El Estado de Derecho es un ideal, al que se espera que un sistema legal en concreto se aproxime en la mayor medida posible. Para Fuller, más aún, se trata de dimensiones esenciales, de manera de que una falla crítica o total en ellas, el resultado sería algo que no podría ser llamado realmente un sistema legal¹⁰¹. Para Rawls, si el desvío es extremo y serio, incluso se podría pensar que el sistema legal no es más que una mera colección de órdenes particulares diseñadas en avanzar los intereses de un dictador o déspota¹⁰². Aunque esta idea ha sido criticada, lo que sí es más bien claro es que el análisis de sus cumplimientos, entonces, es una cuestión de grado¹⁰³.

97 Lillo, Ricardo (2023) Bases constitucionales del Derecho de Acceso a la Justicia. En: VV.AA., Justicia y Nueva Constitución, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 85-112, p. 89

98 En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que del derecho de acceso a la justicia emanan obligaciones negativas y positivas. Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos vs. Argentina, Sentencia del 28 de noviembre de 2002, párr. 50-52. Por su parte, Cappelletti y Garth definen el acceso a la justicia como los medios por los cuales las personas pueden reivindicar sus derechos y/o resolver sus disputas bajo el auspicio general del Estado. Cappelletti M, Garth B (1978) Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. Buff. L. Rev. 27: 181-292, p. 185.

99 En sentido, Finnis, John (2011) Natural Law and Natural Rights, Oxford University Press, Oxford, segunda edición, pp. 270-271; Raz, Joseph (), p. 212.

100 Finnis, John (2011) Natural Law and Natural Rights, Oxford University Press, Oxford, segunda edición, p. 74.

101 Fuller, Lon (1964) The Morality of Law, Yale University Press, New Haven, p.39.

102 Rawls, pp. 206-210

103 McCorquodale, Robert (2010): "Business, Rule of Law and Human Rights", en McCorquodale, Robert (ed.) The Rule of Law in International and Comparative Context

Aun cuando el listado específico de estas máximas o estándares que determinan el contenido del Estado de Derecho puede variar entre los autores, tal como lo señala Lucy, un contenido mínimo al que se suele adherir –y a partir de allí añadir o especificar– es el propuesto por Lon Fuller. De acuerdo a este, entonces, para que un sistema legal cumpla el propósito de guiar y regular la conducta de los miembros de una sociedad y sus autoridades, las normas que comprenden dicho sistema deben ser: i) generales, aplicables a clases de personas y conductas, evitando así las decisiones ad hoc; ii) promulgadas y puestas a disposición del público de manera que todos puedan conocerlas; iii) no deben aplicarse de manera retroactiva; iv) deben ser comprensibles y estar redactadas de manera que su significado sea claro para quienes deben obedecerlas; v) deben ser coherentes evitando la existencia de normas contradictorias entre sí; vi) no deben exigir conductas imposibles de realizar por los destinatarios; vii) no deben modificarse con demasiada frecuencia; y viii) debe existir coherencia entre lo que dicen las normas y cómo son aplicadas por las autoridades.¹⁰⁴

Ya desde el punto de vista de la necesidad de claridad y predictibilidad en cuyo foco están las concepciones más formales como la de Lon Fuller antes descrita, la justicia civil cumple un rol importante. Por una parte, a través la adjudicación civil, se brinda un marco jurídico claro para que los miembros de la sociedad guíen su conducta conforme a ello, sobre todo a través de la aplicación regular y constante de las normas que caen dentro de su ámbito de aplicación. Luego, desde la idea de claridad y certeza jurídica, esta se requiere tanto respecto del derecho sustantivo como a nivel de normas del procedimiento¹⁰⁵. En relación a esta dimensión Rawls, por ejemplo, destaca que en un Estado de Derecho es particularmente relevante la idea de la administración consistente y regular de las normas que componen el sistema legal, lo que él llamó “justicia como regularidad”¹⁰⁶.

La justicia civil sirve así como mecanismo vital para la realización práctica de los principios teóricos del Estado de Derecho, en tanto proporciona las vías para que los individuos reclamen la protección de los derechos provistos por el ordenamiento jurídico cuando estos son violados. De esta manera, permite la aplicación de las obligaciones legales entre particulares, asegurando que las diversas fuentes del derecho sustantivo de orden civil –incluido los contratos–, se realicen de manera efectiva.

Respecto de estos últimos, se ha señalado, que la eficacia del cumplimiento de los contratos es de suma importancia para el desarrollo económico. Un sistema legal confiable que garantiza el cumplimiento de los contratos fomenta la confianza en el mercado, lo que a su vez atrae inversiones y promueve el crecimiento económico. La idea es que cuando las empresas y los individuos tienen la seguridad de que sus acuerdos serán legalmente vinculantes y ejecutables, estarán más dispuestos a participar en actividades económicas, lo que lleva a una mayor prosperidad y desarrollo¹⁰⁷.

Por otro lado, parte importante del Estado de Derecho se centra en la idea de que quienes se encuentren en posiciones de poder, las autoridades, deben ejercerlo dentro de un marco de normas públicas bien establecidas, en oposición a su uso arbitrario, discrecional, o basado en las propias preferencias o ideologías, y estar sujeto a un escrutinio y a una rendición de cuentas hacia el resto de la sociedad. Luego, desde el punto de vista de la función de resolver conflictos de relevancia jurídica, la definición de

(Londres, British Institute of International and Comparative Law); pp. 27-47, p. 29; Raz, Joseph (), pp. 222-223.

104 Lucy, William, Fuller (2020) Access to Justice and the Rule of Law, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 40, N° 2, pp. 377-402, pp. 386-389; Lon (1964) The Morality of Law, Yale University Press, New Haven, pp. 33-91.

105 Schönsteiner, Judith, Structural Impartiality and The Inter-American Court of Human Rights: Managing The Influence Of Actors, Institutions And Procedures, University of Essex, British Library, 2011, pp. 119-120.

106 Rawls, pp. 206-210

107 Genn H (2010) Judging Civil Justice. Cambridge University Press, Cambridge, p.

justicia civil puede extenderse para incluir disputas entre ciudadanos y organismos públicos, sirviendo así también como mecanismo para controlar la acción gubernamental¹⁰⁸. Así, permite que individuos y entidades que ejercen el poder público sean responsables de las acciones que causen daño o violen normas legales de orden civil, reforzando la idea de que nadie está por encima de la ley.

De esta manera, la justicia civil, en su función de mecanismo de resolución de disputas individuales, no solo se trata de una cuestión privada sino también de naturaleza pública, que se refleja en valores como el mantenimiento del orden social y el sustento a la actividad económica. Esta dimensión pública es crucial para comprender su papel en el Estado de Derecho. Así, Genn ha afirmado que toda la maquinaria de la justicia civil – instituciones, procedimientos, y los derechos sustantivos que buscan ser protegidos y reivindicados a través de ella– es relevante para al proveer el marco necesario para que la economía opere de manera efectiva, para que los acuerdos sean cumplidos¹⁰⁹.

Dicey, por su lado, concibe como una de las acepciones del Estado de Derecho no solo la idea de que todos los individuos, sin importar rango o condición, son iguales ante la ley y en consecuencia estar sujetos a un mismo cuerpo normativo, sino que también a los mismos tribunales comunes¹¹⁰. Antes estos, y como una manifestación del mismo principio de igualdad ante la ley, los individuos, antes de que se les aplique una norma, deben haber podido tener derecho a un proceso judicial respetuoso de ciertas condiciones mínimas que aseguren un debido proceso.

En este sentido, otras concepciones modernas han enfatizado de manera importante una dimensión no tan solo formal desde el punto de vista del carácter general, estable y predecible de la ley, sino que han enfatizado también una dimensión más bien procedimental del Estado de Derecho. En este sentido, Raz, uno de los mayores expositores del positivismo jurídico moderno, ha reformulado los principios básicos del Estado de Derecho, en los siguientes términos¹¹¹:

- a) Las leyes deben ser prospectivas, públicas, y claras;
- b) Las leyes deben ser relativamente estables;
- c) La producción de normas debe ser llevada mediante reglas abiertas, estables y generales;
- d) La independencia de los tribunales debe ser garantizada;
- e) Los principios de la justicia natural deben ser observados;
- f) Los tribunales deben tener poderes de revisión (de los actos de otros entes públicos);
- g) Los tribunales deben ser fácilmente accesibles;
- h) La discreción de agencias de persecución penal no debe ser objeto de abuso.

Desde este prisma que pone énfasis en la dimensión procedimental del Estado de Derecho, la justicia civil tiene un importante valor que no solo se encuentra en la adjudicación de derechos propiamente tal sino en la existencia misma del proceso judicial, y sobre todo respecto de los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia.

Por una parte, el debido proceso o el derecho a un juicio justo, ampliamente incorporado en las constituciones modernas y tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14°), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 6°) o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8°), encarna los principios de justicia procedimental que son

108 Genn H (2010) *Judging Civil Justice*. Cambridge University Press, Cambridge, p.

109 Genn H (2010) *Judging Civil Justice*. Cambridge University Press, Cambridge, p. 3.

110 Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, LibertyClassics, 1982, Octava Edición (reimpresión), p. 114.

111 Raz, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 215-219.

fundamentales para el estado de derecho. Establece un conjunto de estándares y garantías mínimas que deben seguirse en los procedimientos legales para garantizar un trato igualitario y a la vez una precisa determinación de hechos sobre los que el tercero imparcial aplicará el derecho, así como también constituye una expresión pública del derecho que tienen los individuos afectados en sus derechos de requerir la protección del Estado, o exigir que los actos oficiales sean explicados y justificados,¹¹² cuestiones fundamentales para el Estado de Derecho.

El Estado de Derecho implica no solo un trato igualitario para todos los sujetos que guían su actuar conforme al ordenamiento jurídico por parte de las instituciones encargadas de la aplicación del derecho mediante el ejercicio de la jurisdicción, sino también la igual posibilidad de acceder y recurrir a ellos, en tanto los derechos tienen poco valor si falta la oportunidad para su reivindicación¹¹³.

Así, la relevancia de la justicia civil no solo se ve en el fortalecimiento de un marco jurídico claro para guiar la conducta de los miembros de la sociedad, de la afirmación de derechos e igualdad de aplicación del derecho sustantivo bajo un proceso llevado bajo ciertas condiciones mínimas, sino también en la posibilidad de acceder a la justicia y reafirmar, mediante un mecanismo público que vivimos en una sociedad donde hay derechos consagrados por el ordenamiento jurídicos y que pueden ser a su vez ejercidos de manera efectiva¹¹⁴. En este sentido, la descripción que hace Raz de los principios que se derivan de su ideal básico también incluye el acceso a los tribunales, dado el papel central que desempeñan para garantizar el Estado de Derecho. Así, a su entender, barreras como el retado, los costos excesivos, etc., pueden convertir a la ley en letra muerta y terminar por frustrar la capacidad del individuo para guiarse eficazmente por ella¹¹⁵.

Sobre todo en el ámbito civil, las actividades propias de la litigación, en casos simples como complejos, obligan a las partes a tratarse como iguales y a intercambiar información respecto de la cual un tercero imparcial será el encargado de dirimir una controversia de relevancia jurídica. El proceso judicial se presenta así como una manera de modificar normas de conducta mediante participación popular y prácticas igualitarias que permiten limitar y controlar tanto el poder público como privado¹¹⁶.

Desde este punto de vista más bien centrado en las formas y la relevancia del procedimiento, la justicia civil no es solo un mecanismo de resolución de controversias relevante desde el punto de vista de la necesaria certeza y estabilidad de estándares de conductas propias del Estado de Derecho, sino también es relevante para lo que se conoce como el ideal del Estado Democrático de Derecho. Bajo este ideal, en una concepción sustantiva de Estado de Derecho, se le reconoce como una forma de sostener el valor de la democracia, entendida no solo en su dimensión política y de participación ciudadana, sino también en su dimensión sustancial mediante la cual la producción del derecho se sujeta a la concepción y protección de los derechos fundamentales, de cuya protección el juez es garante mediante el ejercicio de la jurisdicción¹¹⁷.

Así, para O' Donnell, un Estado Democrático de Derecho es uno que sanciona y respalda las libertades y garantías propias de la democracia política; sanciona y respalda los derechos fundamentales; y establece vías de rendición de cuentas horizontal que implican que todos los agentes, privados y públicos, incluyendo los cargos más altos del

112 Scanlon (1977), p. 99.

113 Lucy, William, Fuller (2020) Access to Justice and the Rule of Law, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 40, N° 2, pp. 377-402

114 Genn, Hazel, Judging Civil Justice, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 11.

115 Raz, Joseph, The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 217.

116 Resnik (2014), p. 10.

117 Ferrajoli, p. 25

Estado, están sujetos a controles apropiados y legalmente establecidos sobre la legalidad de sus actos¹¹⁸.

Luego, y más allá de la protección de derechos, la justicia civil también puede constituir un espacio de participación democrática en los términos antes mencionados. Así, la justicia civil se configura como un espacio donde es posible redistribuir y transformar el poder mediante un desacuerdo público sobre los contornos de los derechos que otorga el ordenamiento jurídico¹¹⁹. Jeremy Waldron, por su lado, da cuenta de la importancia del proceso como una manera de entender el derecho propiamente tal. Para este autor, sería a través de las instituciones del sistema de justicia que el derecho cobra vida y por lo mismo su comprensión, tanto a través de las reglas que componen el ordenamiento como de los argumentos que surgen en el proceso judicial, son la base para una mejor comprensión de los valores y requerimientos que el derecho representa en la actividad política moderna¹²⁰.

Para Resnik, más allá de las instituciones legales históricas asociadas con la democracia, como los jurados, los tribunales mismos pueden considerarse foros democráticos donde, a través del proceso judicial, los individuos participan, redistribuyen y limitan el poder entre contendientes que discrepan públicamente sobre la importancia de los derechos legales. Los litigantes, por muy diferentes que sean fuera de la sala del tribunal, deben tratarse como iguales. A este respecto, el proceso judicial permite la participación popular en una práctica igualitaria que sirve para restringir el poder público y privado¹²¹.

El requisito de acceso a la justicia civil, como vemos, es particularmente importante en al menos dos sentidos. Primero, porque el derecho debe ser epistémicamente accesible: debe ser un cuerpo de normas promulgadas como conocimiento público para que las personas puedan estudiarlo, interiorizarlo, entender lo que exige de ellas y utilizarlo como marco para sus planes y expectativas. En segundo lugar, las instituciones legales y sus procedimientos deben estar a disposición de la gente común para defender sus derechos, resolver sus disputas, protegerlos contra los abusos de poder público y privado,¹²² e incluso participar en actualización del derecho.

En todos estos aspectos la justicia civil cumple un rol fundamental para el Estado Democrático de Derecho. Sin embargo, como veremos, estas expectativas son una promesa incumplida si la justicia civil es inaccesible o si esta no constituye un espacio eficaz para la consecución de estos objetivos. A ello nos abocamos en la siguiente sección, analizando cómo la realidad de la justicia civil a nivel internacional da cuenta de una preocupante brecha entre el modelo teórico y los desafíos que enfrenta en diversos sistemas legales alrededor del mundo.

III LA PROMESA INCUMPLIDA. LA CRISIS DE LA JUSTICIA CIVIL A NIVEL COMPARADO

Este modelo ideal de una justicia civil que cumpla las funciones necesarias para un Estado Democrático de Derecho, está lejos de verificarse en la realidad. A pesar de que

118 O'Donnell, Guillermo (2001), La Irrenunciabilidad del Estado de Derecho. Ponencia presentada en el Seminario Internacional "La Reinención de la Política y la Ciudadanía". Barcelona, España. [En Línea]. 22 y 23 de enero de 2001 Disponible en: www.enj.org, pp. 11-12.

119 Genn, p.

120 Waldron, Jeremy, The Rule of Law and the Importance of Procedure, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, N° 234, 2010, p. 12.

121 Resnik (2014), p. 10.

122 Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>

acercarse a este ideal se trata de una cuestión de grado, la literatura a nivel comparado da cuenta de una brecha importante.

En este sentido, hace ya más de dos décadas, Adrian Zuckerman llamaba la atención de una percepción a nivel internacional de que la justicia civil está en crisis, tanto en los países de derecho civil como en los del Common Law¹²³. Genn, al mismo tiempo que criticaba la falta de buenos estudios empíricos sobre el tema, enfatiza cómo una retórica y un vocabulario común han sido adoptados cada vez más en muchas jurisdicciones y culturas legales¹²⁴.

Esta percepción de crisis se basa principalmente en dos dimensiones. Por una parte, se trataría de una crisis caracterizada por la pérdida de relevancia de la justicia civil como mecanismo de resolución de conflictos jurídicos. En esta dimensión, se señala, inclusive aquellos individuos que podrían acceder a la ella estarían cada vez usando menos el proceso judicial resolver sus conflictos de relevancia jurídica (o están prefiriendo otros tipos de mecanismos), y en ese sentido entonces la justicia civil se habría vuelto cada vez menos relevante en algunos sistemas legales. Así, desde este punto de vista, Genn destaca que datos tanto de Estados Unidos como de Inglaterra dan cuenta de que la justicia civil se usa cada vez menos. Para esta autora, y siguiendo a Galanter, el declive en el ingreso de causas habría seguido luego una época de expansión de derechos durante el Estado de Bienestar, lo que trajo consigo un aumento sostenido en los niveles de litigación y consecuentemente la apropiación de esos nuevos mercados por parte de litigantes que tendieron a abusar de estos espacios. Finalmente, ello habría terminado por incentivar políticas destinadas a extraer asuntos de la justicia civil hacia otros mecanismos privados de solución de controversias¹²⁵.

Por otro lado, se trataría de una crisis de acceso a la justicia. Esta, se caracterizaría por la incapacidad del sistema judicial para proporcionar medios efectivos para resolver conflictos o satisfacer las necesidades legales insatisfechas de las personas de ingresos bajos y medios.

El clamor por un mayor acceso a la justicia, por supuesto, no se trata de un tema necesariamente nuevo. En los Estados Unidos, por ejemplo, ya la primera mitad del siglo XX se propusieron los denominados *Small Claims Courts* que luego se implementaron en todo el país, justamente como una innovación que buscaba brindar procedimientos legales informales, económicos y simplificados destinados a ampliar el acceso a la justicia de la población al menos respecto de asuntos de menor cuantía y complejidad¹²⁶. Más aún, ya entrada la segunda mitad del siglo XX, la obra comparativa de Mauro Cappelletti y Bryant Garth da cuenta del surgimiento del movimiento de acceso a la justicia y las diferentes tendencias seguidas en el mundo¹²⁷. No obstante lo anterior, tal como lo ha expresado Sandefur, los temas de acceso a la justicia han resurgido en todo el mundo como objeto de interés académico y como “...un movimiento social y un compromiso de valores que motiva el estudio y la acción”¹²⁸.

123 Zuckerman A (1999) Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure. In: Zuckerman A (ed.), Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure, Oxford University Press, Oxford, pp 3-52, pp. 12-14. Véase, de manera más reciente: Buhai (2009), p. 1008; Wolf (2012), p. 763; Kiesiläinen (2008), p. 29; Pleasence and Balmer (2012), pp. 36-40.

124 Genn H (2010) Judging Civil Justice. Cambridge University Press, Cambridge, pp. 27-29.

125 Genn H (2010) Judging Civil Justice. Cambridge University Press, Cambridge, pp. 29-38; Galanter M (2006) A world without trials. J. Disp. Resol. 2006(1): 1-33.

126 Sobre esto, véase: Lillo, Ricardo (2016) Access to Justice and Small Claims Courts: Supporting Latin American Civil Reforms Through Empirical Research in Los Angeles County, California. Revista Chilena de Derecho, vol. 43, N° 3, pp. 955-986.

127 Cappelletti M, Garth B (1978) Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. Buff. L. Rev. 27: 181-292.

128 Sandefur R (2009) Access to justice: classical approaches and new directions. In: Sandefur, R (ed.) Access to justice: sociology of crime, law, and deviance, vol 12, pp ix-xvii, p. ix.

Luego, la idea básica derivada del estudio comparativo de Adrian Zuckerman es que tanto los países de derecho civil como los de Common Law no han podido proporcionar medios accesibles para resolver conflictos o satisfacer las necesidades legales insatisfechas de las personas de ingresos bajos y medios, especialmente en lo que respecta a problemas justiciables relativamente simples pero altamente frecuentes entre la población¹²⁹.

En los países del Common Law, la mayoría de las críticas apuntan al alto costo de los litigios civiles. En Estados Unidos, por ejemplo, se ha señalado que esto resulta especialmente problemático para las personas comunes y corrientes con casos de contratos menores, en casos de responsabilidad por daños, de consumidores u otros casos civiles con reclamos potencialmente sólidos sobre el fondo, pero donde el beneficio esperado de sus casos es menor que la inversión requerida, pero a la vez mayor que el límite jurisdiccional de otros tribunales especiales como los *Small Claims Courts*¹³⁰. En el mismo sentido, la justicia civil norteamericana ha sido descrita como una en la que las personas con recursos tienen acceso a abogados y a los tribunales –pero también a otros medios privados de resolución de disputas–, mientras que los grupos de población de ingresos bajos y medios que experimentan necesidades legales o no utilizan el sistema de justicia civil o deben navegarlo por sí mismos¹³¹.

Del mismo modo, Atiyah y Summers, en un estudio comparativo de Inglaterra y Estados Unidos, encontraron que las dos barreras más comunes en ambos países eran el alto costo de los litigios y la excesiva carga de trabajo de los tribunales¹³². En Canadá, por su lado, se ha señalado que debido a los altos precios de los servicios legales y al límite de ingresos para ser sujeto de cobertura de asistencia jurídica gratuita, existe una falta de acceso a para los ciudadanos de ingresos medios, aquellos cuyos ingresos familiares son demasiado altos para ser elegibles para la asistencia jurídica y al mismo tiempo demasiado bajos para poder contratar a un abogado para acudir a los tribunales en asuntos civiles¹³³.

Los altos costos como barrera de acceso a la justicia no son un problema exclusivo de los países del Common Law. En toda Europa continental, el costo de acceder al proceso judicial puede resultar problemático especialmente en el contexto de demandas de menor cuantía. Según Nagy, en tales casos -donde el valor esperado en juego es bajo y los costos tienden a superar el valor esperado- en la práctica, por varias los casos individuales no pueden llegar a los tribunales. Ya sea porque las costas del juicio no pueden trasladarse a la parte perdedora, la existencia de gastos irrecuperables, el costo derivado de la falta de información en el marco de la evaluación preliminar de la viabilidad del proceso judicial, así como el riesgo inherente del litigio (que en las demandas de menor cuantía impacta desproporcionadamente en la decisión de presentar una demanda) crean un escenario en el que muchos demandantes potenciales deciden simplemente no recurrir al proceso judicial como vía para la protección de sus derechos, al menos a nivel individual.¹³⁴

129 Zuckerman A (1999) Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure. In: Zuckerman A (ed.), Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure, Oxford University Press, Oxford, pp 3-52, p.12.

130 Croley S (2017) Civil justice reconsidered. Toward a less costly, more accessible litigation system. New York University Press, New York, p. 127.

131 Weinstein I (2016) Access to civil justice in America: what do we know? In: Estreicher S, Radice J (ed.) Beyond elite law. Access to civil justice in America. Cambridge University Press, New York, pp 3-20, p. 4.

132 Atiyah P, Summers R (1987) Form and substance in Anglo-American law. A comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions, Oxford University Press, Oxford, p. 188.

133 Trebilcock M, Duggan A, Sossin L (ed.) (2012) Middle income access to justice. University of Toronto Press, Toronto, p. 4.

134 Nagy CI (2019) Collective actions in Europe. A comparative, economic and transsystemic analysis. SpringerOpen, Switzerland, pp. 12-13.

Sin embargo, la principal crítica que suele hacerse desde el prisma de acceso a la justicia en países herederos de la tradición continental se dirigen sobre todo a la duración de sus procedimientos y al excesivo formalismo que terminan, sobre todo respecto de casos menos complejos como los mencionados, por transformar a la justicia civil en una alternativa inefectiva para la protección de derechos¹³⁵. Así, por ejemplo, en Italia, varios estudios han intentado identificar los factores de su demora y existen iniciativas desde el Consejo de Europa instando por la adopción de medidas para acortar la duración de los juicios civiles¹³⁶. En este sentido, según Chiarloni, la justicia civil italiana es en gran medida inefectiva para quienes buscan satisfacer sus necesidades legales, principalmente por la excesiva duración del procedimiento civil y, vinculado a ello, por la enorme resistencia desde la profesión legal de incorporar innovaciones que permitan ampliar el acceso¹³⁷.

En América Latina se han identificado varias barreras como el alto costo, la falta de información sobre los derechos y también sobre cómo reivindicarlos, el formalismo de los procedimientos, la demora e incluso la ubicación geográfica de los tribunales como factores que influyen en la falta de acceso a la justicia en esta región. En consecuencia, estos factores, y sobre todo formalismo y demora, se han descrito entre los países latinoamericanos o se han establecido como desafíos para la reforma judicial¹³⁸.

En Colombia, por ejemplo, un estudio sobre necesidades legales insatisfechas publicado en 2014, mostró que dos de cada cinco colombianos experimentaron una necesidad legal en los últimos cuatro años. Dos tercios de estas fueron principalmente robos y estafas, pero también aparecían varios problemas justiciables de orden civil, salud, servicios públicos y problemas familiares y vecinales. Sin embargo, solo el 15% de las necesidades legales experimentadas tuvieron un resultado judicial, en tanto la mayoría de los posibles demandantes decidieron no seguir adelante o sus casos están pendientes en el sistema legal. Cuando había una decisión respecto del caso, la mayoría de estas respuestas no fueron provistas por un juez, en tanto solo el 2,8% de los conflictos fueron entregados a un tercero para su resolución. Luego, se menciona entre las causas por las cuales los individuos no recurren al proceso judicial justamente la duración de los procedimientos,¹³⁹ cuestión que fue uno de los fundamentos que llevaron a la promulgación de un nuevo código –el Código General de Proceso–. No obstante, la nueva justicia civil también ha sido criticada por su incapacidad para resolver la crisis a este respecto¹⁴⁰.

135 Zuckerman A (1999) Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure. In: Zuckerman A (ed.), Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure, Oxford University Press, Oxford, pp 3-52, pp. 13-14.

136 Nissi E, Giacalone M, Cusatelli C (2019) Soc. Indic. Res. 146: 395-407, pp. 396-397. <https://doi.org/10.1007/s11205-018-1892-5>.

137 Chiarloni S (1999) Civil justice and its paradoxes: an Italian perspective. In: Zuckerman A (ed.) Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure. Oxford University Press, Oxford, pp 263-290. En el mismo sentido, véase: Silvestri E (2014) Italy: civil procedure in crisis. In: van Rhee C, Yulin F (eds.) Civil litigation in China and Europe. Essays on the role of the judge and the parties, Springer, Switzerland, pp 235-255.

138 Con respecto a esta barrera de acceso a la justicia en América Latina, y analizando varios estudios que han recopilado información en diferentes países de la región, véase: OCCA (2018) Conflictividad civil y barreras de acceso a la justicia en América Latina. Informe de vivienda y tierras. Justice Studies Center of the Americas, Santiago, pp. 89-94; Gargarella R (2002) Too far removed from the people. Access to justice for the poor: the case of Latin America, pp. 2-12. Disponible en:

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.407.7047&rep=rep1&type=pdf>

139 La Rota M et al (2014) Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia. DeJusticia, Bogotá, pp.368-393.

140 Rueda M (2017) La raíz del Código General del Proceso: una movida concéntrica. In: Cruz H (coord.) El proceso civil a partir del Código General del Proceso, 2nd edition, Ediciones Uniandes, Bogotá, pp 33-78, pp. 44-57.

Después de revisar varias encuestas sobre necesidades legales insatisfechas en varios países, Pleasence y Balmer encontraron que, incluso con diferentes metodologías y tomando en consideración las limitaciones de estos estudios, estos tienden a mostrar el mismo fenómeno. Aunque personas con diferentes niveles de ingresos sufren problemas legales similares, la actitud hacia ellos y la reivindicación de sus derechos varía dependiendo no solo del tipo de problema legal, sino también de los ingresos de las personas afectadas. Así, estos encontraron que las personas con ingresos más altos tienden a tener mayores tasas de involucramiento con servicios legales para resolver sus problemas de carácter civil¹⁴¹.

Para Cappelletti y Garth paradójicamente han sido los propios tribunales, cruciales en la expansión y reconocimiento de derechos fundamentales, quienes han generado un escenario complejo para hacerlos efectivos. El problema sería que sus propias características los haría una alternativa poco atractiva para el común de la gente, sobre todo respecto de asuntos de menor complejidad, pero de alta prevalencia en la población¹⁴². Estos problemas son especialmente preocupantes respecto de ciertos casos civiles, aquellos más bien sencillos desde un punto de vista de su resolución pero de alta prevalencia entre la población, sobre todo porque cuanto menor es la cuantía y la complejidad asociados con un caso, mayor es el costo proporcional del litigio.

Como vemos, aun cuando al final del juicio se reconozca un derecho a una de las partes, el resultado tendrá menos valor para la persona cuyo derecho ha sido reivindicado si los procedimientos judiciales son ineficientes, costosos y excesivamente largos. Las ineficiencias del sistema judicial pueden, por lo tanto, disuadir a futuros litigantes de llevar sus casos a los tribunales¹⁴³. Por supuesto, cierto costo y duración de los procedimientos legales podrían ser inevitables pero también deseables, ya que pueden ser necesarios para alcanzar una decisión correcta. El problema surge cuando el costo y la demora alcanzan proporciones que amenazan el sistema de justicia¹⁴⁴ porque hacen que sea inaccesible e inútil para los ciudadanos comunes.

Los desafíos recurrentes de costo, demora y falta de acceso a la justicia civil han generado una percepción más bien generalizada de que la justicia civil está en crisis y, en otras palabras, de que existiría una amplia brecha entre la manera en que la justicia civil funciona a nivel comparado y el ideal que presentamos anteriormente y, en consecuencia, con el ideal del Estado de Derecho a nivel mundial. En este sentido, resulta preocupante que el Rule of Law Index del World Justice Project viene mostrando de manera sostenida una caída año tras año. Luego, dentro de los factores que más inciden en esta tendencia negativa es justamente aquél sub indicador en materia de justicia civil, donde el 56% de los países se vio afectado debido sobre todo a variables relacionadas al retardo o demora judicial, la ineficacia de mecanismos alternativos de resolución de controversias, o a la influencia indebida del gobierno en su funcionamiento¹⁴⁵.

141 Pleasence P, Balmer N, (2012) Justiciable problems and the use of lawyers. In: Trebilcock M, Duggan A; Sossin L (eds.) Middle income access to justice. University of Toronto Press, Canada, pp 27-54, pp. 36-40.

142 Cappelletti M, Garth B (1978) Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. *Buff. L. Rev.* 27: 181-292, pp. 184-186.

143 Atiyah P, Summers R (1987) Form and substance in Anglo-American law. A comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions, Oxford University Press, Oxford, p. 195.

144 Zuckerman A (1999) Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure. In: Zuckerman A (ed.), *Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*, Oxford University Press, Oxford, pp 3-52, p. 12.

145 Información disponible en: Información disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/insights#global-decline>

IV LA SITUACIÓN EN CHILE.

Tras analizar la preocupante brecha entre el ideal de la justicia civil y su realidad a nivel internacional, evidenciada en la crisis comparada de acceso y pérdida de relevancia, es crucial dirigir la mirada hacia Chile. La sección anterior reveló desafíos globales como el alto costo, la duración excesiva y el formalismo de los procedimientos, erosionando la confianza en el sistema judicial y socavando la promesa del Estado de Derecho. En esta sección, se explorará la situación específica de Chile, demostrando que tampoco escapa a esta tendencia. Se analizará la crisis de la justicia civil chilena, caracterizada por una alta demanda insatisfecha de necesidades legales y un uso predominantemente corporativo del sistema para fines de cobranza, en un contexto de baja confianza ciudadana en la justicia. Además, se abordará la “relegación” de la justicia civil, examinando cómo las reformas se han centrado en crear tribunales especializados y mecanismos alternativos en lugar de fortalecer la justicia civil propiamente tal, perpetuando así la brecha entre la promesa y la realidad en el contexto chileno.

a. La crisis de la justicia civil chilena.

Antiguos datos, y otros más recientes que son presentados en esta ponencia, dan cuenta de que esta crisis no es ajena a la realidad chilena. Nuestra justicia civil ha derivado en una situación en que, por un lado, hay una alta demanda insatisfecha de necesidades legales del área civil, particularmente en casos de baja complejidad, y, por el otro, en una justicia civil cuyo actor casi exclusivo son personas jurídicas que utilizan el sistema con exclusivos fines de cobranza o, más bien, para declaración de incobrabilidad de ciertas deudas. Luego, gran parte del ingreso civil no se trata de causas donde haya un verdadero conflicto sino que de casos donde la labor del juez es más administrativa o notarial que adjudicativa.

Por una parte, desde el lado de la demanda por la satisfacción de necesidades jurídicas, una serie de estudios realizados luego del retorno a la democracia dan cuenta de la mala percepción y confianza que ya desde aquella época tenía la población de sectores económicamente vulnerables hacia el sistema de justicia. Esta visión se fundamenta centralmente en la idea de que esta no era accesible o no era capaz de proveer soluciones para las necesidades legales de estos individuos. En este sentido, las investigaciones de Correa y Barros realizadas en los años 1993 y 1997 mostraban que la opinión de las personas encuestadas respecto de la justicia era mayoritariamente negativa, 82,8% en 1993 y 88% en 1997, dando como motivos la lentitud, la ineficiencia y el carácter discriminatorio de la justicia en contra de los pobres¹⁴⁶.

Los estudios más recientes en materia de necesidades legales insatisfechas, la evidencia disponible más reciente da cuenta de que muchos problemas justiciables comunes que experimentan los chilenos no llegan a los tribunales civiles. En la actualidad, nuestro sistema de justicia civil no representa una alternativa real para la satisfacción de varias necesidades legales de la población, especialmente en lo que respecta a problemas justiciables de baja complejidad pero de alta prevalencia entre la población. Por ejemplo, un estudio publicado en 2020 por la Corporación Administrativa del Poder Judicial muestra que tres de cada cuatro personas afirman haber experimentado un problema justiciable (76% de los encuestados). Los problemas más comunes son los relacionados con productos y servicios contractuales (como teléfono, Internet, cable o televisión

146 Correa Sutil, Jorge; Barros Lezaeta, Luis (1993), *Justicia y Marginalidad, Percepción de los Pobres*, (Santiago, Corporación de Promoción Universitaria), p.23; Barros Lezaeta, Luis (1997), *Opiniones de los Sectores Populares Urbanos En Torno a la Justicia*, (Santiago, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, Corporación de Promoción Universitaria), p. 19.

digital), con un 52,7%, seguidos por problemas de dinero y financieros (no poder pagar con tarjeta de crédito o débito, dinero adeudado a personas, cobro de impuestos, entre otros), con un 30,2%. Las necesidades legales relacionadas con la salud (obtención o recepción de atención médica, atención médica inadecuada, acceso a medicamentos, etc.) ocuparon el tercer lugar con un 27,7%¹⁴⁷.

A pesar de lo anterior, según un estudio empírico realizado en los juzgados civiles de Santiago el 92% de las causas son procedimientos de cobranza de deudas, en los que más del 90% de los demandantes son grandes empresas financieras, de las cuales al menos el 66% son litigantes habituales. En comparación, la mayoría de los demandados son personas que generalmente no comparecen ante la justicia. Como tal, la justicia civil se ha caracterizado como un mecanismo que forma parte de una amplia estrategia de cobranza de las grandes corporaciones, mientras que sus conflictos relevantes se resuelven mediante arbitraje privado¹⁴⁸. Es en este sentido es que decimos la justicia civil está en una crisis de relevancia, en tanto no estaría siendo utilizada para resolver conflictos de relevancia jurídica, sino que estos se han trasladado a otras sedes.

El punto es que en el ingreso civil no se ven reflejados los problemas justiciables que tienen chilenos y chilenas. Ello se debería, de acuerdo a la literatura en Chile, a la existencia de barreras que impiden el acceso a la justicia, como la falta de información, la ubicación de los tribunales, el formalismo y la falta de flexibilidad de los procedimientos legales, las demoras y el requisito obligatorio de representación legal. Estas barreras crean una situación en la que el individuo esporádico, basándose en un análisis de costo-beneficio, decide no resolver su necesidad legal a través de la justicia civil. Esta explicación también puede aplicarse a las pequeñas y medianas empresas, que probablemente también sean litigantes esporádicos y no puedan permitirse el lujo de litigar como un mecanismo regular de resolución de conflictos. De esta manera, la justicia civil chilena es inaccesible para muchos sectores de la población y especialmente para los problemas justiciables simples pero generalizados de naturaleza civil¹⁴⁹.

Por otro lado, y tal como ocurre a nivel comparado, el porcentaje de problemas justiciables que llegan a la justicia formal es bajo. Así, los datos de la encuesta realizada por la Corporación Administrativa del Poder Judicial muestran que, por un lado, un grupo significativo de encuestados que habían experimentado un problema justiciable “no hizo nada” (44,9%). Entre las razones de la inacción, destacan los costos económicos, la distancia geográfica, el tiempo y el esfuerzo (25,9%) y no saber a dónde acudir (25,1%)¹⁵⁰.

La incapacidad del sistema para dar respuestas a este tipo de problemas y la existencia de estas barreras contribuyen en última instancia a la mala percepción pública de la justicia civil y a la crisis de legitimidad de los tribunales, lo que desalienta aún más a la población a iniciar procedimientos legales o a recurrir al poder judicial para resolver disputas civiles¹⁵¹.

Importantes indicadores a nivel comparado dan cuenta de lo anterior. La versión más reciente de la encuesta de la OCDE sobre Factores de Confianza en Instituciones Públicas (OECD Survey on Drivers of Trust in Public Institutions 2024), muestra que chilenas y chilenos tienen bajos niveles de confianza en diversas instituciones públicas (entre ellas el gobierno, el Parlamento, los partidos políticos, entre otros). Esta situación es particularmente crítica respecto del sistema de justicia. Los datos muestran que mientras el promedio entre países de la OCDE, respecto del porcentaje de la población que tiene una confianza alta o moderada en la justicia es de 54%, en Chile ese porcentaje no supera

147 Corporación Administrativa del Poder Judicial (2020) 52-53.

148 Lillo (2020) 128-42.

149 Lillo and Riego (2015) 12-17.

150 Corporación Administrativa del Poder Judicial (2020) 87-90.

151 Hagan & Kim (2017).

el 25%. Ninguna otra de las instituciones públicas que son objeto de esta encuesta muestra una distancia así de alta¹⁵².

Por otro lado, los resultados del Rule of Law Index antes mencionado, muestran un deterioro importante en comparación con otros países que componen el grupo de altos ingresos (en total 46 países). En primer lugar, en variables relativas al control del poder y sanción de conductas indebidas de parte de autoridades u oficiales públicos. En segundo lugar, en relación a seguridad y justicia penal, en variables relativas a la prevalencia de la violencia como mecanismo para resolver conflictos entre personas - donde además estamos bajo el promedio regional y global-, así como de la capacidad del sistema para investigar y en definitiva impactar en la conducta delictual prevalente. En el ámbito de la justicia civil, los peores indicadores dicen relación con la percepción de corrupción y, sobre todo, en la demora o duración de los procesos, donde nos encontramos bajo el promedio global y en la posición 34 de 46 en nuestro grupo de países según ingreso¹⁵³. Así, y dado lo distante que hoy resultan las vías de resolución de conflictos por vías pacíficas provistas por el Estado, no es extraño observar un aumento en la violencia como mecanismo de resolución de conflictos.

Por estas y otras razones, la falta de acceso a la justicia civil en nuestro país ha sido descrita como una de las principales dimensiones de la “crisis” de la justicia civil chilena¹⁵⁴.

b. La relegación de la justicia civil.

Hoy existe un amplio consenso sobre la necesidad de una reforma profunda de la justicia civil¹⁵⁵, a pesar de lo cual ello no ha sido posible de cristalizar. A pesar de que durante las últimas décadas el sistema legal chileno experimentó reformas importantes en otras áreas, la voluntad política para mejorar la justicia civil ha sido escasa, salvo por una importante modernización tecnológica que abarca a todo el Poder Judicial y cuyo impacto en la crisis de la justicia civil propiamente antes descrita ha sido más bien nulo¹⁵⁶. Se han presentado tres proyectos de ley en menos de quince años: 2009 (Michelle Bachelet), 2012 (Sebastián Piñera) y 2020 (Sebastián Piñera), los que no han podido ser aprobados por falta de prioridad. El último intento comenzó durante el segundo mandato de Sebastián Piñera, cuando se anunció que se reanudaría el debate legislativo junto con un paquete de enmiendas, pero que se detuvo debido a la pandemia y no ha existido interés de retomarlo en el actual gobierno.

En vez de repensar una justicia civil que pueda cumplir su función dentro de un Estado Democrático de Derecho, la tendencia en Chile ha sido más bien extraer casos de la justicia civil y reducir o fragmentar el ámbito en el que se ejerce esta jurisdicción. De esta tendencia nos hacemos cargo en esta sección.

A partir de los 80' y fundamentalmente con el retorno a la democracia en los 90' es que comienza a desarrollarse un interés por modernizar algunos aspectos del sistema de justicia chilena. Sobre todo a partir del fin de la dictadura, durante el gobierno de Patricio Aylwin se promovieron una serie de reformas que buscaron, entre otros aspectos, modificar las atribuciones de la Corte Suprema (por ejemplo en el conocimiento de asuntos en materia constitucional), crear un Consejo Nacional de la Justicia, un Defensor del Pueblo, la Academia Judicial, el Servicio Nacional de Asistencia Jurídica, el diseño

152 Información disponible en: https://www.oecd.org/en/publications/oecd-survey-on-drivers-of-trust-in-public-institutions-2024-results-country-notes_a8004759-en/chile_74c31786-en.html

153 Información disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2024/Chile>

154 Lillo (2020) 142-151.

155 Riego and Lillo (2015), p. 10; Palomo (2017), p. 45.

156 Véase, Lillo (2024).

de Juzgados Vecinales, la ampliación del arbitraje, entre otros. Sin embargo, además de que gran parte de estos proyectos no fueron llevados adelante, ninguno de ellos tuvo por objeto reformar la justicia civil sino que, respecto de los asuntos que podrían haber sido conocidos por ella, más bien las iniciativas han ido orientadas en brindar mecanismos alternativos o directamente de extraerlos del conocimiento de dichos tribunales¹⁵⁷.

Por otro lado, en la década de 1990, haciéndose eco de un movimiento latinoamericano,¹⁵⁸ la reforma de la justicia penal ganó impulso político y, gracias a un proceso de implementación ambicioso, reemplazó con éxito el antiguo sistema inquisitivo por tipos de procedimiento acusatorio o adversarial. El fundamento esencial de esta reforma era que la regulación procesal tradicional en Chile no satisfacía los estándares del derecho al debido proceso, y la reforma tenía como objetivo actualizar el sistema de justicia penal en ese sentido.

La relevancia de la reforma de la justicia penal en Chile es enorme y, como tal, ha sido correctamente llamada la “reforma del siglo”¹⁵⁹. Como tal, trajo consigo una profunda transformación en el sistema legal chileno, no solo en términos del procedimiento legal, sino también un cambio en la cultura y la forma de “hacer las cosas”, lo cual hasta ese momento no tenía precedentes en Chile¹⁶⁰. Uno de los componentes clave, en este sentido, fue considerar la nueva justicia penal no solo como una simple reforma a un código, sino que en una política pública mucho más amplia que incluyó la creación de nuevas instituciones, importantes capacitaciones, transformación de la gestión de los despachos judiciales, incorporación de tecnología, sensibilización de la población, entre otros aspectos que luego inspiraron reformas en otras áreas.

En octubre de 2005, olvidando la importancia de la implementación gradual, comenzaron a funcionar en todo el país nuevos Tribunales de Familia —destinados a reemplazar los antiguos Juzgados de Menores y a extraer de la justicia civil muchos de los casos que antes conocía en el ámbito del derecho de familia—. Desde el punto de vista procesal, esta reforma siguió los mismos principios de oralidad e inmediatez del nuevo procedimiento penal, pero sin el mismo grado de éxito. Esta reforma no aplicó las lecciones aprendidas en cuanto a la relevancia del proceso de implementación —entre otros errores—, lo que terminó con un inicio “traumático”, con amplias repercusiones mediáticas¹⁶¹.

Poco después, la justicia laboral también fue reformada, siguiendo los pasos de las dos reformas anteriores. Esta reforma también tuvo como objetivo reemplazar el antiguo procedimiento escrito por uno nuevo basado en dos audiencias principales, una preliminar y una de juicio. Para estos efectos, se requirieron nuevos tribunales, unidades de gestión y personal en una implementación gradual para replicar el proceso de justicia penal y, esta vez, se evitó el problema con la reforma de los tribunales de familia¹⁶².

Durante la última década, se han creado tribunales administrativos especializados en áreas como derecho ambiental, aduanas, licitaciones públicas, derecho eléctrico, protección de la libre competencia, patentes e impuestos¹⁶³. La mayoría de los asuntos

157 Los únicos proyectos aprobados fueron aquellos que restringieron el recurso de queja, desformalizaron la casación, establecieron la especialización en salas de la Corte Suprema, crearon la Academia Judicial, y el mecanismo de calificaciones en temas de carrera judicial. Vargas, Juan Enrique, *La Reforma a la Justicia Criminal en Chile: El Cambio de Rol Estatal*, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 38, 1998, pp. 55-170, pp. 74-78.

158 Véase: Langer (2007), pp. 617-676.

159 Esta expresión fue utilizada por la ex Ministra de Justicia Soledad Álvear en el diario *La Época*, el 7 de abril de 1998. Citado en: Duce (2011), p. 24.

160 Blanco (2010), p. 99.

161 Fuentes et al. (2010), pp. 371-375. Solo en 2008 se promulgó la Ley N° 20.286 y otras regulaciones de tribunales destinadas a mejorar muchas de las fallas del diseño original.

162 Lillo y Alcaíno (2013), pp. 11-16.

163 Véase: Evans and Ugalde (2014), pp. 9-30.

que hoy conocen estos tribunales estaban bajo la jurisdicción de la justicia civil, por lo que estas reformas sectoriales también han significado la reducción en la cantidad y diversidad de ingresos de su competencia. Un ejemplo de esto son los Tribunales Ambientales, implementados entre los años 2012 y 2013. Actualmente, son los responsables de todas las demandas bajo la Ley de Medio Ambiente N° 19.300, cuya versión original establecía que la justicia civil tenía jurisdicción sobre los conflictos a los que dieran lugar su aplicación.

A este respecto, el Poder Judicial ha criticado la expansión e implementación de estos tribunales administrativos especializados que no pertenecen a esta rama del Estado. En este sentido, además de criticar la unidad de la jurisdicción provista por la Constitución, se ha dicho que el ritmo creciente de este fenómeno ha alterado el equilibrio entre las diferentes ramas del Estado y ha aislado o reducido el alcance de la protección brindada por los tribunales¹⁶⁴.

El último fenómeno para comprender mejor la falta de prioridad que se ha dado a la justicia civil en Chile ha sido la creciente expansión de los ADR (mecanismos alternativos de resolución de disputas). Al igual que en muchos países latinoamericanos, estos mecanismos se han promovido dentro de un relato que los coloca como una alternativa viable frente a los saturados e ineficientes tribunales civiles. Así, como en otros países, su implementación ha estado acompañada de una retórica crítica dirigida al procedimiento judicial, al que se describe como burocrático, complejo, costoso, distante e inaccesible, mientras que los ADR se han presentado como un mecanismo ágil para satisfacer las necesidades legales de la población¹⁶⁵.

Un ejemplo de lo anterior es el sistema de mediación obligatoria para reclamos relacionados con responsabilidad médica dentro del sistema de salud pública, creado en 2005 por la Ley 19.966. Esta mediación es realizada por una unidad del Consejo de Defensa del Estado, por lo tanto, perteneciente al Poder Ejecutivo, justamente bajo la justificación del colapso del sistema de justicia civil¹⁶⁶.

Como vemos, la principal reforma al sistema judicial chileno ha sido la reforma procesal penal. En cuanto a los asuntos no penales, y más allá de los intentos fallidos de reforma a la justicia civil de la última década, la política durante las últimas décadas ha sido la creación de tribunales especializados y la ampliación del ámbito de los ADR. Estos intentos no se han dirigido a mejorar la justicia civil, sino por el contrario, a extraerle casos y concentrar recursos en otras áreas.

CONCLUSIONES

Este trabajo ha explorado el rol fundamental que la justicia civil debería desempeñar en un Estado Democrático de Derecho, así como la preocupante brecha entre este ideal y la realidad observada tanto a nivel comparado como en Chile.

Se ha destacado que la justicia civil, más allá de ser un mero mecanismo de resolución de disputas privadas, cumple funciones públicas esenciales. En un Estado de Derecho, la justicia civil proporciona un marco jurídico claro y predecible para la conducta de los ciudadanos, asegura la aplicación efectiva de derechos y obligaciones, y sirve como un mecanismo para controlar el poder público. Además, desde una perspectiva procedimental, la justicia civil garantiza el debido proceso y el acceso a la justicia,

164 Véase: Cuenta Pública del Presidente de la Corte Suprema en la Inauguración del Año Judicial 2011, pp. 33-34. Disponible en:

http://www.pjud.cl/documents/10179/67746/discurso_1_de_marzo_2011.pdf

165 Vargas (2001), pp. 2-6. Véase, también: Moyer and Stewart (2003), pp.642-651; Vargas (2008), pp. 186-187.

166 Gutiérrez (2008), p.113.

elementos cruciales para la legitimidad y funcionamiento de un Estado Democrático de Derecho. Se ha enfatizado que, idealmente, la justicia civil debería ser un espacio de participación democrática, donde los ciudadanos, tratados como iguales, puedan debatir y redefinir los contornos de sus derechos.

Sin embargo, este modelo ideal de una justicia civil que cumpla sus funciones esenciales se mantiene como una promesa incumplida. A nivel internacional, existe una percepción generalizada de una "crisis de la justicia civil", caracterizada por la pérdida de relevancia como mecanismo de resolución de conflictos y, sobre todo, por una crisis de acceso a la justicia. Los altos costos, la duración excesiva de los procedimientos, el formalismo y la falta de información son barreras comunes que impiden que muchas personas, especialmente aquellas con recursos limitados, puedan hacer valer sus derechos.

En Chile, esta crisis se manifiesta de manera particular. Existe una alta demanda insatisfecha de necesidades legales en el ámbito civil, mientras que el sistema judicial se utiliza predominantemente por grandes empresas para fines de cobranza. La justicia civil chilena se ha "relegado", con reformas que han tendido a crear tribunales especializados y mecanismos alternativos en lugar de fortalecer la justicia civil propiamente tal. La baja confianza en el sistema de justicia, evidenciada en encuestas y en indicadores como el Rule of Law Index, refleja esta situación.

La falta de acceso a la justicia civil en Chile se debe a diversas barreras, como la falta de información, la ubicación de los tribunales, el formalismo y la falta de flexibilidad de los procedimientos, las demoras y el requisito obligatorio de representación legal. Estas barreras generan una situación en la que el individuo esporádico, basándose en un análisis de costo-beneficio, decide no resolver su necesidad legal a través de la justicia civil.

En conclusión, tanto a nivel global como en Chile, existe una brecha significativa entre el ideal de la justicia civil como pilar fundamental del Estado Democrático de Derecho y la realidad experimentada por muchos ciudadanos. La persistencia de la "promesa incumplida" socava la legitimidad del sistema judicial, erosiona la confianza en las instituciones y pone en peligro la igualdad de acceso a la protección de derechos. Es imperativo que se realicen reformas profundas que aborden las causas estructurales de esta crisis y que permitan que la justicia civil cumpla su rol esencial en la construcción y consolidación de sociedades democráticas y justas.

EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN, CRISIS DE LEGALIDAD Y DESAFÍOS DE LA IGUALDAD DE ARMAS EN MATERIA PENAL



Stefano Ruggieri
*Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale
Università degli Studi di Messina (Italia)*

MENCIÓN CURRICULAR

Licenciado en Estudios jurídicos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Messina (2000) con la máxima calificación académica (110 cum laude). *Doctor juris* en la Universidad de Pisa (2004, en la ‘*Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant’Anna*’, con la máxima calificación (100 cum laude).

En el 2005 obtuvo una plaza de investigador de planta (*profesor ayudante*) en la Universidad ‘*Magna Graecia*’ de Catanzaro. En el 2007 se acreditó como profesor de II nivel (*profesor titular*) en la Universidad KORE de Enna y en el año siguiente fue nombrado profesor titular por la Universidad de Messina, donde enseñó derecho procesal penal en la Facultad de Derecho (*Dipartimento di Giurisprudenza*). Acreditado (2017) como catedrático en el área científica IUS/16 (*diritto processuale penale*), obró como catedrático de derecho procesal penal desde 2019. Actualmente enseña derecho procesal penal y European and Transnational Criminal Justice en la Facultad de Derecho de la Universidad de Messina.

Evaluador de proyectos nacionales de investigación financiados por el Ministerio italiano de Educación, Universidades e Investigación, y proyectos ERC de la Comisión europea.

Investigador en proyectos de investigación, nacionales e internacionales. Actualmente es IP y Responsable Científico del *Progetto di Rilevante Interesse Nazionale* del *Ministero dell’Università e della Ricerca* sobre “*Criminal Proceedings and the Protection of Third Parties: Old and New Challenges in the Digital Era*” y Responsable Científico de la Unidad de Investigación de la Universidad de Messina en el ámbito del *Progetto di Rilevante Interesse Nazionale* del *Ministero dell’Università e della Ricerca* sobre “*New Frontiers for a Participatory Criminal Justice Towards the Thresholds of Metaverse*” (IP y Responsable Científico del Proyecto la Profa. Benedetta Galgani, U. de Pisa).

Becario Fundación *Alexander von Humboldt* (2014) *Experienced Researcher* para una investigación en el Max-Planck Institute of Foreign and International Law (Freiburg i.Br.); becario (2015) en *European research stay* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Basel.

Miembro de la Comisión científica o editorial de las revistas *La Legislazione penale*, *Ver. brasileira de direito processual penal*, *Rev. de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, etc. Fundador y coordinador de la colección “*Legal Studies in International, European and Comparative Criminal Law*” (*Springer International Publishing*). Comité editorial de la colección “*Procedura penale*” (Giappichelli). Ponente invitado a numerosos Congresos y Seminarios nacionales e internacionales, ha coordinado distintos proyectos de investigación y organizado varios Congresos y seminarios internacionales en la Universidad de Messina.

Numerosas publicaciones en materia de justicia penal italiana, europea y comparada. Usuario experto, de conformidad con el MCER de inglés, alemán y griego moderno, usuario independiente de portugués.

I PREMISA

La evolución de la justicia penal – examinada con la lente de la comparación jurídica y en relación con el desarrollo de diferentes ordenamientos y las interacciones entre el derecho nacional, internacional y europeo – se puede reconstruir desde la perspectiva de la dialéctica entre la transformación de la función jurisdiccional y la crisis de la legalidad.

Dicho resultado, ampliamente reconocido por la literatura jurídica de distintos países, levanta varios interrogantes. ¿Cuál es la relación entre estos dos macro-fenómenos? ¿Son independientes el uno del otro o correlatos, y en este caso, de qué forma? Desde hace tiempo, asistimos a una expansión del poder judicial, visible a varios niveles y en diferentes planos; ello, sin embargo, parece conducir a una conclusión algo paradójica: ¿si el reforzamiento de la función jurisdiccional en el proceso penal es en buena medida el producto de la extensión de la esfera de intervención normativa en la experiencia jurídico-procesal, puede ser también el resultado de la crisis de la legalidad? Sin embargo, ¿podríamos sostener una conclusión opuesta, es decir, puede considerarse la crisis de la legalidad hoy el resultado de la transformación, hasta de la hipertrofia, del poder judicial? ¿Es posible que la redefinición de la función jurisdiccional nos muestre otra cara de la legalidad? Por otro lado, ¿en qué sentido se puede hablar hoy de crisis de legalidad? ¿A qué marco jurídico está referida y a cuáles fuentes se liga? ¿Y cuáles son los factores de dicha crisis y cuáles son los remedios, si existen?

Se trata de interrogantes cruciales que conciernen a una problemática casi abismal, cuya relevancia trasciende la sola materia penal, aunque en ella adquiera una importancia peculiar debido a la centralidad de la experiencia procesal para la realización de la tutela penal, cualesquiera que sean sus manifestaciones (justicia persecutora-punitiva, conciliadora, negociada, reparadora, transactiva etc.) según lo previsto en cada ordenamiento. Y, a su vez, proporcionalmente complejos y difíciles son los desafíos que dicha problemática conlleva. Así pues, si por un lado indiscutiblemente estamos atravesando una época de profunda transformación e incluso de involución del mismo concepto de legalidad, tal como tradicionalmente se ha entendido, ¿una reflexión sobre la crisis de la legalidad nos lleva necesariamente a conclusiones pesimistas y negativas? ¿O la misma idea de la crisis puede convertirse en un factor de evolución positiva y abrir puertas para afrontar los nuevos retos sin olvidar ni perder de vista el núcleo de valores que llevaron a teorizar y reconocer la legalidad en el proceso como condición indispensable para la realización de una auténtica justicia penal? Por otro lado, mientras asistimos, en diferentes ámbitos y en distintos niveles, a una expansión del poder judicial y, en buena medida, a mutaciones radicales de la misma función judicial, ¿podemos afirmar que entre las transformaciones que atañen al ejercicio de la jurisdicción penal se puede vislumbrar también una evolución teleológica que se traduce en una acentuada orientación del poder judicial al objetivo de asegurar el conseguimiento de estándares de garantías individuales cada vez más elevados y sostenibles en un escenario progresivamente más complejo?

El tema general que constituye el *file rouge* de esta sesión – es decir, la transformación del poder en servicio público – nos proporciona una perspectiva privilegiada y extremadamente útil para observar dicho fenómeno; y no hay duda de que este a su vez conlleva implicaciones de enorme relevancia en uno de los pilares del debido proceso, sin el cual, en realidad, podríamos afirmar que ni siquiera existe un proceso, o sea, la igualdad de armas. Bastaría pensar en el uso y la creciente difusión de nuevas medidas digitales cada vez más avanzadas tanto en los procedimientos de prevención delictiva como en las investigaciones criminales, medidas que no solo se sitúan al margen de una

legalidad que no logra seguir el paso de la evolución tecnológica y científica y de sus aplicaciones en las prácticas investigadoras, sino que además terminan desvitalizando la intervención jurisdiccional. El hecho de que muchas de estas tengan efectos altamente intrusivos y, sobre todo, difusos en relación con un número a veces indeterminado de terceros plantea nuevos e ineludibles retos para el principio de *par condicio* y, en el fondo, impone una redefinición de la misma idea de proceso penal, apta para afrontar los problemas actuales y máxime los que nos esperan en un futuro próximo.

II LEGALIDAD Y COMPLEJIDAD EN LA EXPERIENCIA PROCESAL: DE LA CRISIS COMO HECHO A LA CRISIS COMO JUICIO

A la luz de lo anterior, una pregunta esencial y preliminar al análisis de los factores de crisis se nos plantea y nos puede guiar en el examen de fenómenos tan complejos. ¿A qué legalidad nos referimos o, más bien, debemos referirnos hoy en día? ¿Y qué nos esperamos, máxime en los sistemas continentales caracterizados por una tradición fundada en una legalidad esencialmente formal, de la intervención normativa? En otras palabras, ¿cuáles funciones y objetivos podemos atribuirle a ella? ¿Y qué papel juega la jurisprudencia y el poder judicial hoy? ¿Es actual la extraordinaria reflexión de la *Politeia* de Aristóteles sobre el gobierno de la ley y el del hombre, y con ella la misma dicotomía entre legalidad formal y experiencia jurisprudencial?

Nos encontramos frente a un escenario multinivel o, mejor aún, inter-nivel, en cuanto caracterizado por interacciones cada vez más frecuentes y de diferentes tipos entre distintos niveles normativos y jurisprudenciales que generan la idea de un marco reticular con complejidad creciente, y tal vez sea dicha dicotomía la que está atravesando la crisis más profunda. En efecto, en un marco de legalidad cada vez más integrada y hasta intrincada, lo que ha llevado a acuñar la noción de ‘inter-legalidad’¹⁶⁷, replantear la dialéctica entre legalidad y experiencia jurisprudencial nos revela un doble rostro de la legalidad. A una legalidad normativa, cada vez más fragmentada, se acompaña una legalidad jurisprudencial, o sea, una legalidad en la que un rol dominante ocupa hoy la jurisprudencia con sus aportes integrativos y hasta manipulativos de la legalidad formal; una legalidad no menos compleja y que suscita la impresión de un laberinto extremadamente tupido e inaccesible¹⁶⁸, frente al cual, sin embargo, el juez se muestra más propenso a subyacer y someterse, transformando así el sentido del precepto del art. 101 de la Constitución italiana que consagra la sumisión (o, *rectius*, el deber de someterse) solo a la ley (formal) por parte de todos los jueces.

A su vez, dicha perspectiva presenta otra faceta de igual relevancia. Investigar la crisis de la legalidad, a la luz de las implicaciones que acarrea en la experiencia procesal y en la función jurisdiccional, nos muestra al mismo tiempo la necesidad de la crisis en el sentido etimológico y más profundo que a este término fundamental asignaba ya la cultura griega, o sea, como juicio y decisión. Así pues, la crisis de la legalidad nos brinda una oportunidad para realizar un juicio sobre el significado y la función actual de la misma ley, o sea, para valorar y repensar la legalidad, y, con ello, para decidir cuáles modelos de proceso penal ya se nos presentan hoy y qué modelos se nos plantearán en el futuro.

Probablemente entre los factores que reflejan la necesidad de la crisis en este segundo sentido – y, con ella, la necesidad de plantear nuevas categorías conceptuales y, en últimas, decidir qué modelos de proceso queremos para afrontar los escenarios actuales y futuros

167 Véase i.a. J. Klabbers, G. Palombella (eds.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, 2019.

168 ... para retomar una célebre formulación de V. Manes, *Il Giudice nel Labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012.

– estén las difíciles relaciones entre norma, espacio y tiempo en el prisma de la experiencia procesal. Sin duda se trata de una problemática clásica, que reviste además una importancia enorme y llena de considerables implicaciones sistemáticas en el contexto histórico actual y en las sociedades contemporáneas debido a varias razones y a dos en particular. Si por un lado el impacto que la evolución tecnológica y científica produce en la administración de la justicia penal acentúa la caducidad y volatilidad de la normativa procesal, la existencia de relaciones cada vez más estrechas entre sistemas normativos y jurisprudenciales, por otro lado, hace que la perspectiva de la eficacia espacial de la norma procesal se presente hoy como uno de los problemas más actuales y relevantes.

Especialmente la perspectiva de la justicia penal transnacional, en un momento histórico caracterizado por un creciente interculturalismo y desmaterialización de las comunicaciones y relaciones interpersonales, nos conduce a replantear cuestiones fundamentales que atañen al papel que hoy desempeña la judicial criminal *per se* y, de ahí, a reconsiderar tanto el valor de las categorías esenciales del derecho en general, como las nociones de norma, proceso, acto jurídico y acto procesal en especial. El mismo concepto de ordenamiento (y orden) jurídico hoy ya no puede entenderse como un conjunto de reglas estáticas de conducta, sino que ha de interpretarse como un conjunto de valores dinámicos, los cuales a su vez reflejan las transformaciones culturales de nuestras sociedades y sus (nuevas) formas de entrelazarse y comunicar mutuamente, mostrando tal vez el significado más auténtico del derecho como historia de valores jurídicos.

III LAS INTERACCIONES ENTRE LEGALIDAD, PROCESO Y JURISDICCIÓN PENAL. LOS PRINCIPALES FACTORES DE CRISIS DE LA LEGALIDAD Y LA EVOLUCIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Ahora bien, múltiples factores contribuyen a la crisis de la legalidad, que ya desde hace tiempo es evidente en la experiencia procesal de la justicia penal en diferentes ordenamientos y en relación con casi todos los ámbitos de la justicia penal. Sería imposible abordar aquí la totalidad de ellos, así que nos centraremos solo en algunos de los principales factores de crisis por su idoneidad para poner en evidencia algunas fundamentales interacciones con el ejercicio de la jurisdicción penal y su capacidad transformativa de la misma función jurisdiccional, aunque la problemática de la que nos ocupamos se presenta tal vez aún más compleja, revelando unas transformaciones no menos relevantes también del uso del poder legislativo como consecuencia de la mutación funcional de la jurisdicción.

a. La legalidad carente y el rol supletivo del poder judicial

La primera situación – o, más bien, la primera clase de situaciones – que ha llevado y contribuye a una crisis constante de la legalidad atañe a la carencia de legalidad. El concepto de legalidad carente es ambiguo y puede referirse por los menos a dos condiciones.

En efecto, existe ante todo una carencia de legalidad que puede observarse desde una perspectiva cualitativa. Desde hace décadas la doctrina procesalista ha destacado en varios países los graves problemas que atañen a la legalidad procesal y el empeoramiento cualitativo de las normativas legales¹⁶⁹, un fenómeno que además va más allá del ámbito

169 Véase entre muchos, en relación con un contexto histórico extremadamente difícil, cómo el que se vivió en Italia en los años noventa, M. Nobili, Principio di legalità e processo penale, en Riv. it. dir. proc. pen., 1995, p. 650.

procesal y cuyas causas se encuentran en otros sectores del ordenamiento jurídico, máxime en el derecho sustancial y en las repercusiones que la construcción de nuevos tipos penales vagos y excesivamente abiertos acarrea en la esfera del proceso penal. Probablemente deberíamos preguntarnos sobre la función que podemos atribuir a la intervención legal y a quién podemos referir el mismo concepto de ‘legislador’ en sociedades cada vez más llenas de contradicciones y divisiones culturales, y aún más en ordenamientos jurídicos complejos, especialmente el de la Unión europea. Sin duda, el fenómeno de la legalidad carente, en este sentido, afecta también la calidad de la intervención judicial; de ello tuvo clara conciencia en Italia el Tribunal de Casación que, a lo largo de años durante la vigencia del código de 1930, extendió su control de los casos de falta (total o parcial) de motivación de las resoluciones judiciales a los casos de razonamiento deficitario y carente; un enfoque que dicho Tribunal sigue aún hoy, aunque se realice con significativas diferencias y dentro de los límites establecidos por la normativa procesal actual.

Frente a este tipo de carencia cualitativa, sin embargo, puede observarse una falta de intervención normativa que no se reduce a específicos vacíos legales sino a la total ausencia de cualquier normativa en enteras áreas del derecho procesal, lo que refleja la persistente voluntad de no convertir los valores de la sociedad en valores jurídicos en dichos ámbitos, o, peor aún, de expresar cualquier acervo de valores jurídicos para reglamentarlos de una u otra forma. En ciertas ocasiones tal carencia se debe a la necesidad de preservar un *legal set-up* o a la creencia en la necesidad de no alterar principios o estructuras procesales tradicionales y consideradas inmutables. Es paradójico que este resultado concierna a ámbitos extremadamente actuales – en la medida en que revelan algunas de las transformaciones más radicales y profundas que la legalidad está atravesando hoy y que hacen de la misma norma una entidad volátil, frágil y cada vez menos anclada a la realidad territorial de un ordenamiento nacional – y que, por ende, con más urgencia requerirían una intervención normativa clara. Como hemos anticipado, tal es el caso del problema de la eficacia temporal de la norma procesal, que aún hoy se rige con base en principios atávicos y, en particular, en el *tempus regit actum*, aunque este desde hace décadas haya sido ampliamente redimensionado y cuestionado en relación con varios ámbitos de extrema complejidad en la justicia penal (tutela cautelar, derecho probatorio etc.)¹⁷⁰. No menos delicado y actual se presenta el tema general de la eficacia de la norma procesal en el espacio, un tema que, analizado detenidamente, constituye un marco general en el cual el problema de la identificación del derecho procesal aplicable, por un lado, se liga estrechamente al de establecimiento del fuero competente y, por otro lado, determina y, en buena medida, condiciona el régimen punitivo en el caso de sentencia condenatoria¹⁷¹.

En todo caso, cabe anotar que la alternativa (y las distintas formas de combinación) entre *forum/locus regit actum* reflejan una concepción estática territorial de la jurisdicción penal que parece hoy bien poco adecuada para afrontar los desafíos enormes de la justicia penal contemporánea, y en relación con la cual – justamente en ausencia de una adecuada reglamentación legislativa, es decir, de un *Verfahrensanwendungsrecht* (en perspectiva tanto diacrónico-temporal como sincrónico-espacial) – los mayores avances se han realizado gracias a los aportes muchas veces supletivos de la jurisprudencia y máxime al

170 M. Chiavario, Norma giuridica (diritto processuale penale), en Enciclopedia del diritto, XXVIII vol., Giuffrè, 1978.

171 Este problema, ya de enorme complejidad, a su vez se enmarca en la temática de la dialéctica entre derecho y proceso penal. Para un examen crítico al dogma de la instrumentalidad del proceso (y del derecho procesal) véase entre otros T. Padovani, La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale, en Riv. it. dir. proc. pen., 1992, p. 436 ss.

diálogo entre cortes y tribunales nacionales e internacionales¹⁷². También es interesante observar que a la falta de intervención normativa se acompaña una transformación cada vez más evidente del rol y de la misma identidad de los principios: tanto el *tempus regit actum* como el *locus regit actum*, formalmente vigentes, se ven progresivamente arrinconados y hasta debilitados en las aplicaciones jurisprudenciales que, con papel proactivo, contribuyen a redimensionar y redefinir su configuración en varias áreas del derecho procesal. Este fenómeno, sin embargo, se cruza y solapa con el problema que analizaremos a continuación.

b. La legalidad aparente y el papel transformativo de la jurisprudencia

Los problemas que atañen a (y afligen) la legalidad, en efecto, no pueden circunscribirse hoy solo a los casos de carencias de legalidad, en los anteriores y múltiples sentidos; problemas no menos graves surgen y puede observarse también en situaciones en las cuales el proceso de normación se ha realizado y existe una normativa puntual y adecuada para reglamentar ciertas áreas e incluso institutos cruciales del fenómeno procesal. El ámbito en el que este fenómeno suscita la mayor preocupación, en mi opinión, es el de la legalidad aparente. En principio, este fenómeno no debería existir, pero es cada vez más frecuente y puede generar vacíos legales y, sobre todo, perjudicar la protección de los derechos y el cumplimiento de los estándares de debido proceso con igual intensidad y, a veces, de forma insidiosa.

Innumerables situaciones pueden confirmar dicho resultado. Un caso emblemático en la justicia penal contemporánea, como hemos anticipado, es el de los nuevos medios de investigación, especialmente de los medios digitales. Frente a la rapidez con la que avanza la tecnología y la revolución digital está transformando todos los sectores de la vida social, el derecho (y el derecho procesal) no consigue seguir el paso y repliega hacia modelos de normación aparente. Sin embargo, está claro que la adopción de medidas de investigación altamente invasivas y dotadas de enorme capacidad de injerencia en las libertades y derechos fundamentales de un número cada vez creciente de personas no puede justificarse con base en normativas solo aparentemente determinadas e incluso en previsiones y cláusulas generales¹⁷³. De esta forma el objetivo principal del derecho probatorio – es decir, el de delimitar el ejercicio del poder investigador (del *ius inquirendi*) – quedaría frustrado inevitablemente.

En otros casos la legalidad aparente se manifiesta como resultado de una normación superflua y hasta excesiva, o sea, como veremos, de un fenómeno que muestra la existencia de ámbitos regulados o de una hiperregulación de áreas ya normativizadas, o en las que el derecho aplicable puede deducirse a través de una interpretación sistemática, mientras siguen existiendo vacíos legales sobre otros aspectos igualmente relevantes e incluso sobre la configuración general de institutos fundamentales. Un ejemplo elocuente

172 Un caso emblemático de este resultado fue la llamada saga Taricco, que llevó a un enfrentamiento entre el TJUE y la Corte constitucional italiana: vid. TJUE, sent. 8-9-15, C-105/14, Corte const. ord. 24/2017 y sent. 5-12-2017, C-42/17. Sobre la ausencia ‘histórica’ de un conjunto normativo que reglamente de forma orgánica la aplicación espacial de la ley procesal penal, desde la perspectiva del ordenamiento alemán, vid. L. Wörner, *Conflitti transnazionali di giurisdizione in materia penale: la prospettiva del diritto tedesco*, in *La Legislazione penale*, 2013, p. 479 s.

173 En Italia, el nuevo derecho probatorio en materia penal se basa de forma creciente en investigaciones y diligencias probatorias atípicas, aunque la falta de tipicidad no ha de entenderse en términos absolutos y estrictos, ya que la legitimación de tales medidas probatorias y de investigación se encuentra justificada en las prácticas judiciales y en las interpretaciones jurisprudenciales con base en cláusulas generales que prevén, por un lado, el deber de los órganos policiales y de la fiscalía de realizar sus investigaciones de forma exhaustiva y, por el otro, la apertura del sistema probatorio hacia diligencias probatorias no reglamentadas por la normativa procesal. Vid. A. Scalfati (coord.), *Le indagini atipiche*, II ed., Giappichelli, 2019.

es el de algunos procedimientos negociales, en los que, frente a la abundancia de previsiones relativas a cuestiones procesales, falta una clara toma de posición por parte del legislador sobre aspectos esenciales, como el de la determinación de los hechos o las reglas decisorias aplicables.

Cabe anotar que, como consecuencia de este fenómeno, una interpretación *in bonam partem* reconduciría a la prudencia legislativa, las prácticas judiciales han contribuido (y contribuyen constantemente) a realizar su propia línea reconstructiva de mecanismos y procedimientos consensuales como el *patteggiamento* italiano, las conformidades españolas, los *acórdãos de não persecução penal* brasileños, o las *Verständigungen* alemanas. Así pues, se puede observar un resultado profundamente transformativo de la fisionomía de institutos jurídicos fundamentales en el actual contexto histórico, y que cruzan tradiciones y culturas procesales muy diferentes. No obstante, es evidente que a través de interpretaciones jurisprudenciales distintas, aunque persigan algunos objetivos comunes como el de una eficiencia procesal en buena medida autorreferencial¹⁷⁴, se está afirmando cada vez más un modelo de justicia negociada inspirado a lógicas empresariales y al abatimiento *per se* de los tiempos procesales, y que, sin embargo, afecta algunos de los principios y de las funciones esenciales del enjuiciamiento criminal, como los objetivos de conocimiento y el esclarecimiento de los hechos en aras de crear certeza jurídica sobre todo para quien padeció la experiencia del proceso penal¹⁷⁵.

c. La legalidad abierta entre derecho y justicia penal. El problema de la legalidad jurisprudencial

Algunas de las situaciones anteriormente mencionadas revelan otro fenómeno extremadamente relevante y actual que atañe a una manifestación de la legalidad que podemos definir ‘legalidad abierta’. No se trata de un fenómeno nuevo, sino de una tendencia cada vez más marcada. En esta perspectiva se enmarca la introducción o el mantenimiento de cláusulas generales y reglamentaciones procesales basadas en formulaciones intencionalmente vagas e indeterminadas para legitimar el uso, al que nos hemos referido, de diligencias probatorias y medidas de investigación, un resultado infelizmente avalado por algunas jurisprudencias nacionales a pesar de que la existencia de efectos invasivos, siguiendo el enfoque de varias jurisprudencias constitucionales, exige una normativa legal puntual y definida.

No obstante, este fenómeno no se manifiesta directamente solo en el terreno del derecho probatorio y de las investigaciones criminales, y, lo que es más relevante, sus causas no pueden reconducirse solo a las técnicas de redacción de la normativa procesal. En efecto, su alcance trasciende el solo ámbito del derecho procesal en sentido estricto, abarcando una clase heterogénea de casos que se colocan en una ‘tierra del medio’ entre derecho penal y proceso o, dicho más propiamente, entre derecho y justicia penal. Es interesante anotar que un sector de la doctrina penalista, particularmente sensible a las intersecciones entre derecho material y dinámicas procesales, ha destacado el rol transformativo de la experiencia judicial como consecuencia de situaciones de tipicidad penal abierta. Dicho resultado es evidente máxime en casos de criminalidad organizada, en los que el discurso sobre la legalidad, en este cruce entre derecho sustantivo y procesal, revela una nueva cara de la tipicidad penal, es decir, una tipicidad probatoria que refleja

174 F. Siracusano, *Produttività, efficacia ed efficienza della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della "Riforma Cartabia"*, en Riv. it. dir. proc. pen., 2023, p. 159 ss.

175 En Italia, no solo según la jurisprudencia dominante sino también según un sector de la doctrina, el *patteggiamento* sería el emblema de una justicia penal anti-cognitiva. Vid. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, II ed., Torino, 2017, p. 9 ss., 223 ss.

una clara ‘procesalización’ de la legalidad penal¹⁷⁶. Y si ya este fenómeno suscita varias preocupaciones en el juicio oral, en la fase de la investigación preprocesal la falta de determinación de ciertos tipos penales se solapa con la ausencia de una clara definición del *fumus delicti* como presupuesto de medidas cautelares y diferentes medios de investigación criminal¹⁷⁷.

IV LA HIPOCRESÍA DE LA LEGALIDAD PROCESAL Y EL PROBLEMA DE LA NORMACIÓN SIMBÓLICA

Existe otra clave, sin embargo, para comprender el problema de la crisis de la legalidad y las transformaciones que están replasmando la relación entre los poderes de *legem ferre* y *ius dicere*, y para encajar ciertos desenvolvimientos, e incluso algunos de fenómenos examinados, en una perspectiva diferente; una perspectiva indicada de forma muy eficaz en un ensayo reciente por un amigo y colega de mi Universidad, el prof. Marco Gradi, desde el punto de vista del derecho procesal civil¹⁷⁸ y que, a mi juicio, se revela iluminante también para identificar varias y complejas cuestiones que atañen a nuestra justicia penal. Se trata de la hipocresía del legislador procesal y, diría yo, del derecho procesal en sí mismo, cuya evolución parece reflejar una clara vocación hipócrita.

En efecto, la misma etimología de este concepto fundamental – hoy usualmente asociado a comportamientos engañosos e incluso oscuros – nos muestra un componente esencial de todos los sistemas de justicia y, en especial, de la justicia penal. Si la *κρίσις* – como decisión y juicio – es el elemento clave de la justicia procesal, la *ὑπόκρισις* – la simulación debida a una decisión parcial – se presenta como un factor inherente e inevitable para realizar dicha justicia, la cual – no pudiendo alcanzar un verdadero sentido del todo, a pesar de la amplitud de perspectiva a la que ya se refería Immanuel Kant en relación con el *sensus communis* en su *Crítica del Juicio*¹⁷⁹ – se configura como intrínsecamente hipócrita, o sea, destinada a fallar sobre casos particulares con una visión y una perspectiva incompleta y simulada. Cabe anotar que la misma definición milenaria de la cosa juzgada, según la cual *pro veritate habetur*, refleja la imposibilidad del juicio de alcanzar la verdad y, por ende, la ficción como resultado inevitable de un juicio parcial e incompleto, al cual tenemos que agarrarnos, sin embargo, como el precio que tenemos que pagar para obtener certeza jurídica. No cabe duda de que estas pocas consideraciones tienen una relevancia específica y peculiar en la materia penal, en la que, según la configuración del sistema penal en cada ordenamiento, la experiencia procesal, como hemos observado, representa un paso indispensable para la realización de la tutela penal en cuanto fenómeno jurídico, cualesquiera que sean sus manifestaciones.

Dicho esto, en los últimos años hemos asistido cada vez más a un creciente nivel de hipocresía en la justicia penal, que se manifiesta en varias formas de simulación. El engaño, sin embargo, alcanza proporciones difícilmente tolerables cuando entran en juego principios constitucionales o derechos fundamentales consagrados en el sistema

176 A. Gargani, Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale, en G. De Francesco, E. Marzaduri (a cura di), Il reato lungo gli impervi sentieri del processo, Giappichelli, 2016, p. 95 ss.

177 T. Padovani, Il crepuscolo della legalità. Riflessioni sulle dimensioni processuali della legalità penale, en Ind. pen., 1999, p. 527 ss.

178 M. Gradi, L'ipocrisia del legislatore processuale, en G. Basilico (a cura di), Studi sulla legge processuale, Ciampi ed., 2024, p. 89 ss.

179 I. Kant, Critique of Judgment, transl. by W.S. Pluhar (Orig. Ed. 1790). Hackett Publishing Company, Indianapolis/Cambridge, p. 294 ss.

CEDH que la jurisprudencia, aun proclamando en abstracto, termina desvitalizando en sus aplicaciones concretas¹⁸⁰.

Preocupaciones aún más graves suscita los casos de hipocresía atribuibles a la normativa procesal, ya que del que llamamos ‘legislador procesal’, por las razones expuestas, deberíamos esperarnos el máximo grado de precisión, claridad e incluso honestidad¹⁸¹ en las reformas que conciernen a un sector tan delicado en cual entra en juego un entramado de principios y garantías constitucionales¹⁸². Dicho fenómeno se cruza con otra característica de la legislación que con frecuencia cada vez mayor podemos constatar en materia de justicia penal, es decir, su carácter simbólico. Desde hace años la doctrina penalista denuncia la existencia de reformas simbólicas, un resultado que, con igual gravedad, sin embargo, se manifiesta en el ámbito procesal. Un ejemplo puede deducirse de una situación que ya hemos analizado; existen materias que atraen constantemente la atención legislativa debido a varias razones y, principalmente, a su impacto en la opinión pública y, más recientemente, como la prescripción, la duración de los procesos, y los juicios rápidos. Mientras tales institutos tienen en común la mencionada lógica eficientista autorreferencial cuya hipocresía consiste en desviar la atención de la función de conocimiento del proceso penal, en otros casos el carácter simbólico de la normación procesal se traduce en una hiperregulación de ciertos sectores de la investigación criminal, en especial aquellos que atañen a medidas digitales con elevado potencial invasivo, como la intervención de comunicaciones o, en algunos países, el registro remoto de dispositivos electrónicos. Si por un lado la enorme capacidad de recopilación de datos e informaciones de dichas medidas, junto con su alta fiabilidad tecnológica, inevitablemente afecta el valor del juicio oral, por otro lado, frente a la minuciosa reglamentación de dichos medios de investigación, otros se aplican diariamente a través de diferentes mecanismos de legitimación que van de las mencionadas cláusulas generales al uso atípico de medidas reguladas detalladamente en su forma tradicional.

V LA OBSESIÓN POR LA LEGALIDAD Y EL PROBLEMA DE LA HIPERLEGALIDAD PROCESAL. LAS ÁREAS OCULTAS DE LA JUSTICIA PENAL: LAS FUNCIONES DE CONOCIMIENTO Y LAS DINÁMICAS DE LOS JUICIOS

El entramado de relaciones entre ordenamientos jurídicos y la creciente complejidad de los sistemas de justicia penal ponen de relieve otro fenómeno que de cierta forma es especular al de las carencias de legalidad. En efecto, frente a las dificultades que conlleva la legalidad ausente o inadecuada para conseguir sus objetivos asistimos a problemas no menos graves en las situaciones opuestas que revelan un exceso de legalidad. Dicho fenómeno se manifiesta en diferentes contextos y puede explicarse con base en varias razones, pero sobre todo puede acarrear implicaciones muy relevantes para el ejercicio de la jurisdicción penal, determinando aquí también una significativa alteración de la ordinaria función judicial.

Este resultado se presenta particularmente preocupante cuando el exceso de legalidad termina enmascarando y, por ende, oculta vacíos legales, desviando la atención de los operadores jurídicos de aspectos fundamentales para el buen funcionamiento de un

180 Un caso emblemático fue el de la sent. 361/1998 con la Corte constitucional italiana invocó una significativa interpretación que llevó a debilitar el principio de contradicción aun reconociendo su carácter fundamental.

181 M. Gradi, *L'ipocrisia*, cit., p. 91.

182 D. Negri, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, en https://images.processopenaleegiustizia.it/f/articoli/607_articolo_z868w_ppg.pdf

instituto procesal. Desde esta perspectiva los problemas de la legalidad carente y del exceso de legalidad – o, podríamos decir, de la hipolegalidad y de la hiperlegalidad – dejan de ser problemas autónomos y antitéticos y nos muestran una significativa área de intersección, revelándose como dos caras de un problema único e inseparable. Se pueden aducir numerosos ejemplos de este fenómeno, mas creo que deberíamos destacar uno en particular, un macro-problema que es tal vez el problema del derecho procesal *per se* y, en especial, del derecho procesal penal. En efecto, la misma evolución de esta ciencia ha llevado a una progresiva e incluso espasmódica atención a las reglas estrictamente procesales, así como a cuestiones concernientes a la estructura de los procedimientos y a sus relaciones recíprocas.

Podríamos afirmar que el precio que tuvo que pagar esta Ciencia para independizarse y crecer autónomamente de las hermanastras fue la concentración del objeto de investigación en el solo procedimiento, con la consecuencia inevitable de descuidar (en el mejor de los casos) o ignorar completamente los otros aspectos de una auténtica ciencia de la justicia, o sea, las dinámicas a través de las cuales se realiza la función de conocimiento, propia del ejercicio de la jurisdicción penal, y los problemas inherentes a la decisión, que del juicio es el componente más esencial, cómo ya denunciaba Francesco Carnelutti hace más de setenta años en su última clase, publicada en la famosísima exhortación a volver al juicio¹⁸³. Así pues, no podemos mirar con ojos demasiado críticos a las carencias de la jurisprudencia y del mismo legislador, cuyas soluciones a veces excesivamente pragmáticas en materia de funciones declarativas y decisiones penales se deben a la falta de profundización científica de dichos temas que, sin caer en generalizaciones, sigue afectando la evolución del derecho procesal penal.

2. Inter-legalidad, cultura de la jurisdicción y nuevos desafíos para la paridad de armas

Ahora bien, los problemas inherentes a la dialéctica entre legalidad procesal y jurisdicción penal adquieren enorme magnitud frente a las grandes transformaciones que está atravesando la concepción tradicional de la legalidad en cuanto referida a un ordenamiento jurídico y, por ende, la misma noción de ordenamiento jurídico en cuanto conjunto de normas y principios expresivos de valores válidos dentro de un contexto histórico y espacial definido en su sentido más estricto. En efecto, en la época de la mencionada ‘inter-legalidad’ está claro que el significado clásico de sistema jurídico no puede mantenerse como tal y tiene que redefinirse a la luz de las complejas relaciones que existen hoy entre sistemas jurídicos y, con ello, ha de definirse también la dialéctica entre legalidad y jurisdicción para encontrar métodos adecuados a afrontar los desafíos que nos plantean diariamente las sociedades contemporáneas.

En este marco se pueden inscribir las múltiples transformaciones de los modelos procesales, las cuales constituyen solo una de las perspectivas para observar dicho fenómeno y que, sin embargo, dada la complejidad de la materia penal, nos permiten analizar un verdadero cambio cultural en la manera de concebir el ejercicio del poder de *ius dicere* y la función jurisdiccional frente a la rápida evolución de la justicia penal a la que asistimos en diferentes contextos y desde distintas perspectivas. En particular, dos factores, a mi juicio, han marcado, y siguen marcando, esta evolución de forma drástica e irreversible, a saber, el rol creciente de los terceros y la creciente transnacionalización de la justicia penal. Ambos fenómenos reflejan la progresiva complejidad de la justicia penal y plantean problemas y dificultades sin precedentes para la jurisdicción penal y el

183 F. Carnelutti, Torniamo al “giudizio”, en Riv. dir. proc., 1949, p. 165 ss.

altísimo papel que esta desempeña para asegurar un juicio criminal globalmente *fair* centrado en el meta-valor de la paridad de armas. En últimas, tales fenómenos nos permiten reflexionar sobre el mismo concepto de proceso penal frente a los enormes desafíos de las sociedades contemporáneas.

a. Paridad de armas y protección de terceros: la necesidad de nuevos estándares de fairness para afrontar las dificultades del proceso penal contemporáneo

El problema de la llamada ‘*procedural thirdness*’ adquiere una relevancia específica en las jurisprudencias de las cortes y tribunales internacionales, y en cierta medida nos proporciona un punto de vista privilegiado para observar la evolución, en particular, de la jurisprudencia del TEDH del último cuarto de siglo. Si quisiéramos recorrer dicha evolución desde una perspectiva funcional, no podríamos afirmar que el objetivo perseguido por el Tribunal europeo fuera el de extender a víctimas y terceros las garantías reconocidas al acusado por el CEDH, sino el de incluir estas últimas en un marco más amplio, en el cual se requiere el perseguimiento de nuevos estándares de *fairness* para asegurar un proceso equitativo para todas las personas involucradas en el enjuiciamiento criminal y máxime aquellos que padecen medidas procesales. El área del derecho probatorio ha constituido el terreno de experimentación de dicho planteamiento a partir del histórico pronunciamiento *Doorson c. Países Bajos*; el mismo concepto de ‘*confrontation*’ pone de relieve una relación bilateral en la cual el Tribunal europeo no solo ha desformalizado progresivamente la figura del acusado, sino que además ha reconfigurado profundamente este derecho fundamental alejándolo de una perspectiva exclusivamente *accused-centred* al requerir nuevos equilibrios con los derechos de diferentes categorías de personas, como coacusados, víctimas, testigos menores, peritos etc.

De enorme relevancia son las implicaciones de este enfoque sobre una nueva configuración del principio de *par condicio*. Ello, sin embargo, no conlleva la necesidad de atenuar de forma apriorística los derechos del acusado en aras de una nueva concepción del proceso penal orientada hacia la protección de terceros. El mismo concepto de *fairness* – en aras de una visión sistemática del *ECHR law* – postula la exigencia de balancear derechos fundamentales y derechos humanos entre ellos – como en el caso del derecho de contradicción y de los derechos a la vida y a la integridad física del declarante y, aún más, de los familiares – según las necesidades de cada caso concreto. Es también interesante anotar que la perspectiva abierta por el TEDH no postula la búsqueda de equilibrios solo entre intereses y valores concernientes a particulares. Así pues, el derecho de contradicción bien puede balancearse con los derechos de personas que, en razón de su profesión o función, no pueden considerarse terceros particulares (*third private parties*), como oficiales de policía, y la necesidad de semejantes *trade-offs* es tan relevante en la jurisprudencia europea que el pleno ejercicio de dicho derecho no puede perjudicar ni generar efectos lesivos de bienes y derechos fundamentales de personas ulteriores a aquellas directamente involucrada en la diligencia probatoria (como en el caso de familiares de agentes encubiertos), ni de personas que pueden incluirse dentro de una amplia categoría de víctimas (por ej., los familiares de la víctima directa).

En esta perspectiva, la histórica sentencia *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, más allá de las críticas que atrajo, marcó un paso decisivo en la protección de víctimas y terceros¹⁸⁴; y si bien es cierto que las soluciones a las llegó el Tribunal europeo en su momento, y que la Gran Cámara confirmó y racionalizó sucesivamente en

184 ECtHR, Grand Chamber, *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, judgment of 15 December 2011, Appl. No. 26766/05 and 22228/06.

*Schatschaschwili c. Alemania*¹⁸⁵, permitieron a los jueces europeos superar aquellas que hasta ese entonces se consideraban las ‘columnas de Hércules’ de la jurisprudencia del TEDH en materia de derecho de contradicción, o sea, la histórica ‘*sole and decisive evidence rule*’, también lo es que toda la jurisprudencia europea post-*Al-Khawaja y Tahery* determinó una nueva etapa en la relaciones entre el Tribunal europeo y las autoridades judiciales nacionales. Gracias al reforzamiento del derecho de víctimas y terceros de hacer sentir su voz (incluso cuando ya no pueden declarar en el juicio oral o han fallecido), obtenido a través del reconocimiento de legitimidad convencional del uso exclusivo de *untested evidence* en casos de *adequate counterbalancing measures*, podríamos afirmar que el TEDH, si por un lado se ha atribuido el poder de sindicar las valoraciones hechas a nivel nacional, por otro lado ha responsabilizado a los jueces y tribunales nacionales enfatizando la altísima función pública que estas desempeñan, con la que tienen que cumplir plenamente, en la búsqueda de soluciones y equilibrios adecuados entre intereses contratantes en el proceso penal. Se trata de un cambio cultural de enorme importancia y cabe recordar que la jurisprudencia europea ha extendido la doctrina *Al-Khawaja y Tahery* a situaciones ulteriores a aquellas relativas a *unavailable evidence* en sentido estricto, y que sin embargo pueden ser igualmente relevantes y delicadas en la medida en que gracias al uso de tecnologías digitales se logra evitar que la clásica *face-to-face confrontation* pueda producir efectos lesivos en relación con ciertas categorías de declarantes que necesitan una protección especial (por ej., víctimas vulnerables).

Sin duda, no obstante, es el de las medidas ocultas de investigación, a las que ya nos hemos referido, el campo en el cual se muestran hoy los problemas más graves, sobre todo debido a su capacidad de recopilar enormes cantidades de información y datos, entrando así en la vida y en la esfera de libertad más íntima de un número cada vez más grande – y, muchas veces, del todo imprevisible – de personas. El TEDH se ha mostrado plenamente consciente de los altos riesgos de dichas medidas, y es interesante anotar que la evolución de la jurisprudencia europea (de *Iordachi and Others* a *Roman Zacharov*) evidencia la clara intención de extender en particular a las intervenciones de comunicaciones digitales buena parte de las garantías reconocidas en la era de las comunicaciones analógicas en casos como *Kruslin c. Francia*¹⁸⁶, en el cual el Tribunal hizo hincapié en la necesidad de definir las categorías de personas susceptibles de ser interceptadas. Ya en el año 2000 la decisión *Amann* además reveló una atención específica al problema de la protección de las personas interceptadas de forma casual, aunque excluyó que pudieran considerarse como ‘*necessary participants*’ relativamente al procedimiento de interceptación; y si bien es cierto que la jurisprudencia europea sucesiva suavizó las garantías del control judicial y de la notificación previa como paso preliminar al ejercicio del derecho a un recurso efectivo, también lo es que recientemente la sentencia *Contrada c. Italia (n. 4)* ha vuelto a enfatizar la necesidad de reforzar las garantías procesales de aquellos que no detienen la posición de partes en el procedimiento penal, como son los terceros destinatarios de una intervención de comunicaciones o cuyas comunicaciones en todo caso se encuentren interceptadas¹⁸⁷.

Por cierto, es preciso adoptar un enfoque riguroso para reducir el riesgo de abusos debidos a un recurso desproporcionado a medidas capaces de generar una enorme injerencia en la vida privada y las libertades fundamentales de las personas y para evitar que instrumentos hoy indispensables, como intervenciones de comunicaciones encriptadas o registros remotos, se conviertan en instrumentos de vigilancia masiva e

185 ECtHR, Grand Chamber, *Schatschaschwili v. Germany*, judgment of 15 December 2015, Appl. No. 9154/10.

186 ECtHR, *Kruslin v. France*, judgment of 24 April 1990, Appl. No. 11801/85.

187 ECtHR, *Contrada v. Italy (n. 4)*, judgment of 23 May 2024, Appl. No. 2507/19.

indiscriminada¹⁸⁸. Sin duda, la protección constitucional y convencional de derechos fundamentales no puede depender del estatus formal que los órganos competentes para un determinado procedimiento les otorguen o denieguen a las personas involucradas. Frente a los desafíos de las nuevas tecnologías se requieren nuevos enfoques metodológicos para abordar los conceptos jurídicos; y varios argumentos abogan la necesidad de relativizar – en aras de una visión más amplia y completa de *par condicio* – la fundamental noción de ‘parte’ y, con ella, la dicotomía entre participación y *thirdness*, según las necesidades de los distintos procedimientos. En esta dirección se mueve también la jurisprudencia del TJUE que en el caso *DR y TS* ha mostrado la necesidad de superar la tradicional línea de división entre tales dos categorías al destacar que “*national legislation must allow third parties to appear as a party in the confiscation proceedings*”¹⁸⁹.

b. Problemas y perspectivas de la justicia penal transnacional

El ámbito en el cual la inter-legalidad manifiesta su mayor grado de complejidad es tal vez el de la justicia penal transnacional. Sin duda, el incremento exponencial de procedimientos con una dimensión transnacional, que a su vez es parte y resultado de una progresiva transnacionalización de casi todos los sectores de las sociedades contemporáneas, refuerza la necesidad de un adoptar un enfoque desformalizado. Podríamos afirmar que dicho planteamiento se presenta como la consecuencia inevitable y natural del carácter ‘*trans*-nacional’ que adquiere el procedimiento penal y que muchas veces son el producto de la naturaleza transnacional del asunto enjuiciado. En esta dimensión está claro qué categorías y situaciones jurídicas no pueden seguir vinculadas exclusivamente a un solo ordenamiento jurídico, sino que tienen que replantearse en una perspectiva más amplia. De ahí que la justicia penal transnacional nos proporcione una perspectiva privilegiada y extremadamente útil para replantearnos el concepto mismo de ‘sistema jurídico’ y, con él, las relaciones entre ordenamientos jurídicos, los cuales ya no pueden concebirse como sistemas cerrados y autorreferenciales.

Como es bien sabido, la jurisprudencia europea de Estrasburgo ha contribuido considerablemente a promover una legalidad compleja e integrada desde sus primeros años; menos conocida, pero no menos relevante, es en cambio la jurisprudencia concerniente a asuntos transfronterizos¹⁹⁰, en la que, sin embargo, podemos destacar una progresiva atención a la necesidad de extender el ámbito de aplicación de las garantías convencionales, lo que a su vez ha conllevado un cambio significativo en el papel que ha de desempeñar la jurisdicción penal en dicha materia. Así pues, recorriendo la evolución jurisprudencial, a partir de decisiones históricas como *Soering c. Reino Unido* y *Drozd & Janousek c. Francia y España* pasando por pronunciamientos como *Ilaşcu and Others c. Moldavia y Rusia*, podemos observar una clara tendencia a reforzar el control sobre la *fairness* procesal desde una perspectiva amplia que no solo no puede limitarse a un solo ordenamiento nacional sino que además se enriquece a través de los principios y estándares cualitativos establecidos por el sistema del CEDH y la misma jurisprudencia del TEDH. Además, en materia de derecho probatorio transnacional, la entonces ComEDH ya había abogado por un enfoque similar en la decisión *X., Y. y Z. c. Austria*

188 Sobre la importancia del principio de proporcionalidad en relación con el problema de la bulk surveillance vid. i.a. L. Bachmaier Winter, Proportionality, surveillance and criminal investigation: Strasbourg Court facing Big Brother, in E. Billis, N. Knust, J.P. Rui (eds.), *The Principle of Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart Publishing, 2021, p. 317 ss.

189 CJEU, *DR and TS*, judgment of 21 October 2021, C-845/19 and C-863/19.

190 Ya reconocieron su relevancia hace casi veinte años A. van Hoek, M. Luchtmann, *The European Convention on Human Rights and Transnational Cooperation in Criminal Matters*, en van Hoek A et al. (eds), *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Intersentia, 2006, p. 25 ss.

del año 1973, al requerir una interpretación sistemática del CEDH a la luz del Convenio de Asistencia Judicial de 1959. Esta decisión, extendiendo la protección del *right to confrontation* a casos de rogatorias internacionales, promovió un planteamiento muy moderno y novedoso para la época que, fundado en una visión relativista de las garantías convencionales en cuanto desanclada de la perspectiva formal de un solo ordenamiento jurídico, allanó el camino hacia el enfoque que, años después, siguió el Tribunal europeo a partir de *A.M. c. Italia*. En años más recientes, el TEDH desarrolló las condiciones para el ejercicio del derecho de contradicción en asuntos transnacionales y es interesante anotar que justamente en esta materia ya hace más de una década, en decisiones como *Zhukovskiy c. Ucrania* y *Damir Sibgatullin c. Rusia*, enfatizó el rol de nuevas tecnologías con el fin de asegurar la efectividad del *right to confrontation*.

Desde la perspectiva del derecho de la Unión, la justicia penal transnacional nos muestra una fisiológica tendencia a la inter-legalidad, la cual se manifiesta con muchas facetas y en distintos ámbitos; y si bien es cierto que mucha agua ha pasado bajo el puente desde el enfrentamiento entre el Tribunal constitucional y el TJUE en *Melloni c. Ministerio fiscal*, la relación entre derecho UE y ordenamientos nacionales (siempre y cuando, por la razones mencionadas, se puedan concebir como entidades autónomas) sigue siendo bastante magmática.

Un ámbito de la justicia penal transnacional en el cual las relaciones entre derechos nacionales y derecho supranacional se presentan particularmente problemáticas – y aún más las situaciones jurídicas inherentes a la función judicial – es el de los procedimientos paralelos y de los mecanismos de resolución de casos de conflictos transfronterizos positivos de jurisdicción. En efecto, si bien es cierto que es hoy necesario e inevitable replantear en una dimensión europea el tema de la acción penal, también lo es que la identificación del fuero competente trae consigo una cantidad enorme de implicaciones que atañen a la estructura y morfología del procedimiento según el ordenamiento en el que este se lleve a cabo y, de ahí, al régimen sancionador aplicable en caso de condena. Sin embargo, no obstante los encomiables esfuerzos de armonización de legislador supranacional, tenemos que reconocer que la evolución del derecho UE, a partir de la DM 2009/948 y pasando por el Reg. EPPO, revela una normativa que aún está lejos de satisfacer los estándares cualitativos de legalidad exigidos por la jurisprudencia europea, y que, como consecuencia de ello, deja en manos de las autoridades competentes un margen excesivo de discrecionalidad en decisiones tan complejas como la de resolver tales conflictos y establecer el fuero competente y el derecho aplicable, que acarrear implicaciones de grande relevancia máxime en la perspectiva de la efectividad del derecho de defensa y del principio de confianza jurídica en relación con el derecho del acusado de verse enjuiciado en una jurisdicción con la que esté familiarizado y según un derecho accesible y que puede conocer.

Ahora bien, la adopción de una perspectiva orientada a los derechos de la persona que, investigada en un país, tenga que afrontar dificultades enormes al verse enjuiciada en otro, plantea además dudas muy serias acerca del respeto del principio de igualdad de armas, así como de los principios de igualdad de tratamiento y no discriminación dentro los ciudadanos de la Unión en relación con aquellos que se encuentran enjuiciados en su propio país y en un contexto procesal expresivo de una cultura jurídica a la que pueden acceder. Y ello no nos permite mirar con particular optimismo y esperanza al enfoque seguido por el legislador UE en el reciente Reg. 2024/3011 en materia de transferencias de procedimientos penales, que, al mantener criterios demasiado vagos e indeterminados, otorga a las autoridades judiciales nacionales una discrecionalidad excesiva en la ponderación de todos los intereses en juego y en la identificación de los criterios que deben prevalecer en cada caso concreto.

CONCLUSIONES

La relación entre legalidad y jurisdicción revela una dialéctica eterna y una problemática probablemente sin solución, y que, sin embargo, se carga, según los contextos y los momentos históricos, de significados diferentes. Como consecuencia de ello, diferentes son también los desafíos que en cada época se presentan al que se aproxime a dicha temática desde la perspectiva de la justicia penal, una materia que por su naturaleza tan delicada requiere una constante atención a los principios y garantías constitucionales e internacionales para asegurar que la técnicas y formas del procedimiento no se reduzcan a estériles formalidades sino a instrumentos de protección de equilibrios entre valores de culturas jurídicas.

Nuestro tiempo nos presenta una relación altamente compleja, ya que compleja y sujeta a varias transformaciones es tanto la legalidad como la función jurisdiccional y ambas son el reflejo de la complejidad de las sociedades contemporáneas y las distintas formas de interacción entre ellas. A la luz de ello, la perspectiva de la crisis de la legalidad como juicio nos ha permitido observar múltiples fenómenos que, a pesar de sus diferencias, reflejan una tendencia general a relativizar la línea divisoria tradicional entre legalidad formal y aplicación jurisprudencial que convergen hacia nuevos modelos de legalidad jurisprudencial, una legalidad integrada de muchas maneras y hasta reconfigurada por los aportes jurisprudenciales. De ahí que se realice una judicialización de la legalidad penal, que en la ponderación entre valores ya no ha de buscarse hoy de forma exclusiva en las decisiones de *legem ferre* sino también y sobre todo de *ius dicere*.

No obstante, sería erróneo pensar que se trata de un fenómeno unidireccional, ya que el papel de co-protagonista (y a veces dominante hasta volverse tiránico y excluyente) que el poder judicial en ocasiones se ha atribuido y está desempeñando cada vez más en la definición (y redefinición) de los estándares de legalidad y en los procesos de normación no es solo el resultado de las mutaciones de la legalidad formal, sino que también es la fuente que las alimenta y contribuye a generarlas. De alguna forma, podríamos hablar de una relación circular entre las dos mencionadas caras de la legalidad; y ello nos plantea una cuestión de orden funcional sobre el rumbo que está tomando, y que ha de tomar, la jurisdicción penal. La perspectiva de la *par condicio*, a la luz de las transformaciones derivadas del uso de nuevas tecnologías y de la ampliación de la dimensión subjetiva del proceso penal debido al rol creciente que nuevas partes y terceros pretenden ocupar en él, por un lado, y la progresiva transnacionalización de la justicia penal, por otro, nos muestran una crisis teleológica que la jurisdicción padece hoy, y que no es menor que aquella que padece la legalidad, en su constante oscilación entre poder y servicio público. Si es tal vez imposible desarraigar de la justicia penal aquella faceta coactiva y de fuerza que refleja la antigua imagen de la justicia vengativa, que ni siquiera la creación del Tribunal del Areópago y la institucionalización de la justicia procesal consiguieron eliminar del todo, la valorización de la cultura de la jurisdicción y, con ella, la promoción del valor cultural de la justicia, como fin último de todo modelo de proceso orientado a la máxima protección de la persona, puede indicarnos el camino para reducir el riesgo de que esa faceta prevalezca y oscurezca la dimensión humana del juicio criminal¹⁹¹.

191 Sobre la dimensión humana del juicio vid., desde una perspectiva ius-filosófica, A. Lo Giudice, *El drama del juicio*, Palestra, 2025.

SEGUNDA PARTE. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL: GOBIERNO Y DESGOBIERNO

EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Agustín-J. Pérez-Cruz Martín
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo

Catedrático de Universidad de Derecho Procesal. UNIOVI
Magistrado (s) TSJ de Asturias

La independencia se considera como una condición indispensable, garantía necesaria, para que se manifiesten sin estorbo y actúen sin obstáculo las cualidades fundamentales de un buen magistrado (*cfr.*: BECEÑA GONZÁLEZ, F. Magistratura y Justicia. (Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial). Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 2028, p. XXVIII)¹⁹²

I PLASMACIÓN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN DIRECTRICES INTERNACIONALES.

La relevancia de la independencia, como característica básica e imprescindible del Poder Judicial -rúbrica dada al Título VI de la CE-^{193 194} ha venido siendo objeto de

192 Valga esta referencia bibliográfica como homenaje al Prof. Dr. Beceña González, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo y Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española con ocasión de centenario de la obtención de la Cátedra de la Universidad de Oviedo -vid.: Cachón Cadenas, M. (2017). Francisco Beceña. Un procesalista de primera hora. Ed. Atelier. Barcelona, pp. 70-72).

193 Tanto el Ejecutivo, como el Legislativo no reciben la denominación de «Poder», así el Título III se refiere a “De las Cortes Generales”, el Título IV se rubrica “Del Gobierno y la Administración” y el Título V “De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales”.

La Constitución de 1978 fue generosa y expresiva con el poder judicial. Semánticamente, iba a ser el único “poder del Estado” (“Del poder judicial”); su conexión con el pueblo y con el Rey (“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey”), no pudo ser más evidente (*cfr.*: Fernández Valverde, R. Jaque mate al Poder Judicial. Diario El Mundo, día 8 de setiembre de 2022 - https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1225819 -consultado el día 7 de abril de 2025); Lesmes Serrano, C. Discurso de Apertura del Poder Judicial (2022) - https://www.elconfidencial.com/espana/2022-09-07/lesmes-discurso-apertura-ano-judicial-arremete-partidos_3486529/ -consultado el día 7 de abril de 2025-.

194 Su configuración como un auténtico poder del Estado no ha dejado de suscitar debate doctrinal, mientras que Carretero Pérez (El modelo del Poder Judicial en la Constitucional, en El Poder Judicial. -VV.AA-. Tomo I. Madrid 1983, p. 740), Rodríguez-Zapata Pérez (El Poder judicial como límite del control de la potestad de las Cortes Generales (1983). Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y memoria Democrática. REDC, nº 9. Madrid 1986, p. 65) y Huertas Contreras (El Poder Judicial en la Constitución española. Granada 1995, p. 23) se muestran a favor de la asunción clara por el constituyente de la doctrina de la división de poderes y la consagración de la Justicia como un auténtico tercer poder del Estado;

preocupación, desde 1977, en los diferentes cónclaves internacionales que han debatido la situación de la justicia, considerándose prioritario la elaboración de ciertas directrices relativas a la independencia del poder judicial.

El Sexto Congreso de Naciones Unidas mantuvo el mismo criterio y, posteriormente, la Comisión de Estudio de la Asociación Internacional de Jueces, celebrada en Austria, en 1981, y la reunión de Expertos, organizada por la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal y el Centro para la Independencia de los Jueces y Abogados, celebrada, en Siracusa (República de Italiana), en 1981, se sumaron a las opiniones anteriores. En el mismo sentido, la Conferencia de Jerusalén, sobre Normas Mínimas para la Independencia Judicial, de 1982, la Conferencia Bial de la Asociación Internacional de Abogados, celebrada, en Nueva Dehli (India), en 1982, el Seminario sobre la Independencia del Poder Judicial, auspiciado por la Asociación Jurídica para el Asia y el Pacífico Occidental realizado, en Japón, en 1982, y la Primera conferencia Mundial sobre la Independencia en la Administración de Justicia, celebrada, en Montreal (Canadá), en 1983.

En todas las citadas reuniones internacionales se debatió el tema, haciéndose sugerencias para la elaboración de un Documento sobre directrices acerca de la Independencia del Poder Judicial para ser, posteriormente, presentadas, para su discusión y aprobación al VII Congreso de Naciones Unidas, que tuvo lugar, en Milán (República de Italia) entre el 26 de agosto y el 6 setiembre de 1985¹⁹⁵.

por el contrario, el Senador Satrústegui (Congreso de los Diputados. Senado. Trabajos parlamentarios. Madrid 1979, pp. 2844, 3821-3823, 4615 y ss.), en el debate constituyente, no obstante considerarlo el “menor de los poderes”, sostuvo que con tal denominación, si no se revisaba los otros títulos, el único poder que se reconocía era el Judicial, por lo que podría interpretarse que este estaban por encima de los demás poderes, no existiendo razón para que en una constitución democrática se reserve el término «poder» precisamente para el órgano fundamental del Estado cuya estructura se prevé al margen de controles democráticos, además de no surgir de la voluntad libremente expresada por el pueblo.

195 Los Principios Básicos sobre la Independencia Judicial, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, fueron confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. Estos Principios Básicos son de especial importancia dado que contienen las bases generales del derecho en los diferentes estados y hacen parte de lo mínimo que se debe respetar dentro de los órdenes jurídicos, permeando igualmente la literatura sobre el tema. Las citadas Resoluciones proclaman:

Considerando que, en la Carta de las Naciones Unidas, los pueblos del mundo afirman, entre otras cosas, su voluntad de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia y realizarse la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales sin hacer distinción alguna,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra concretamente el principio de la igualdad ante la ley, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y el de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley,

Considerando que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan el ejercicio de esos derechos, y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza además el derecho a ser juzgado sin demora indebida,

Considerando que todavía es frecuente que la situación real no corresponda a los ideales en que se apoyan esos principios,

Considerando que la organización y la administración de la justicia en cada país debe inspirarse en esos principios y que han de adoptarse medidas para hacerlos plenamente realidad,

Considerando que las normas que rigen el ejercicio de los cargos judiciales deben tener por objeto que los jueces puedan actuar de conformidad con esos principios,

Considerando que los jueces son los encargados de adoptar la decisión definitiva con respecto a la vida, la libertad, los derechos, los deberes y los bienes de los ciudadanos,

Considerando que el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su resolución 16, pidió al Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia que incluyera entre sus tareas prioritarias la elaboración de directrices en materia de independencia de los jueces y selección, capacitación y condición jurídica de los jueces y fiscales,

Considerando que, por consiguiente, es pertinente que se examine en primer lugar la función de los jueces en relación con el sistema de justicia y la importancia de su selección, capacitación y conducta, Los siguientes principios básicos, formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de la legislación y la práctica nacional y ser puestos en conocimiento de los jueces, los abogados, los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general. Estos principios se han elaborado teniendo presentes principalmente a los jueces profesionales, pero se aplican igualmente, cuando sea procedente, a los jueces legos donde éstos existan.

Independencia de la judicatura

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.
2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.
3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.
4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.
5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.
6. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.
7. Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.

Libertad de expresión y asociación

8. En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura.
9. Los jueces gozarán del derecho a constituir asociaciones de jueces u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como el derecho a afiliarse a ellas.

Competencia profesional, selección y formación

10. Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio.

Condiciones de servicio e inamovilidad

11. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas.
12. Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto.
13. El sistema de ascensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia.
14. La asignación de casos a los jueces dentro del tribunal de que formen parte es asunto interno de la administración judicial.

Secreto profesional e inmunidad

15. Los jueces estarán obligados por el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que hayan obtenido en el desempeño de sus funciones, a menos que se trate de audiencias públicas, y no se les exigirá que testifiquen sobre tales asuntos.

Más recientemente, en Sofía, entre los días 5 a 7 de julio de 2013, se celebró la Asamblea General de Red de Consejos de Justicia (RECJ), aprobándose el 7 de julio de 2013 la denominada declaración de Sofía sobre “*La independencia y la responsabilidad judiciales*”, que proclama:

“1) Un poder judicial independiente y responsable resulta esencial para que exista un sistema de justicia eficiente y efectivo en beneficio del ciudadano, y también es una característica importante del estado de derecho en las sociedades democráticas.

2) El poder judicial debe ser responsable, ajustarse a unas normas éticas y estar sujeto a un sistema disciplinario imparcial.

3) No se puede permitir que los recortes en los gastos por parte del gobierno socaven la independencia judicial.

4) La estabilidad económica, la inamovilidad y la independencia administrativa son garantías necesarias para que exista un poder judicial independiente e imparcial.

5) La protección de la independencia judicial puede conseguirse adecuadamente mediante un consejo del poder judicial u otra institución independiente similar, que funcione apropiadamente a la hora de sopesar, tomar decisiones o asesorar al gobierno en todas las cuestiones relativas a la remuneración y las condiciones judiciales.

6) Es tarea esencial de la Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ) y de todos los Consejos del Poder Judicial mantener y fortalecer la independencia judicial, especialmente cuando ésta se halle amenazada.

7) La prudente convención según la cual los jueces deben guardar silencio en materias controvertidas políticamente no debe aplicarse cuando la independencia y la integridad del Poder Judicial estén amenazadas. Existe actualmente un deber colectivo a cargo de los Poderes Judiciales europeos de declarar clara y contundente mente su oposición a las propuestas de los gobiernos que tiendan a debilitar la independencia de los jueces en particular o de los Consejos del Poder Judicial.

16. Sin perjuicio de cualquier procedimiento disciplinario o derecho de apelación, ni del derecho a recibir indemnización del Estado de acuerdo con la legislación nacional, los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones judiciales.

Medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo

17. Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.

18. Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones.

19. Todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial.

20. Las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo estarán sujetas a una revisión independiente. Podrá no aplicarse este principio a las decisiones del tribunal supremo y a las del órgano legislativo en los procedimientos de recusación o similares.

171. La Recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa CM/rec (2010) 12 a los Estados Miembros, sobre independencia, eficiencia y responsabilidades de los jueces señala que:

- “cada estado debería asignar a los tribunales los recursos, las instalaciones y el equipamiento adecuados para permitirles operar de acuerdo con los estándares establecidos por el artículo 6 del CEDH y para hacer posible que los jueces trabajen eficientemente”.

- y “la remuneración de los jueces debería ser proporcionada a su profesión y responsabilidades, y debería ser suficiente para protegerles de incentivos enderezados a influir en sus resoluciones», y «deberían introducirse disposiciones legales específicas como garantía frente a la reducción de las retribuciones dirigida específicamente a los jueces.”.

8) *En las circunstancias presentes, y tomando en consideración las alegaciones presentadas en la Asamblea General de la RECJ celebrada en Sofía los días 6 y 7 de junio de 2013, por miembros y observadores, la RECJ exige un mecanismo europeo que garantice el estado de derecho respetando la diversidad de los sistemas judiciales y que, entre otras cosas, impulse la protección de la independencia del Poder Judicial y garantice el fomento de un sistema eficaz de justicia y del crecimiento en beneficio de todos los ciudadanos.*”.

II ALGUNAS PRECISIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL.

Sin duda, en orden al concepto de independencia judicial, como ha ocurrido con relación a otras instituciones, netamente procesales, se ha producido una manifiesta “invasión” de pronunciamientos, formulados por especialistas de otras disciplinas (constitucional, administrativo, filosofía del derecho)¹⁹⁶, que han enturbiado la nítida comprensión conceptual de la independencia judicial, como garantía de la jurisdicción (elemento integrante de la trilogía estructural)¹⁹⁷. Por ello, creemos conveniente acudir a opiniones sostenidas por quienes, desde el Derecho Procesal han expresado su criterio.

Aparecen, sostiene Calvo Sánchez¹⁹⁸, independencia e imparcialidad como caracteres de los momentos desde los que puede ser contemplada la Jurisdicción; la independencia hace referencia al momento constitucional, a la Jurisdicción como Potestad; la imparcialidad se refiere a al momento procesal, a la Jurisdicción como Función¹⁹⁹.

En opinión de Almagro Nosete²⁰⁰ la independencia judicial es instrumental respecto da la imparcialidad que es, en realidad, el fin perseguido por las garantías en que aquella se manifiesta.

Entiende Ramos Méndez que la imparcialidad es un término excesivamente comprometido no sólo por las diversas significaciones que se le han atribuido, ya en el sentido de independencia, ya en el de ajenidad “*incluso como tutela del litigante más debida, sino también por las diversas finalidades para que ha sido manejado dentro de la ciencia procesal.*”²⁰¹.

La imparcialidad, junto al no sometimiento a órdenes o instrucciones de otras autoridades, inamovilidad e inmunidad, sostiene Díez-Picazo Giménez²⁰², los elementos definidores de la independencia judicial en el constitucionalismo moderno.

Enmarca Gimeno Sendra la independencia judicial dentro de la garantía del Juez ordinario predeterminado por la Ley, afirmando que: “Dentro del concepto del ‘juez predeterminado por la ley’ hay que entender también incluida la independencia judicial, pues la propia Constitución requiere que los titulares de la potestad jurisdiccional sean

196 Vid.: Ramos Méndez, F. *Bibliografía Procesal Española (1978-2000)*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 2001, afirma: “La materia procesal es un campo que tienta a propios y extraños y en el que todo el mundo se considera legitimado para pontificar, aunque haya llegado de último. El fenómeno ha sido gráficamente descrito como ‘pastoreo furtivo’ (Vázquez Sotelo), pero da ocupación a una considerable masa de ‘escritores ad hoc’, que inundan con sus productos el mercado.” (p. 15).

197 Cfr.: Podetti, R. J. *Trilogía Estructural de la ciencia del proceso*. Revista de derecho procesal, Argentina, 1948, pp. 115 y ss.

198 *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*. Ed. Atelier. Barcelona, 2009, p. 24.

199 Vid.: Andrés Ibañez, P. *Tercero en Discordia. Jurisdicción y Juez del Estado constitucional* (Prólogo de Luigi Ferrajoli. Ed. Trotta. Madrid 2015. Pp. 213-214 se expresa en términos similares

200 *Derecho Procesal (1995) Tomo I, Parte General*. Vol. I. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 10.

201 *Derecho y Proceso*. Barcelona, 1978, pp. 150-151.

202 Teoría e ingeniería de la independencia judicial. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1250323 (consulta el día 22 de abril de 2025).

jueces y magistrados ‘independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley’²⁰³

La independencia como elemento cualificador de la Jurisdicción es destacada por Stahl²⁰⁴; mientras que Schmidt se refiere a las dos dimensiones que ofrece la independencia de la Jurisdicción, a saber: la jurisdicción, negativamente frente al ejecutivo y positivamente frente al justiciable, considerada de tal forma puede llegar a configurarse como “control judicial del ejecutivo” en el sentido de control judicial de los medios de poder propios del gobierno monárquico y concretamente de la burocracia administrativa, llegando, incluso a exigirse la sumisión de la administración a todos los tribunales.

Se refiere Moreli a la existencia de una biografía apócrifa de Federico el Grande de Prusia, en la que se relata una anécdota que podría servir para la explicación del concepto de independencia del poder judicial. *“La historia cuenta cómo el rey, aburrido del ruido ensordecedor de las aspas de un molino de viento situado en los alrededores de su residencia de verano, propuso al molinero, dueño del molino, vender la tierra, pero fue en vano. El rey decidió entonces hacer valer su supremacía por medio de amenazas, intimidando al molinero de apropiarse del bien en cuestión mediante su poder real, y por tanto desposeyendo al propietario legítimo sin el pago de una indemnización. Tampoco las amenazas tuvieron el resultado esperado, y desencantado, el molinero respondió que en caso de que actuara así, pero tendría que rendir cuentas con los jueces de Berlín. Así que, a regañadientes, el rey se dio por vencido”*²⁰⁵. Lo cierto es que los términos en que relata Moreli lo acontecido entre Federico el Grande y el molinero para sugerir más una fábula que lo que realmente ocurrió que, en palabras de Perfecto Andrés²⁰⁶, el Rey convocó a los Jueces, haciendo prevalecer su voluntad frente a la pretensión del molinero.

El concepto de independencia del poder judicial es la clave para entender esta historia. La decisión del molinero de rechazar la primera solicitud, y luego la amenaza de su soberano, demuestra el fuerte conocimiento de la posibilidad de obtener un proceso justo ante un tercer juez, imparcial, sujeto únicamente a la ley, en virtud de la cual juzga independientemente de las presiones soberanas. El Rey es consciente de ello y es así como se resigna al ruido del molino. Este sistema de restricciones y límites al poder, de *checks and balances*, según la expresión acuñada por el derecho constitucional EE.UU., ha asumido un papel fundamental en el pensamiento constitucional moderno²⁰⁷. Es la nota más característica y esencial de la jurisdicción y una de las notas del Estado de Derecho: la propia existencia de la potestad jurisdiccional depende de ella^{208 209}.

203 Manual de Derecho Procesal Penal. Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas. Madrid, 2018, pp. 57-58.

204 Staat un Rechtslehre. Berlin, 1847, p. 137.

205 La libertad de asociación política de Jueces en Europa frente a los principios de independencia e imparcialidad (2014). Rev. F.D.y Pol., nº 19, p. 5.

206 Garantías y proceso (Conferencias), celebrada en Aula Magna. Facultad de Derecho, Universidad de Oviedo, Oviedo, 7 de noviembre de 2022.

207 Vid.: Moreli, A. La libertad de asociación política de Jueces en Europa frente a los principios de independencia e imparcialidad. Rev. F.D.y Pol., 2014, nº 19. Universidad Carlos III de Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Madrid, p. 5.

208 Vid.: Gimeno Sendra, V. Fundamentos de Derecho Procesal. Ed. Civitas, Madrid, p. 43; Stahl, F. J. Staat und Rechtslehre. Tomo II. Berlin 1847, p. 137; Schmidt, C. Teoría de la Constitución. (Verfassungslehre). -2011-. -trad. de Ayala, F. y Epílogo de Carcía Pelayo, M.-. Ed. Alianza. Madrid, pp. 150 y ss.; Lorca Navarrete, A. Mª El Poder Judicial. San Sebastian, pp. 1-5.

209 En este sentido el T.E.D.H. se ha pronunciado sobre la independencia como atributo indispensable del Tribunal, en S. de 28 de junio de 1981, caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica, señalando que: “Según la jurisprudencia del Tribunal sólo merece el nombre de Tribunal un órgano que responde a una serie de otras exigencias —independencia respecto al ejecutivo y a las partes encausadas”. Vid.: asimismo, SS. T.E.D.H. de 4 de diciembre de 1979, caso Schiesser; de 27 de febrero de 1980, caso Sewer; de 10 de febrero de 1983, caso Albert y Le Compte c. Bélgica, y de 26 de octubre de 1984, caso de Cubber c. Bélgica.

La noción de independencia judicial es uno de esos conceptos que está y ha estado siempre indisolublemente ligada a la concepción democrática del Estado de Derecho²¹⁰. Desde sus primeros pasos, las sociedades que han transitado el camino hacia la democratización, sin excepción, han recogido como parte fundamental de su diseño institucional, la de un funcionario público encargado de administrar justicia a nombre del Estado, aplicando las normas generales y abstractas a los casos concretos y realizando dicha labor con independencia de criterio. Por el contrario, todo intento autoritario y totalitario, se ha apresurado a falsear por su base la independencia judicial, bajo la percepción de que tal principio no se aviene con un modelo vertical o dictatorial de imposición de la voluntad de una persona o un grupo de ellas. En palabras de Simón, la idea de la independencia del juez va indisolublemente unida a la concepción del Estado constitucional, afirmando que: *“Entre todas las instituciones de nuestra vida jurídica, la idea del Estado de derecho celebra su máximo triunfo en la independencia de la decisión del juez”*²¹¹.

Ha señalado Guasp Delgado²¹² que la independencia de la jurisdicción es pura y simplemente una consecuencia derivada del mismo concepto del proceso, a atribuir a órganos únicos y exclusivos la misión de la satisfacción de pretensiones.

Huelga remarcar la importancia que reviste la preservación de la independencia judicial²¹³, *“pieza esencial de nuestro ordenamiento, como el de todo Estado de Derecho (...) de la que depende la credibilidad del sistema de justicia y, por ende, la legitimidad de las decisiones de los jueces”*²¹⁴. La independencia del juez -principio básico de la jurisdicción en el moderno Estado Constitucional- no solo es una garantía para los sujetos a su potestad, ni una garantía de imparcialidad en el litigio, sino que deriva de la necesidad misma de legitimar la decisión jurisdiccional²¹⁵. Se trata, pues, de una cuestión capital, vinculada a dos grandes principios esenciales en la teoría constitucional: el principio de la división de poderes y el principio de la legalidad o juridicidad, encarnado en la idea del Estado de derecho²¹⁶.

La independencia judicial es un aspecto de un principio político todavía más general, el de separación de poderes. Ha señalado Gonzáles Mantilla ha señalado que la independencia *“es el resultado de un proceso cultural que ha propiciado tensiones y acuerdos en el escenario institucional del Estado moderno y en la propia teoría de los derechos, a la que no es ajena la jurisdicción”*²¹⁷.

La proclamación de la independencia judicial, a nivel constitucional, se encuentra, sobre todo, en el artículo 117, 1º, pero también en los artículos 124, 1º y 127, 1º y 2º²¹⁸; en el mismo sentido, los artículos 12, 1º, 13 y 14 L.O.P.J.

210 Elocuentes, en este sentido, son la afirmación de Loewenstein, al señalar que: “la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que le hayan sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de poder, constituye la piedra final en el edificio de Estado democrático constitucional de derecho” -Teoría de la Constitución -2018- -Verfassunglehre- (trad. de Gallego Anabitarte, A.). Ed. Ariel Derecho. Barcelona, p. 294.

211 La independencia del juez. Barcelona, 1985, p. 11.

212 Problemas fundamentales de organización judicial. R.D.Pol., 1949, nº 45, p. 139.

213 Martín Ríos, P. Independencia y responsabilidad disciplinaria judicial: especial mención a las «diligencias informativas». REDC, 2020, nº 118, pp. 79-80.

214 S. TC 108/1986, de 29 de julio.

215 Otto y Pardo, I. de. Estudios sobre el Poder Judicial. Madrid: Ministerio de Justicia. Madrid 1989, pp. 34 y 171.

216 Cfr.: Castán Tobeñas, J. (1951) Poder Judicial e independencia judicial. Ed. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951, pp. 9-10.

217 Los jueces, carrera judicial y cultura jurídica (2009). Palestra Editores S.A.C. 1ª Ed.. Lima, p. 41.

218 Vid.: Ensor, R.C.J. Jueces y tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania. Madrid 1935, pp. 28-39; Martínez Carcerada y Gómez, L. Independencia del Poder Judicial. Madrid 1970, pp. 12-45; Guarnieri, C. L'indipendenza della magistratura. Padova, 1981, pp. 16-30; Álvarez Linera y Uría, C. Notas sobre la independencia del Poder Judicial. La Ley. Tomo 1982/1, pp. 792-804; Gordillo García, M. La independencia del Poder Judicial ante el

En relación con el artículo 6.1 de la CEDH, el TEDH, ya desde la S., de 25 de mayo de 2013, *caso Oleksandr Volkov c. Ucrania*, ha establecido que para determinar si un órgano puede considerarse independiente, en particular del Poder Ejecutivo, se han de tener en cuenta factores tales como la forma de designación de los miembros del órgano, la duración de su mandato, la existencia de garantías contra presiones externas y si el organismo presenta una apariencia de independencia²¹⁹.

En su vinculación con la garantía de independencia, el TEDH ha afirmado que por regla general la imparcialidad denota la ausencia de prejuicio o parcialidad. Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal, la existencia de imparcialidad a los efectos del artículo 6.1 del CEDH debe determinarse según i) una prueba subjetiva, en la que debe tenerse en cuenta la convicción personal y el comportamiento de un juez o autoridad en particular: es decir, que esté libre de prejuicios o parcialidades personales; y ii) una prueba objetiva, averiguando si, más allá de la conducta personal de sus miembros, el propio tribunal y, entre otros aspectos, su composición, ofrece garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad: en otros términos, si existen hechos comprobables que puedan suscitar dudas sobre su imparcialidad, para lo cual incluso las apariencias pueden tener cierta importancia, pues lo que está en juego es la confianza que los tribunales en una sociedad democrática deben inspirar al público y, sobre todo, a las partes en el proceso²²⁰.

No podemos concluir el epígrafe sin compartir una preocupación, que compartimos, expresada por Asencio Mellado, al señalar que: “No interesan los jueces independientes ante el uso político del proceso penal para conseguir fines ajenos a este método de resolución de conflictos. La idea de que los jueces se mueven por motivaciones espurias era la forma más inmediata de conseguir que las condenas perdieran eficacia y que las absoluciones se entendieran como simples efectos de una justicia en manos del adversario. Detrás de tanta manipulación y ataque a la dignidad de los jueces latía la inaudita pretensión de eludir los riesgos derivados de las resoluciones judiciales imparciales que debían aparecer como meras respuestas partidarias. Como efectos del mismo sistema orquestado necesitado de tribunales sin legitimidad social. O, pero aún para el sistema, la excusa perfecta para no cumplir las sentencias y que la sociedad aplaudiera a los delincuentes (...). Pero la imagen de un Poder judicial politizado y de jueces sometidos ya se ha instalado en la sociedad, que no distingue entre órgano político de gobierno y jueces y magistrados que distan sentencias y que valora las resoluciones

Tribunal constitucional, en “Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial”. -VV.AA.-. Madrid 1982, pp. 113-159; Álvarez Conde, E. Algunas consideraciones sobre la posición constitucional del Poder Judicial, en *El Poder Judicial*. Vol. I. Madrid, 1983, pp. 493-526; González Rivas, J. J. La independencia judicial. Especial consideración del artículo 122 de la Constitución española de 1978, en *El Poder Judicial* -VV.AA.-. Vol. II, Madrid, 1983, pp. 1497-1532; Street, S. y Deschenes, J. (Eds.). *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, 1985; Dieter S. La independencia del Juez. Madrid 1985; Serrano Albarca, J. M. Comentarios a los artículos 117 a 127 de la Constitución, en *Comentarios a la Constitución* -VV.AA. y Garrido Falla, M., Dtor.- 2ª Ed. Madrid 1985, pp. 1715-1809; Andrés Ibáñez, P. y Movilla Álvarez, C. *El Poder Judicial*. Madrid 1986, pp. 56-85; Ruiz Vadillo, E. El artículo 117. Poder Judicial, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*. -VV.AA. y Alzaga Villaamil, Ó., Dtor.-. Vol. IX. Madrid 1987, pp. 313-356; Marino, R. de. La independencia de los Tribunales garantía de su función. R.D.P., 1988, nº 2, pp. 431-458; Vescovi, E. La independencia de la Magistratura. R.Urug.D.P., 1989, nº 4, pp. 569-601; Hernández Martín, V. Independencia del juez y desorganización judicial. Madrid 1991, pp. 88-95; González Granda, P. Independencia del Juez y control de su actividad (1992). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, pp. 35-48; VV. AA. L’indipendenza della giustizia, en *Liber amicorum in onore di Giovanni E. Longo*. Milano, 1999, pp. 111-149; VV.AA. Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini. -Brutti Liberati, E., a cura di.-. Milano, 2004, pp. 231-256. 219 Vid.: SS., de 18 de julio de 2013, caso Maktouf y Damjanovic v. Bosnia y Herzegovina, de 25 de setiembre de 2018, caso Denisov v. Ucrania, entre otros.

220 Vid.: SS., de 26 de octubre de 1984, caso de Cubber c. Bélgica, de 26 de febrero de 2002, caso Morris v. Reino Unido, de 15 de octubre de 2009, caso Micallef v. Malta, de 25 de setiembre de 2018, caso Denisov c. Ucrania, de 8 de noviembre de 2018, caso Ramos Nunes de Carvalho c. Portugal, entre otras.

que le afectan o las que se refieren a los partidos de su preferencia, como meras respuestas fruto de la ideología o sumisión de los tribunales. (...). No es casual, como he dicho, deslegitimar la función jurisdiccional en un intento de transformar el judicial en Poder en mera función o sistema y la potestad jurisdiccional, en simple servicio público sometido a criterios administrativos y de productiva.”²²¹ (el subrayado y la negrita es nuestra).

III DIMENSIONES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Al margen de las consideraciones sobre si se trata de una nota de la jurisdicción globalmente considerada, o si debe atribuirse a cada órgano jurisdiccional²²², su significado ha de entenderse en una doble perspectiva, siguiendo a Pedraz Penalva²²³ por un lado, exige la no intervención en el Poder Judicial²²⁴ de los demás poderes (legislativo

221 El Poder Judicial y su destrucción. Diario Información, día 13 de setiembre de 2022.

222 En este sentido Montero Aroca le parece evidente que “no debe predicarse con relación a la jurisdicción o a la justicia, sino a los Jueces” (Introducción al Derecho Procesal. Madrid, 1979, p. 38). Por su parte, Gimeno Sendra, V. Fundamentos..., ob. cit. la considera una cuestión de relevancia menor: “Tal afirmación, al margen de resultar un tanto estéril (también la función jurisdiccional no la realiza la Jurisdicción en abstracto, sino los Jueces y Magistrados), no es del todo correcta, pues junto con las garantías que intentan salvaguardar la imparcialidad del Juez, coexisten otras cuya función es la de preservar a la Jurisdicción de posibles injerencias de otros Poderes del Estado.” (Fundamentos de Derecho Procesal. Ed, Civitas. Madrid, 1981, p. 43).

223 Sobre el «poder» judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial en Constitución, Jurisdicción y proceso. Ed. Akal/iure. Madrid, 1990, pág. 173

224 La CE habla expresamente de “poder” judicial, “mientras que tal calificativo no aparece al tratar de los demás poderes tradicionales del Estado, como son el legislativo y el ejecutivo (cfr.: S. TC. 108/1986, de 29 de julio.

y ejecutivo)^{225 226} y, en sentido inverso, la competencia judicial tampoco ha de interferir en el campo de actuación del legislativo y ejecutivo²²⁷; por otro lado, paradójicamente, la jurisdicción es independiente por estar sometida única y exclusivamente a la ley, o más exactamente, a la Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico, así se pone ya de manifiesto en el propio Preámbulo de la C.E. al señalarse que la Nación española declara su voluntad de “*consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley*”, plasmándose dicho imperio en una diversos preceptos constitucionales, entre otros, en el artículo 9.1 de la CE al disponer que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico^{228 229}.

225 Vid.: Artículo 76.1 C.E. dispone la no vinculación de las conclusiones de las Comisiones parlamentarias de investigación.

Precisa el TC que: “El art. 76 CE, con la finalidad de garantizar la no interferencia de la investigación parlamentaria en la investigación penal, prevé que las conclusiones de la investigación parlamentaria «no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas». Por más que la Constitución, el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias y el Reglamento de la Junta General no impidan la coexistencia de la investigación política y la judicial, dicha previsión no altera en modo alguno las funciones que la Constitución atribuye al Poder Judicial y a los Parlamentos respectivamente. Expresado, en otros términos, no es lo mismo que la Constitución y la normativa autonómica aplicable consientan la coexistencia de la investigación parlamentaria y la judicial, a que permitan una suerte de confusión entre la una y la otra, haciendo posible que órganos de naturaleza parlamentaria ejerzan funciones reservadas constitucionalmente a los órganos judiciales. Esta conclusión, aun formulada respecto de determinados órganos administrativos, se contiene, entre otras, en las SSTC 85/2018, de 19 de julio, y 108/2021, de 13 de mayo, en las que se declara contraria a la Constitución la investigación y fijación extrajudiciales de hechos que pudieran ser delictivos debido a que «[s]e interfiere así con el sistema de justicia penal constitucionalmente configurado y se menoscaba el principio de reserva de jurisdicción consagrado en el artículo 117 CE, vinculado al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye» (STC 85/2018, FJ 6).

Dicha doctrina ha tenido también su proyección en el caso de la actividad parlamentaria de investigación de la que se ha afirmado que «es una actividad de naturaleza estrictamente política, que en modo alguno puede ser reputada o calificada como jurisdiccional (ATC 664/1984, FJ 1)» [STC 133/2018, FJ 8 a)]. En efecto, la potestad jurisdiccional, constitucionalmente atribuida en exclusiva a los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial nos ha llevado a afirmar que «excede del marco propio de la actividad investigadora parlamentaria no solo, como es obvio, cualquier posible calificación jurídica de eventuales actos o conductas punibles, sino también su imputación o atribución individualizada a los sujetos a los que pudiera alcanzar la investigación» [STC 133/2018, FJ 8 b)]. Dicha función está reservada a los órganos que tienen encomendado el ejercicio del ius puniendi del Estado, ya sea a través del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador [STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 8 a)]. En coherencia con lo anterior, «[e]l ámbito de la actividad investigadora de las Cámaras parlamentarias ha de contraerse, con arreglo a parámetros, no de legalidad, sino políticos o de oportunidad, propios de un órgano de su naturaleza, al esclarecimiento o conocimiento más exacto posible de los hechos objeto de la investigación, a la determinación de la responsabilidad política o, en todo caso, no en virtud de actuaciones constitutivas de ilícitos penales o administrativos de los sujetos intervinientes en los mismos y, en su caso, a la formulación de propuestas o recomendaciones. Aquí se agota el ámbito constitucionalmente posible de la actividad investigadora parlamentaria en nuestro ordenamiento jurídico» [STC 133/2018, FJ 8 a)].” (S. TC. 73/2023, de 20 de junio).

226 Vid.: Jiménez Villarejo, L. La independencia del Poder Judicial y sus relaciones con el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, en «El Poder Judicial en Europa». -VV.AA.-. Vol. I. Madrid 1989, pp. 175-196; Cortiñas Pelaez, L. Poder ejecutivo y función jurisdiccional. Contribución de Derecho constitucional comparado al estudio del Estado autoritario: del ocaso de la justicia en América Latina. 3ª Ed., Bogotá, 2003, pp. 86-89.

227 Vid.: Rodríguez-Zapata Pérez, J. El Poder Judicial como límite ..., trab. cit., pp. 51-69.

228 Vid.: Farrajoli, L. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. -trad. de Bochcchio, D. y revisión técnica de la traducción por Ortiz Flores, J.- en La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales. -VV.AA. y Reyna Alfaro, L.M., Arocena, G.A. y Cienfuegos Salgado, D., Coords.-. Madrid 2007, afirma «Si es verdad que el Estado de derecho consiste en la sujeción a la ley por parte de los poderes públicos, el espacio de la jurisdicción equivale al sistema de límites y vínculos legales impuestos a los poderes públicos y crece con el desarrollo del sistema» (p. 13).

229 Algunos autores distinguen entre: imparcialidad e independencia (Cappelletti, Toharia, Sharma), independencia y autonomía (Binder), independencia externa e interna (Rico y Salas, 1989), insularidad y

La independencia judicial institucional, tanto interna como externa, es indispensable, a su vez, para garantizar la independencia individual o funcional de los jueces. La independencia externa se manifiesta respecto de los otros poderes del Estado, lo que constituye una suerte de insularidad de los jueces frente a otros poderes públicos que se concreta en diversas garantías plasmadas en los textos constitucionales y legales vigentes en países de nuestro entorno más cercano²³⁰; mientras que la independencia interna debe ser entendida como la autonomía de cada órgano jurisdiccional, dentro de las materias que le competen en relación con los demás órganos que forman parte del mismo poder²³¹.

Se dice, sobre esta la independencia interna, que es una prerrogativa de los magistrados y, a la vez, una garantía para las partes o interesados que recurren a ellos²³². Así, la independencia judicial es un principio, valor, garantía y derecho- deber²³³.

Por su parte, Taruffo²³⁴ se refiere a dos dimensiones principales de la independencia del juez, a saber: inicial (“*que se garantiza desde el momento de la elección y nombramiento del juez*”) y continua (“*se asegura por todo el tiempo en que el juez realiza sus funciones*”).

Debido a la relevancia de la independencia judicial, el marco para el ejercicio adecuado de la misma está formulado en el propio sistema jurídico. Consecuentemente, el juez independiente se caracteriza por impartir justicia libre de injerencias (independencia negativa) y conforme a Derecho (principio de juricidad), es decir, con sujeción a la CE, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley (independencia positiva)²³⁵. El mismo principio se recoge a nivel internacional cuando, combinando la independencia negativa y positiva, se indica que los jueces deben actuar “*basándose en*

neutralidad (Larkins), entre la independencia formal y material (Méndez), la independencia sustantiva e independencia estructural (Salzberger), la independencia como función e independencia como garantía (Díez-Picazo Jiménez); o entre dimensiones o aspectos negativos y positivos de la independencia (Karlán, Negretto y Ungar) -cfr.: Burgos, G. Independencia judicial en América Latina ¿de quién? ¿para qué? ¿Cómo?. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Textos de Aquí y Ahora Bogotá, 2004, pp. 107 y 108.

230 Entre las mencionadas garantías destacan:

“(1) una reglamentación objetiva en orden al acceso a la profesión y a la promoción profesional basada en criterios de igualdad, mérito y capacidad –aunque esta garantía se desconoce en los sistemas anglosajones, donde los nombramientos de jueces se realizan conforme a criterios políticos–;

(2) la inamovilidad de los jueces –que, por el contrario, es más intensa en los sistemas anglosajones, sin perjuicio de que en los sistemas de carrera judicial suele recogerse en normas de rango constitucional

(3) aforamientos para la destitución de los magistrados

(4) incompatibilidades para el ejercicio de otros cargos públicos; y

(5) la regulación por ley del estatuto judicial –garantía formal de legalidad que está en todas las constituciones continentales examinadas.” (Martínez Moya, J. y Sáez Rodríguez, M^a C., Coords. y VV.AA. La protección social de la Carrera Judicial. 2^a ed. Ed. BOE. Madrid 2021, p. 53).

231 Vid.: Pérez-Cruz Martín, A. J. y Suárez Robledano, J. M. Independencia Judicial y Consejos de la Judicatura y Magistratura (Europa, EE. UU. e Iberoamérica). Ed. Atelier, Barcelona, 2016, p. 65.

232 Vid.: Pérez-Cruz Martín, A. J. La independencia judicial en España. Motivos para la preocupación. en Cuestiones Actuales de Derecho Procesal. -VV.AA. y Rodríguez Tirado, A. M^a, Coord.-. Ed. Tirant Lo Blanch Valencia, 2017, p. 71; La independencia judicial en España. ¿Mito o realidad?. “Proceso como garantía. VIII Memorial Manuel Serra”. –Asencio Mellado, J. M^a y Fuentes Soriano, O., Dtores. y AA. VV.- Ed. Atelier. Barcelona, 2023, pp. 130-134.

233 Vid.: Pérez-Cruz Martín, A. J. Juez independiente e imparcial en la persecución de los delitos. en Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos –VV.AA. y Rodríguez-García, N., Carrizo González-Castell, A. y Rodríguez López, F., Edts. y Sánchez Bernal, J. y Carrillo del Teso, A E., Coords.-. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019, pp. 187-188; Pérez-Cruz Martín, A. J. Consejo General del Poder Judicial: un barco a la deriva. a propósito de la reforma (2013) y contrarreforma (2018) en Estudios de Derecho probatorio y otros estudios. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra. –VV.AA., Asencio Mellado, J. M^a, Dtor. y Rosell Corbelle, A., Coord.-. Ed. Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas. Madrid, 2020, pp. 1541-1542.

234 Consideraciones generales sobre la independencia de los Jueces. en La independencia judicial: un constante asedio. -Nieva Fenoll, J. y Oteiza, E. y VV.AA.- Madrid, 2019, p. 14.

235 Vid.: Pérez-Cruz Martín, A. J. Independencia e imparcialidad judicial. Ius Constitutionale, 3, 2022, pp. 11-13.

*los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, precisiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo*²³⁶.

IV LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL PODER JUDICIAL.

Según la tradición iluminista, la sujeción del juez a la Ley «limitada» corresponde con la superación del despotismo, así como a un impulso hacia un sistema que es la expresión de la voluntad popular²³⁷. De acuerdo con este principio, si por un lado la elaboración de las normas es el resultado exclusivo de medidas legislativas y políticas, por otro lado, se trata de la interpretación, aplicación e integración de la compleja realidad normativa, que se convierte en una herramienta importante de la actividad judicial y constituye la otra cara de la producción de normas²³⁸. “*La ley, como cualquier actividad humana siempre será incompleta*”²³⁹, entonces, necesariamente, tendrá que valerse la producción jurisprudencial, dejando espacio para el desarrollo de la discrecionalidad del Poder Judicial²⁴⁰, como consecuencia histórica de una crisis del Estado legislativo y «monista», hacia un Estado de derecho con nuevas fuentes de producción normativa²⁴¹.

236 Vid.: Principios Básicos de Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura (Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985). El principio número 2, particularmente señala: “2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.” <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary> (consultado el día 7 de abril de 2025).

237 Cattaneo, M. *Iluminismo e Legislazione*, Milano, 1966, p. 23.

238 Vid.: Precisamente la norma jurídica deja en general una serie de posibilidades abiertas. La decisión judicial retira esta indeterminación en el caso concreto, así que se configura también como un medio de producción normativo. Cfr.: Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. -trad. de Vernengo, J.-. México 1982.

239 Cfr.: Gény, F. *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Madrid, 1925, p. 115.

240 Vid.: Vázquez Sotelo, J. L. *Discrecionalidad y Derecho Procesal*. Justicia, 1995, núms. 3-4, pp. 51-62 sobre diferencias entre discrecionalidad judicial y arbitrariedad.

241 Vid.: Álvarez Cienfuegos Suárez, J. M. El sentido de lo justo en la Constitución y su proyección en el proceso interpretativo del Juez, a través de los derechos fundamentales, en *Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso administrativa*. -VV.AA.-. C.D.J., 1994, pp. 101-138; Bacigalupo Zapater, E. El Tribunal Supremo i la unitat de l'ordre jurídico penal. *Justiforum*, 1994, nº 1, pp. 93-102; Prieto Sanchís, L. Ley, principios, derechos, en *Cuadernos Bartolomé de Las Casas*, Madrid, 1998, pp. 24-25; López Guerra, L. La fuerza vinculante de la jurisprudencia. *A.J. Ar.*, 2000, nº 441 pp. 1-5; Moral Soriano, L. M. Los precedentes del Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoría de los precedentes. *P.J.*, 2000, nº 57, 2000, pp. 119-154; Blasco Gascó, F. P. Derecho judicial y derecho jurisprudencial (nobles sueños, pesadillas y vigiliias del juez). *J.D.*, nº 41, 2001, pp. 70-78; Martínez Moya, J. La realidad del precedente jurisprudencial. Especial referencia a la problemática de su recepción por los Juzgados de Instancia, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. -VV.AA.-. E.D.J., 2001, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pp. 473-526; Blasco Gascó, F. P. Funciones y eficacia de la norma jurisprudencial, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. -VV.AA.-. E.D.J., 2001, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pp. 185-236; Bacigalupo Zapater, E. *Jurisprudencia y seguridad jurídica*, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. -VV.AA.-. E.D.J., 2001, pp. 129-152; Bacigalupo Zapater, E. Sobre la vinculación del Juez penal a la ley, en *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid, 2002, pp. 31-46; Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M^a. La jurisprudencia como posible fuente del ordenamiento jurídico, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*. -VV.AA. y Trillo Torres, Bacigalupo Zapater, E. y Lucas Murillo de la Cueva, P., Coords.-. Madrid, 2004, pp. 367-382; Díez-Picazo Giménez, L. M^a. Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el Derecho español, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento ob. cit.*, pp. 393-406; Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. 2^a Ed. Madrid, 2005; García Pablos de Molina, A. Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo, en *Nuevas posiciones de la dogmática*

En cierto modo la independencia jurisdiccional es posible y se ve fortalecida por que el juez se halla exclusivamente sometido a la Constitución y la Ley, lo que constituye que es además una garantía primigenia de la independencia judicial y fuente de la propia legitimidad democrática del Poder Judicial²⁴², a diferencia de la legitimidad democrática de los Poderes Ejecutivo y Legislativo que se produce a través de la elección de sus miembros, de modo indirecto en relación con el ejecutivo y, de modo directo, mediante elecciones periódicas, libres y democráticas, en relación con el legislativo. De hecho, en la tripartición de Montesquieu, el tercer poder (Judicial) es el único que nace con una matriz ajena a la política. Así, ante la amenaza de la interferencia o el abuso de poder: “*es preciso que el poder detenga al poder*”²⁴³. Se manifiesta Beccaria, como medio de prevenir los delitos, interesar al cuerpo ejecutor de las leyes más en la observación de éstas que en la corrupción, sosteniendo que: “*Cuanto mayor sea el número de los que lo forman, tanto menor será el peligro de usurpación de las leyes, porque la venalidad es más difícil entre quienes se observan recíprocamente, y estarán tanto menos interesados en acrecentar la propia autoridad, cuanto menor sea la porción que le correspondería a cada uno máxime si se compara con el peligro de la empresa. Si el soberano con la pompa y el aparato, con la austeridad de los edictos, prohibiendo las justas o injustas querellas de quienes se consideran oprimidos habituá a los súbditos a temer más a los magistrados que a las leyes, éstos aprovecharán de tal temor más de lo que gane su propia seguridad y la política*”²⁴⁴.

Por lo tanto, en el primer sentido, la independencia supone el respeto al principio de división de poderes propugnado por Montesquieu, limitándose cada uno de ellos al cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución. Precisamente el mayor peligro de vulneración de la independencia jurisdiccional deriva de una «invasión» procedente del ejecutivo²⁴⁵, por ello se han establecido una serie de garantías al respecto: reserva de ley orgánica para la regulación que afecte a la estructura y organización de Jueces y Tribunales, según se puede deducir de los artículos 122.1 C.E. y 2, 2º L.O.P.J.; el respecto del principio de jerarquía normativa por exigencia del artículo 6 L.O.P.J., así como el consecuente control jurisdiccional sobre la potestad reglamentaria exigido por los artículos 106 C.E. y 8 L.O.P.J.²⁴⁶, y, finalmente, la realización única y exclusivamente de la actividad establecida en los artículos 117, 3º y 4 C.E. y 2, 2º L.O.P.J., es decir, juzgar y ejecutar lo juzgado²⁴⁷.

jurídica penal. -VV.AA.-. C.D.J., 2006, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pp. 181-214; Jaén Vallejo, M. ¿Jurisprudencia vinculante?. R.G.D.P., 2006, nº 8.

242 Vid.: Gabaldón López. Control democrático del Poder Judicial. P.J., 1989, nº XVII (especial), pp. 415-443; García Pascual, C. Legitimidad democrática y Poder Judicial. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997, pp., 172-178; López Barja de Quiroga, J. Introducción a la teoría del Estado. La legitimación. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2014 pp. 101-119.

243 Secondat, C. L. Barón de Montesquieu, Esprit des Lois -trad. de Blázquez, M., y De Vega, P. e introducción de Tierno Galván, E.- Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

244 De los delitos y de las penas -prefacio de Calamandrei, P. edición bilingüe de Andrés Ibáñez, P., texto italiano establecido por Francioni, G.-. Ed. Trotta. Madrid 2011, p. 273.

245 Calamandrei, P. Proceso y Democracia. -trad. de Fix Zamudio, H.-. Buenos Aires, 1960, pp. 85-88; Gimeno Sendra, V. (1981) Fundamentos de Derecho Procesal. Ed. Civitas. Madrid, pp. 44 y ss.; Fairén Guillén, V. (1957) Las relaciones entre el Poder Legislativo y el Judicial y las infracciones a la Constitución de 1812. A.D.P.C.P., nº 1, pp. 78-105.

246 Vid.: Parejo Alfonso, L. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y de la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa. Madrid, 1993; COLLET, M. Le controle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes. Paris, 2003.

247 Vid.: Ollero Tassara, A. Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial. P.J., 1993, nº 32. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pp. 123-139.

Respecto a la segunda vertiente de la independencia judicial, el sometimiento de la función jurisdiccional al principio de legalidad impide precisamente que el ejercicio de ésta dependa de mandatos particulares²⁴⁸. De la sumisión a la ley, entendida como expresión de la voluntad general, deriva también la prohibición del *non liquet*, impuesta a Jueces y Magistrados (artículo 1, 7° C.E.), e, incluso, sancionada penalmente (artículos 448 y 449 C.P.), y que les obliga, en todo caso, a resolver mediante la aplicación de la norma al supuesto de hecho concreto. Pero se trata de aplicar la norma y no crearla como

248 Singularmente interesantes resultan las afirmaciones recogidas en el Informe de la Sala de Gobierno del T.S. sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma de la L.O.P.J., de 4 de abril de 2014, debatido en las sesiones de la Sala de Gobierno del T.S. los días 19, 27 y 29 de mayo de 2014, a partir de la Ponencia repartida, el 10 de abril de 2014, a los Magistrados del Tribunal Supremo, Excmos. Sr. Gullón Rodríguez y Rodríguez Valverde -, sobre el Libro IV (Del Consejo General del Poder Judicial) en el sentido de que: "... A propósito de la independencia judicial se debe poner de relieve que el anteproyecto, pese al énfasis con que la proclama, contiene afirmaciones o prevé medidas que pueden condicionarla. Ya, en su Exposición de Motivos, trasluce una idea de jerarquización de los órganos judiciales que atenúa o debilita la independencia que constituye el rasgo esencial y más característico del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Así, al justificar las novedades que afectan a la jurisprudencia, la Exposición de Motivos emplea reiteradamente, hasta por siete veces en solamente trece párrafos, las expresiones 'Tribunales inferiores' u 'órgano judicial inferior' para referirse a los órganos judiciales distintos del Tribunal Supremo. Se trata de una terminología que convendría evitar, por sus connotaciones peyorativas y, sobre todo, por su inexactitud ya que, por un lado, ningún órgano judicial es inferior a otro cuando enjuicia un asunto dentro de su competencia y, por otro, en aquellos casos en que no quepa recurso alguno contra la decisión de un juez o Tribunal, ni tan siquiera la apelación, el Juez o Tribunal sentenciador no tiene, por definición, ningún 'superior' jurisdiccional. En su caso, convendría relacionar estas expresiones con la idea de una mera jerarquía procesal y no reiterar, en exceso, el término 'inferiores'. En el artículo 2.3, somete a los Jueces y Magistrados a la autoridad del Consejo General del Poder Judicial. Es esta una declaración innecesaria; inoportuna dentro del título dedicado precisamente a la potestad jurisdiccional, su titularidad y su ejercicio y, cuando menos, equívoca por cuanto, precisamente por su ubicación sistemática en el segundo artículo del texto, se presta a entender que los Jueces ejercen su función jurisdiccional «bajo la autoridad» del Consejo; es decir, lo más contrario que cabe imaginar a la independencia y la sujeción únicamente al imperio de la ley. En definitiva, puede transmitirse a la sociedad la idea de que los Jueces y Tribunales resuelven los casos, siguiendo los dictados del Consejo General del Poder Judicial y se retrocede en la distinción entre ejercicio de la potestad jurisdiccional, atribuida en exclusiva a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, y el gobierno del Poder Judicial, atribuido al Consejo. Es cierto que el precepto analizado pone la «autoridad» en relación con el estatuto y la carrera, pero este tipo de sujeción, la puramente gubernativa ya lo impone por sí misma la Constitución (artículo 122.2) al atribuirle los nombramientos, los ascensos, la inspección y el régimen disciplinario» poniendo en cambio un especial cuidado al definir la posición de quienes ejercen la potestad jurisdiccional, respecto de la cual evitó expresiones, como la que ahora se utiliza, que pudieran dar lugar a equívocos. Siendo la razón que llevó a la creación del Consejo General del Poder Judicial la de establecer una institución de garantía de la independencia judicial, parece un contrasentido que para ello deba enfatizarse que los Jueces y Magistrados están bajo su autoridad. No es mediante la proclamación de jerarquías como se asegura el correcto desempeño de su función por los miembros de la Carrera Judicial. El Consejo General del Poder Judicial debe velar por que la independencia judicial sea la regla y debe, igualmente, exigir con rigor su responsabilidad a los Jueces y Magistrados que incumplan los deberes que la Constitución y la Ley les imponen, del mismo modo que ha de reconocer el mérito y la capacidad de quienes destaquen en el cumplimiento de su labor. Cuenta con los instrumentos precisos para ello. Esa autoridad, la verdadera, la efectiva a la postre, la que en verdad necesita para ejercer en plenitud el gobierno del Poder Judicial, no se la asegurará una afirmación legal como la del artículo 2.3, sino el reconocimiento que gane a través del ejercicio de sus atribuciones constitucionales con autonomía de criterio y responsabilidad institucional. Esta no es la única manifestación del anteproyecto que debilita su anunciado propósito de asegurar la independencia judicial. Se une a otras de distinta naturaleza que convergen en ese mismo efecto. Llamen la atención, en este sentido, fórmulas como la del artículo 15.3, que somete a los Jueces y magistrados a las instrucciones generales dictadas por la 'autoridad competente en la materia, si la hubiera'. Aunque se refiere a las funciones no jurisdiccionales que les encomendó el legislador, provoca confusión Dato que esa sujeción se predica de quienes ven constitucionalmente contrapesada su independencia por su sumisión estricta al imperio de la ley, que incluye la que regule tales cometidos no jurisdiccionales, es inevitable preguntarse por la razón de disponer un sometimiento distinto, no al ordenamiento jurídico, sino a una 'autoridad competente', es decir, a un órgano de un poder público para cuya identificación se usa, por otro lado, una expresión sumamente desafortunada por despertar ecos bien conocidos." (pp. 44-45).

sucede en el Derecho anglosajón; por ello incluso se le priva de decidir sobre la compatibilidad de la ley, o norma con rango de ley, con la Norma Fundamental -a excepción de las normas preconstitucionales- planteando la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad (ex artículos 163 C.E., 5, 7º L.O.P.J. y 35 a 37 L.O.T.C.)²⁴⁹.

Esta vinculación del órgano jurisdiccional al ordenamiento jurídico obedece, en opinión de Requejo Pages, a la función tutelar que el propio ordenamiento le atribuye de manera específica: *“Para controlar la correcta utilización de los apoderamientos establecidos por el ordenamiento, éste debe confiar la tarea de control de los diferentes actos a operadores que no tengan otra finalidad que la del mantenimiento del sistema, para lo cual se les conecta directamente con la matriz del ordenamiento y se les desvincula tanto de conexiones metasistémicas como de elementos del propio sistema que por su vaporosidad pudieran dar lugar a desviaciones indeseadas. En definitiva, tales operadores han de estar sometidos de manera exclusiva a las normas del sistema que contienen la información general y básica de todo el ordenamiento”*²⁵⁰. De este modo la independencia es entendida como la delimitación de lo jurídicamente relevante para el Juez a la hora de ejercer jurisdicción, para lo cual aquél únicamente puede servirse de la base argumentativa que le ofrece el ordenamiento en su conjunto, sin ninguna intervención de elementos extraños como las propias apreciaciones personales del propio Juez o de cualquier otro sujeto, incluidos otros órganos del Estado²⁵¹.

Afirma Ferrajoli²⁵² afirma que, en el modelo paleoliberal y paleopositivista de la jurisdicción, el fundamento de la independencia de los jueces reside en la legitimidad de las decisiones judiciales, asegurada a su vez por la verdad jurídica y fáctica, si bien en sentido necesariamente relativo y aproximativo de sus presupuestos.

El Poder judicial queda definitiva, actualmente, en el ordenamiento constitucional español, por el artículo 117.1 CE. *“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.”*. ¿Cómo concilian ambas previsiones, de un lado, la referencia al pueblo y, de otro, el sometimiento de los jueces a la ley, exclusivamente a la Ley?. Se concilian sobre la base del principio de soberanía popular establecido en el artículo 1.2 CE: *“La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”*. El Poder judicial, encuentra su fundamento, al igual que el poder legislativo y del gobierno, en la soberanía popular. Pero la soberanía popular afirmada como fundamento de la jurisdicción -dispone el artículo 117.1 CE sobre el sometimiento de los Jueces y Magistrados “únicamente al imperio de la ley” y el artículo 25.1 CE sobre el principio de legalidad (*“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*)- no es otra cosa que la voluntad popular tal como se ha manifestado en la ley promulgada, antes del hecho que se está siendo juzgado, por las Cortes Generales, esto es, por la institución que, por su carácter lectivo, es políticamente representativa de dicha voluntad (cfr.: artículo 66.1 CE). El Poder judicial, en palabras de Ferrajoli, *“encontrará fundamento, como los demás poderes públicos, en*

249 Requejo Pages, J. L. Jurisdicción e independencia judicial. Madrid 1989 señala que: “el exclusivo sometimiento del Juez a la ley no altera para nada el principio de absoluta sumisión al conjunto del ordenamiento jurídico, no estribando su función más que en el establecimiento de un peculiar sistema de garantía de la validez de la ley, labor para la cual la propia Constitución establece en su artículo 163 el instituto del monopolio del rechazo de las normas con rango de ley en manos del Tribunal Constitucional.” (p. 14).

250 Ibídem., pp. 129 y ss.

251 Ibídem., pp. 158-159.

252 Jurisdicción y democracia. J.D., 1995, nº 24, p. 6.

*la soberanía popular en la medida en que su ejercicio esté rígidamente sometido a la ley u “únicamente” a la ley, que de la soberanía popular constituye su expresión.”*²⁵³.

El fundamento de legitimación democrática del Poder Judicial, que se acaba de poner, se viene cuestionando desde posiciones populista, bajo la máxima de que; “Parece que los jueces no se han enterado de quién ha ganado las elecciones”. Esta frase retrata bien la concepción despótica del ejercicio del poder, que se pretende instalarse en países que, al menos en la forma, se presentan como democracias constitucionales.

Esa grosera apelación a que los jueces deben actuar en consonancia con la mayoría política producida por las elecciones, sostiene Aragón Reyes, “*no debe causarnos sorpresa a los españoles, puesto que, salvando las diferencias entre un régimen presidencialista (el de EEUU) y uno parlamentario (el nuestro), en muchas ocasiones hemos oído o leído algo parecido dicho por algunos políticos (e incluso algunos juristas!): que el Consejo General del Poder Judicial (órgano de gobierno de la magistratura y que por ello ha de ser tan independiente como ésta) y el Tribunal Constitucional (máximo tribunal en la aplicación e interpretación de nuestra Norma Fundamental) han de reflejar en su composición, y también en sus decisiones, la misma mayoría política que exista en las Cámaras.*

*La extrema gravedad de tales pronunciamientos resulta incuestionable, ya que impugnan de raíz la base más sólida del sistema constitucional democrático, que no es otra que el Estado de derecho. Esto es, la exigencia de que las instituciones políticas y, por supuesto, las mayorías que en cada momento se proyecten en la composición de las mismas han de estar sometidas a los límites que la Constitución impone, y por ello al control que, para dotar de eficacia a esa limitación, han de realizar unos órganos judiciales independientes. Si no fuera así, la democracia mudaría en despotismo, que no dejaría de serlo porque lo ejerciera la mayoría política surgida de las elecciones.”*²⁵⁴.

Denuncia Aragón Reyes que: “*Hoy, las democracias constitucionales están asediadas por un peligro que puede destruirlas o tergiversarlas: el protagonizado por las corrientes populistas, que propugnan la prevalencia de la política sobre el Derecho, de la “voluntad popular” sobre la ley; y que, por ello, plantean que los jueces carecen de legitimidad para controlar los actos que adopten las instituciones políticas estatales surgidas de la representación democrática. O, en todo caso, que las actuaciones judiciales han de adaptarse, aboliendo su necesaria independencia, a los designios de las mayorías producto de esa representación.”*²⁵⁵.

Si se observa la independencia desde un punto de vista ya no estrictamente jurídico, sino también incluyendo elementos tácticos, la independencia entendida abstractamente como sujeción al ordenamiento precisa de ulteriores garantías, que son complementarias a la independencia y que caracterizan también a la Jurisdicción²⁵⁶. Como afirma Montero Aroca²⁵⁷, se ha articulado en la L.O.P.J. un régimen de garantías para preservar la independencia judicial en diversas esferas, frente a la sociedad, frente a las partes o frente a los demás poderes del Estado.

253 Iura Paria. Los fundamentos de la democracia constitucional. ed. de D. Ippolito y F. Mastromartino -trad. de A. Greppi-. Ed. TROTta. Madrid, 2020, p. 76.

254 Los jueces no se enteran de quién ha ganado las elecciones. Diario El Mundo, día 27 de marzo de 2025.- <https://www.elmundo.es/opinion/2025/03/27/67e3db7ffdddf00a98b45bf.html> (consultado el día 13 de marzo de 2025).

255 Ibídem.

256 Vid.: Pérez-Cruz Martín, A. J. Constitución y Poder Judicial. Ed. Atelier 2015, pp. 118-119; Pérez-Cruz Martín, A. J. et al. Derecho Procesal I. Introducción al Derecho Procesal. Ediuino. Oviedo 2021, pp.51-59.

257 Introducción ..., ob. cit., pp. 39 y ss.; Montero Aroca, J. Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez en la práctica postconstitucional, en Estudios jurídicos en honor a José Gabaldón López. -VV-AA-. Madrid 1990, pp. 187-193; también Gimeno Sendra, J. V. Fundamentos ..., ob. cit., pp. 44 y ss.

Se pretende preservar la objetividad de las decisiones judiciales y la impermeabilidad de los Jueces ante la influencia de fuerzas exteriores, para ello los Jueces y Magistrados deben poseer una aptitud o capacidad técnica indudable, una conducta o moralidad intachable y una ausencia de vinculación con los distintos sectores productivos de su demarcación judicial que fundamenten su prestigio. Para ello la L.O.P.J. arbitra una serie de garantías determinadas: regula, en este sentido, un mecanismo específico de acceso a la Carrera Judicial²⁵⁸ así como un régimen de incompatibilidades y prohibiciones²⁵⁹. Respecto al acceso a la Carrera Judicial, aparece regulado en los artículos 301 y ss.

258 Tradicionalmente, afirma García Pascual, ha sido el sistema de ascensos y la división de los jueces en grados jerárquicos el instrumento que mejor se ha prestado para controlar y mermar la independencia de los jueces, es decir, para hacer de la magistratura un cuerpo de funcionarios subalterno y subordinado a instancias de poder (Legitimidad democrática y poder judicial. Valencia, 1997, p. 243). Con el sistema de ascensos, la actuación del juez puede considerarse en algún sentido sometida a una estrecha vigilancia que puede llegar a imponerle cierta autocensura y la aceptación de los valores dominantes en la cúpula judicial, resultando elocuente, a este respecto, la afirmación de Andrés Ibáñez al afirmar que: “el juez es independiente, si no quiere ascender» (Independencia e intendencia”. Diario El País de 3 de noviembre de 1989, p. 20)

259 Sin duda alguna la prohibición que más polémica ha suscitado más recientemente es el derecho de huelga -vid.: Ojeda Avilés, A. Límites constitucionales al derecho de huelga de Jueces, Magistrados y Fiscales. J.D., 1992, núms. 16-17, pp. 136-139, también en A.L., 1993, núms. 6/8, pp. 87-92; Belloch Julbe, J. A. Jueces y derecho de huelga. J.D., 1991, núms. 16/17, pp. 132-135; Ojeda Avilés, A. El derecho a la huelga de Jueces, Fiscales, Magistrados y Fiscales. A.L., 1993, nº 6, pp. 87-92; Soldevilla Frago, S. Derechos de huelga de Jueces y Magistrados, en Función Pública -VV.AA.-. C.D.J., 1993, pp. 413-424; Monereo Pérez, J. L. Límites subjetivos del derecho de huelga: reflexiones críticas. R.L. Tomo 1993-II, pp. 89-113.

L.O.P.J.²⁶⁰, estableciéndose la necesidad de ingreso por concurso-oposición²⁶¹, salvo el llamado «cuarto turno» para los juristas de reconocida competencia y con más de diez

260 Vid.: Beceña González, F. Magistratura y Justicia..., ob. cit., pp. 299-315; Sentis Melendo, S. Administración de Justicia y carrera judicial, en «Teoría y práctica del proceso». Buenos Aires, 1959, pp. 3-29; Auger Liñan, C. La formación y selección del personal judicial. D. Jc., 1985, núms. 45-46; Carmona Ruano, M. La selección y formación del juez profesional. D.Jc., 1985, núms. 42-44, pp. 530-593; Arozamena Sierra, J. La carrera judicial. España. P.J., 1986, nº esp. X, pp. 189-192; González-Cuellar García, A. Formación y perfeccionamiento de Jueces y Magistrados. P.J., 1986, nº esp. V, pp. 87-114; Peces Morate, J. E. La carrera judicial. España. P.J., 1986, nº esp. X, pp. 201-222; Montero Aroca, J. Selección de licenciados y formación de jueces, en Trabajos de Derecho Procesal. Barcelona, 1988, pp. 217-223; González-Varas Ibáñez, S. El sistema alemán de formación continuada de Jueces y Fiscales. Las condiciones para ser Juez y otras cuestiones de organización de las Jurisdicciones y Tribunales. P.J., 1994, nº 34, pp. 219-232; Martínez Sospedra, M. El nacimiento del Juez reclutado por oposición: el artículo 94 de la C.E. de 1869 y la L.O.P.J. de 1870. R.G.D., 1995, nº 607, pp. 3309-3317; Martínez Sospedra, M. El Juez funcionario y sus presupuestos: el nacimiento del juez ordinario reclutado por oposición (el artículo 94 de la Constitución de 1869 y el sistema de la L.O.P.J. de 1870). R.C.G., 1996, nº 39, pp. 7-64; Vernet i Llobet, J. Los principios de mérito y capacidad en la provisión de plazas de magistrados, jueces, fiscales y personal al servicio de la Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas con doble oficialidad lingüística, en La Administración de Justicia en un Estado plurilingüe. -VV.AA.-. C.D.J., 1999, pp. 273-325; Román García, F. El acceso de los discapacitados al desempeño de funciones públicas en el ámbito de la administración de justicia, en La Administración de Justicia y las personas con discapacidad. Madrid, 2000, pp. 289-310; Díez-Picazo Giménez, L. M^a. El sistema francés de acceso a la judicatura, selección y formación inicial, en El acceso a la función judicial. Estudio comparado. -VV.AA.-. M.F.C., 2001, nº 13, pp. 41-55; Berizonde, R. O. Carrera judicial, consejos de la judicatura e institutos de capacitación judicial en América del Sur. C.Pr., 2001, nº 12, pp. 17-18; Jiménez Asensio, R. El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio, en El acceso a la función judicial. Estudio comparado. -VV.AA.-. M.F.C., 2001, pp. 117-250; Jiménez Asensio, R. A modo de conclusiones: un panorama (incompleto) de los sistemas de acceso a la judicatura en Europa, en El acceso a la función judicial. ..., ob. cit., pp. 251-270; Magro Servet, V. Hacia una nueva estructura de la organización y carreras judiciales. La Ley, 2002, nº 5583, pp. 1-6; Jiménez Asensio, R. La selección de jueces en España, Barcelona, 2002; Fernández Gabriel, J. R. La selección y la formación permanente del Juez, una reforma esperada. La Ley, 2003, nº 5886, pp. 1-5; Hernández García, J. y Saiz Arnaiz, A. La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente). A.J. Ar., 2003, nº 568, pp. 1-6; Comas D'Argemir i Cendra, M. La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la judicatura. C.D.P., 2004, nº 21, pp. 189-194; Agirreazkuenaga Zigorraga, I. Modelos comparados de organización judicial y régimen de selección o elección de jueces y magistrados. P.J., 2004, nº 75, pp. 11-56; Valls Gombau, J. F. La política de formación inicial para Jueces en la Escuela Judicial. P.J., 2005, nº 80, pp. 195-232; Zubiri de Salinas, F. Los retos de la formación judicial continuada. J.D., 2007, nº 58, pp. 87-100; González Pérez, J. La selección de los jueces. A.R.A.C.M.P., 2008, nº 85, pp. 229-252; Hernández García, J. Hacia la reforma del sistema de acceso a la función judicial (a modo de introducción). J.D., 2008, nº 63, pp. 103-115; VV.AA. El principio de igualdad entre hombre y mujeres en la carrera judicial. E.D.J., 2008; Guarnieri, C. El acceso a la magistratura; problemas teóricos y análisis comparado, en El acceso a la función judicial. Estudio comparado. -VV-AA-. MFC., 2011, nº 13, pp. 19-39; Gómez Fröde, C.X. La legitimación democrática de nombramientos de los Jueces. ¿Quién designa?, cómo de designa, en Rigor científico y Práctica forense. (Libro Homenaje a los Profs. Serra Domínguez y Vázquez Sotelo. Barcelona 2013, pp. 482-8487; Almagro Nosete, J. Formación y selección del personal judicial, en Consideraciones de Derecho de Derecho Procesal. Madrid 1988, pp. 85-92.

261 Vid.: Díez-Picazo Giménez, L. M^a. Sostiene que: “Mención aparte merece el modo de selección y nombramiento de los jueces. Muy a menudo se incluye en los análisis sobre la independencia judicial. Ello no es incorrecto, pero puede dar una imagen distorsionada e incompleta de la realidad. Es verdad que un sobre juez nombrado directamente por el poder político pesa la sospecha de deferencia ante este. Pero mucho más importante es que luego no pueda ser arbitrariamente removido, entre otras razones porque ello permite al juez olvidarse de su benefactor. En el fondo, el modo de selección y nombramiento tiene mucho más que ver con el modelo de juez adoptado en cada sistema jurídico que con la independencia judicial propiamente dicha.” Especial interés y críticas ha suscitado el proceso extraordinario de estabilización de empleo temporal en las Carreras Judicial y Fiscal previsto en la D.A. única en el Anteproyecto de Ley orgánica por el que se modifica la LOPJ, y EOMF, para la ampliación y fortalecimiento de las Carreras Judicial y Fiscal. En este sentido, se expresa Requero Ibáñez en los términos siguientes; “en medio de este panorama se atisba otro nubarrón, el de los jueces sustitutos, un nubarrón que puede descargar no se sabe dónde ni con qué intensidad. Se está tramitando una ley para la eficiencia de la Justicia que algunos quieren forzar para deducir que exige convertirlos en jueces de carrera. Aglutinados en varias asociaciones, su abogado es un exjuez de pensamiento en política judicial romo o plano -elijan-, lo suyo ha sido siempre el postureo y sacar partido, ahora de los sustitutos.

años de ejercicio profesional (artículos 301, 4º y 311 L.O.P.J.)²⁶² y “quinto turno” entre los Abogados y juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional (artículo 345 L.O.P.J.)²⁶³. En cuanto al sistema de incompatibilidades y prohibiciones (artículos 389 y ss. L.O.P.J.) afecta al ejercicio de cualquier otra jurisdicción, cargo de elección popular, empleos retribuidos por la Administración pública, abogacía, etc.²⁶⁴ así como la imposibilidad, entre otras, de pertenecer a partidos

Este fenómeno degenerativo tiene muchos padres y me centro en los propios jueces que, en una carrera sin alicientes y recargados de trabajo, rechazan asumir sustituciones apenas compensadas. Son los propios jueces quienes han alimentado una idea suicida: que lo que hacen -y tanto les ha costado hacer- lo puede hacer cualquiera sin acreditar los conocimientos que ellos sí demostraron, que lo puede hacer incluso un sustituto que suspende las oposiciones y sigue ejerciendo unas funciones para las que ha demostrado no tener conocimientos.” (Quieren otra judicatura. cit.).

262 Vid.: Alegre Ávila, J. M. La Ley Orgánica del Poder Judicial y los concursos entre juristas de reconocido prestigio para el acceso a la carrera judicial. P.J., 1988, nº 11, pp. 115-126; Collado González, J. M. Iniciativa autonómica para la convocatoria del cuarto turno. (Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional 158/1992, de 26 de octubre). B.I.M.J., 1993, nº 1660, pp. 542-546; Pérez Cruz Martín, A. J. y Méndez López, I. Modificaciones introducidas por la L.O. 16/1994, de 8 de noviembre en la L.O. 6/1985, del Poder judicial en relación con el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Juez de Licenciados en Derecho, Abogados y juristas de reconocido prestigio con más de seis años de ejercicio profesional. A y D., 1995, nº 37, pp. 1-12; Selección de Jueces y Magistrados. (Acceso directo de Licenciados en derecho, abogados y juristas de reconocido prestigio modificaciones introducidas por la L.O. 16/1994, de 8 de noviembre). A.J. Ar., 1995, nº 197, pp. 1-6; Álvarez-Buylla y Ballesteros, M. M. El acceso de juristas a la carrera judicial: la situación de los Procuradores. La Ley, 2000, nº 5163, pp. 1-5; Sánchez García, J. C. y Álvarez-Buylla y Ballesteros, M. El acceso de los Procuradores a la judicatura: baremación de los méritos y propuestas de lege ferenda. A.J. Ar., 2003, nº 586, pp. 1-5; Ordeñana Gezuraga, I. Contribución al debate sobre la entrada a la abogacía, a la procuraduría y a la judicatura en España. El caso de Inglaterra y Gales. R.V.D.P.A., 2005, nº 2, pp. 433-452.

263 Texto que ha sufrido numerosas reformas parciales lo que, afirma Ramos Méndez, son “un buen indicador de la inestabilidad del sistema y de que se legisla como quien teje y desteje el manto del Penélope.” (¿Es necesaria una ley de desorganización del Poder Judicial? en Elogio de la nada procesal. Ed Atelier. Barcelona, 2016, p. 248).

264 Se les permite, entre otras actividades, la docencia e investigación jurídica (artículo 389.5º L.O.P.J.) -vid.: Pico y Junoy, J. Límites a la actividad docente de Jueces y Magistrados. (Estudio del artículo 389.5º L.O.P.J.). P.J., 1995, nº 38, pp. 241-249.

políticos²⁶⁵ o sindicatos²⁶⁶, perfilándose, de este modo, lo que ha venido en considerarse un auténtico *status* jurídico²⁶⁷.

En definitiva, pues, el juez, como representante del «Tercer poder del Estado»²⁶⁸ es un experto del derecho, un profesional imparcial, políticamente neutral, económicamente suficiente, y al servicio de la sociedad²⁶⁹.

V VALORACIÓN DE INDEPENDENCIA JUDICIAL POR LA OPINIÓN PÚBLICA.

A nivel global de la UE los datos que arroja el Eurobarómetro (2024)²⁷⁰ son el 52% de los ciudadanos de la UE cala la justicia en su país -en términos de la independencia de los tribunales y jueces- como buena (11% dice que es "muy bueno" y el 41% que es "bastante bueno", mientras que el 37% afirma que es (justa o muy) malo. Estos resultados se han mantenido estables en comparación con enero de 2023. De todos los encuestados, el 40% dice que el estatus y la posición de los jueces que garantizan suficientemente su

265 Sería utópico imaginar una conciencia humana que no esté influenciada por la realidad socio económica en la que está inmersa, así como sería utópico imaginar un pensamiento totalmente apolítico. Por consiguiente, la idea de un juez apolítico se considera, a priori, inaceptable. Sin embargo, de la misma manera, se debe evitar, al menos en las magistraturas burocráticas, una conformación del juez política o politizada. Por lo tanto, es importante no confundir el criterio de la apoliticidad con el principio de imparcialidad, que es el verdadero motor de la actividad jurisprudencial -vid.: Otto y Pardo, I. de. Estudios sobre el Poder Judicial, Madrid, 1989, p. 63; Brey Blanco, J. L. Los jueces y la política ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático. Foro, Nueva Época, 2004/núm. 00, p. 42.

266 Sin embargo, se le reconoce la posibilidad de integración en Asociaciones profesionales (artículos 127 C.E. y 401 L.O.P.J.) -vid.: Cavero Lataillade, I. Artículo 127. Prohibición de afiliación partidista y sindical. Posibilidades asociativas y régimen de incompatibilidades, en Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española. -VV.AA. y Alzaga Villaamil, Ó., Dtor.-. Vol. IX. Madrid, 1983, pp. 639-671; Fernández Farreres, G. Las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados, en El Poder Judicial. Vol. II, Madrid, 1983, pp. 1213-1252; Marin Castan, F. Funciones de las asociaciones de Jueces y Magistrados. P.J., 1986, nº esp. V, págs. 65-70; Maza Martín, J. M. Asociaciones de Jueces y Magistrados. P.J., 1986, nºesp. V, pp 71-86; Belloch Julbe, J. A. Notas sobre el asociacionismo judicial. P.J., nº esp. V, 1988, pp 35-64; Senese, S. Formación de los magistrados en Europa y el papel de los sindicatos y de las asociaciones profesionales. ¿Qué formación, para qué justicia, en qué sociedad?.-trad. Andrés Ibáñez, P.-. J.D., 1991, nº 12, pp. 83-86; Andrés Ibáñez, P. Sobre el asociacionismo e independencia judicial. J.D., 1996, nº 25, pp. 88-94; Carmona Ruano, M. El papel de las asociaciones y sindicatos en la formación de los magistrados. J.D., 2000, nº 38, pp. 12 16; Viegas Alfonso, O. El papel del asociacionismo y el sindicalismo judicial en el día de hoy y las transformaciones de la sociedad. J.D., 2000, nº 37, pp. 95-102; Gallego Morales, A. y Monereo Pérez, J. L. La asociación profesional y el derecho de huelga de Jueces, magistrados y discales, en Comentario a la Constitución socioeconómica de España. -VV. AA. y Monereo Pérez. J. L., y otros, Coords.-. Granada 2002, pp 1157-1191; Rubio Torrano, E. El derecho de asociación de Magistrados suplentes y Jueces sustitutos. Ar.Cv. 2003. Vol. I pp. 1843- 1845; Serra Cristóbal, R. El derecho de asociación de los Jueces: asociacionismo profesional y asociación del Juez a asociaciones no profesionales. R.E.D.C., 2008, nº 83, pp. 115 145; Moreli, A. La libertad de asociación política de Jueces en Europa frente a los principios de ..., trab. cit., pp. 3-30.

267 Vid.: Montero Aroca, J. La función jurisdiccional y el «status» de Jueces y Magistrados. Justicia, 1986, nº I, pp. 7-34; Clavero Salvador, B. Los derechos y los jueces. Madrid, 1988; Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades (Medel). Estatuto europeo de la Magistratura. -trad. Andrés Ibáñez, A.-. J.D., 1991, núms. 16-17, pp 143-145; Martínez Sospedra, M. Jueces, Consejo y Poder Judicial. Sobre la inadecuación del modelo de Juez funcionario a las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho. Notas para un debate. R.G.D., 1994, núm. 603, pp. 12589-12618; Mateo Lage, F. de. El Estatuto especial de los Magistrados del Tribunal Supremo y la Ley Orgánica 5/1997. La Ley, 1998, núm. 4672, pp. 1-6; Martín Martín, G. y Martínez Tristán, F. G. Derecho Judicial. Estatuto de Jueces y Magistrados. Situaciones e incompatibilidades. Inspección de tribunales. Pamplona, 2003; Hernández Marin, R. Las obligaciones básicas de los jueces. Madrid, 2005; Garrido Carrillo, F. J. El estatus de Jueces y Magistrados. Granada 2009.

268 Vid.: Dromi, R. (1992) Los Jueces. ¿Es la Justicia un tercio del Poder?, Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires, pp. 101-108.

269 Vid.: S. TJUE., de 27 de febrero de 2018, Associação sindical dos juizes portugueses (C-64/16).

270 <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/3193> (consultado el día 9 de abril de 2025).

independencia explican por qué calentan bien la independencia de su sistema de justicia. El 31% de todos los encuestados se refiere a ninguna interferencia o presión de intereses económicos o de otro tipo específicos y al 31% de todos los encuestados a ninguna interferencia o presión del gobierno y los políticos como razón para explicar su calificación positiva. De todos los encuestados, el 28% dice que la interferencia o la presión del gobierno y los políticos explica por qué calentan mal el nivel de independencia de su sistema de justicia, frente al 26% de todos los encuestados que dicen lo mismo sobre la interferencia o la presión de intereses económicos o de otro tipo específicos, y el 22% de todos los encuestados que dicen esto sobre el estatus y la posición de los jueces, lo que no garantiza suficientemente su independencia.

El 52% de los ciudadanos de la UE cala la justicia en su país, en términos de independencia de los tribunales y jueces, como muy o bastante bueno, mientras que el 37% dice que es muy o bastante malo.

Sin embargo, los datos que arrojan el Eurobarómetro (2024) son demoledores. El 50% de los españoles cree que existe poca independencia judicial, según el Eurobarómetro La mitad de los españoles percibe como «bastante mala» o «muy mala» la independencia de los tribunales y los jueces en España, porcentaje que sitúa al país en el grupo de Estados miembros con una impresión más negativa en ese ámbito, solo superado por Hungría, Bulgaria, Polonia, Eslovaquia e Italia.

En particular, el 31% califica de «bastante mala» la independencia judicial y el 19% de «muy mala», lo que supone un 50% Para un 30% es «bastante buena», otro 7% la considera «muy buena» y un 13 por ciento no lo sabe o no contesta.

Esos datos figuran en un Eurobarómetro sobre la percepción que el público general tiene de la independencia de los sistemas nacionales de justicia en la UE y forma parte de un ‘Tablero de la Justicia’ que la Comisión Europea publicó en el mes de junio de 2024.

Entre las principales razones por las que el público valora negativamente la independencia judicial, el 67% de los españoles afirma que se debe «mucho» a las interferencias o presión del Gobierno y los políticos (51% de los ciudadanos en la UE que tiene una imagen negativa afirma lo mismo) y un 12% lo atribuye «algo» a esas presiones (24% en la UE).

En contraste, entre los críticos con la independencia judicial, un 51% señala la interferencia o presión del gobierno y políticos como una razón principal para su evaluación negativa.

El estatus y posición de los jueces no garantiza lo suficiente su independencia. Por último, para el 31% de los españoles la situación es mala en gran medida porque el estatus y posición de los jueces no garantiza lo suficiente su independencia (así lo opina el 31% de los españoles y el 25% de los europeos).

Por lo que se refiere al Eurobarómetro sobre la percepción que las empresas tienen sobre la independencia de los jueces y tribunales, para el mismo fueron entrevistadas 501 empresas españolas. Del mismo se desprende que para el 36% de las empresas españolas tiene una percepción «bastante mala» o «muy mala», frente al 28% en la UE. Un 49% de las empresas expresaron preocupación por la interferencia o presión del gobierno y políticos. Un 39% está preocupado por la interferencia de intereses económicos o de otros grupos específicos. Además, el 34% siente que el estatus y posición de los jueces no garantizan suficientemente su independencia.

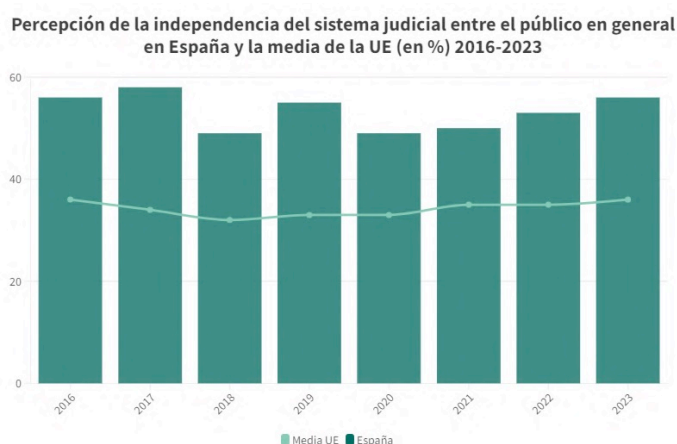
En el conjunto de la UE, el 37% de los ciudadanos tiene la impresión de que la independencia de jueces y tribunales es mala o muy mala.

La Comisión Europea, en su Informe del Estado de Derecho (2024), Capítulo de España, pone de manifiesto que: *“La valoración de la independencia judicial en España sigue siendo baja tanto entre la ciudadanía como entre las empresas. En total, el 37 % de la ciudadanía y el 32 % de las empresas perciben que la independencia de los órganos*

jurisdiccionales y de los jueces es «bastante buena» o «muy buena» en 2024⁷¹. La valoración de la independencia judicial entre la ciudadanía ha aumentado en comparación con 2023 (34 %), pero sigue siendo inferior a la de 2020 (44 %). La valoración de la independencia judicial entre las empresas ha disminuido en comparación con 2023 (34 %) y con 2020 (42 %). El 41 % de las empresas españolas tienen mucha confianza o bastante confianza en la protección de sus inversiones por parte de la ley y los órganos jurisdiccionales del Estado miembro. El 42 % de las empresas encuestadas consideran la calidad, la eficiencia o la independencia de la justicia como una de 6 las principales razones de preocupación respecto a la protección de las inversiones en el país”²⁷¹.

Resulta, igualmente, interesante, a nivel europeo, que, España se sitúa entre los países en los que peor se valora por los ciudadanos el estado de la independencia judicial, a la luz de los resultados publicados en el *EU Justice Scoreboard 2024*²⁷², como se aprecia en la siguiente gráfica. Así, los colores azul celeste y marrón, que indican una percepción mala o muy mala de la independencia de nuestros jueces y tribunales, predominan en los años de referencia (2016, 2022-2024).

Gráfico²⁷³



Sin embargo, dichos datos contrastan con encuesta, realizada por la empresa Metroscopia, encargada por el Consejo General del Poder Judicial (“Los españoles y la Justicia”), en el año 2021²⁷⁴

“4. Imparcialidad e independencia.

Imparcialidad. Para una ajustada mayoría de españoles (53%) los tribunales suelen ser imparciales en su actuación (frente a un 44% que expresa la opinión contraria).

- No hay diferencias estadísticamente significativas en esta pauta de respuesta a todo lo largo del arco ideológico-político: el 56% entre los votantes del bloque de la derecha, y el 54% entre los de la izquierda creen en la imparcialidad judicial. Tan solo entre los votantes de formaciones

271 Vid.: Comisión Europea. Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión. Informe sobre el Estado de Derecho de 2024 (Capítulo sobre la situación del Estado de derecho en España) que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social y al Comité de las Regiones. Bruselas, 24 de julio de 2024, pp. 4-5.

272

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_24_3164/IP_24_3164_EN.pdf (consultado el día 10 de abril de 2025)

273 Cfr.: De la Nuez Sánchez-Cascado, E. y Teruel Lozano, G. Informe. Estado de Derecho 2024. Ed. Fundación Hay Derecho. Madrid, 2024, p. 68.

274 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Buen-Gobierno--Etica-Judicial-y-Comision-de-Etica-Judicial/Encuestas-de-satisfaccion/Encuesta--Los-Espanoles-y-la-Justicia---Mayo-de-2021> (consultado el día 11 de abril de 2025).

nacionalistas-independentistas constituye mayoría clara (71%/29%) quienes no creen en ella.

- *En cambio, entre los usuarios satisfechos con su experiencia judicial el porcentaje que cree en la imparcialidad de la Justicia sube de forma llamativa y queda en un 71%; pero entre los insatisfechos (los que se sintieron intimidados), se registra la tendencia justamente opuesta: 64% cuestiona esa imparcialidad.*

(...)

Independencia.

- *Que la Justicia española es tenida como suficientemente independiente, parecen sugerirlo de forma clara los propios hechos: desde los 5.5 millones de nuevos casos que han acudido a la misma el pasado año, hasta el permanente recurso a su auxilio por formaciones políticas que al mismo tiempo cuestionan la institucionalidad constitucional vigente. Otra cosa distinta es, obviamente, lo que en realidad se esté tratando de expresar cuando se habla, de forma genérica e inespecífica, de independencia judicial.*

(...)

Presiones sobre la Justicia

- *La sensación ciudadana*

Dos de cada tres españoles (66%) creen que los tribunales reciben presiones, de forma permanente. Esta es una idea fuertemente asentada, y la expresan en la misma proporción los más jóvenes y los más mayores, los usuarios de la Justicia satisfechos e insatisfechos y los votantes de los cinco principales partidos de ámbito nacional.

- *Lo que dicen los propios jueces*

Esta sensación dominante entre la ciudadanía es frontalmente opuesta a la experiencia personal de los jueces: entre estos, el 90% dice no haber recibido nunca presión o sugerencia alguna sobre cómo resolver un caso.

- *¿Quién presiona?*

Entre quienes los ciudadanos que dicen percibir presiones constantes sobre la Justicia, el 89% las atribuye a los grupos políticos de todo tipo, el 86% al gobierno de turno, el 84% a los grupos de presión económicos y sociales, y el 62% a los medios informativos.

También en este punto, la sensación ciudadana se ve contradicha radicalmente por la experiencia personal de los jueces. Entre estos, en efecto, un 9% reconoce presiones de los medios informativos, un 3% de los partidos políticos y de los grupos de presión (sociales o económicos); y solo un 1% del Gobierno de turno.”.

Por su parte, la Justicia vuelve a ser el mejor valorado de los tres poderes del Estado. El 37 % de los encuestados cree que funciona mejor que el Poder Ejecutivo, frente al 23 %, que opina que funciona peor. Comparado con el Poder Legislativo (las Cortes), el 30 % cree que el Poder Judicial funciona mejor y el 22 %, peor. El 23 % y el 22 % creen que funciona igual, respectivamente²⁷⁵.

La mayor parte de los usuarios de la Justicia, un 62 %, han sido parte implicada en el procedimiento judicial; el 40%, testigos; el 13%, víctimas en un caso penal; el 8 % han sido abogado o representante en el procedimiento y el 6 % han tenido otra condición.

La mayoría de los casos se desarrollaron en el ámbito civil general (43 %), a los que cabe sumar el 19 % de los casos civiles que corresponden específicamente a divorcios, separaciones u otros problemas de familia. Un tercio de los encuestados (32 %) han tenido un juicio laboral; el 26 %, un juicio penal, y el 12 %, un juicio contencioso-administrativo.

275 Vid.: Metroscopia. La imagen de la Justicia entre los usuarios de sus servicios. Madrid, 2023 - <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Archivo-de-notas-de-prensa/Los-espanoles-satisfechos-con-el-trato-correcto-e-imparcial-recibido-de-la-Justicia-a-la-que-consideran-independiente-y-competente> (consultado el día 9 de abril de 2025).

El 83 % de los encuestados considera que la actitud del juez fue respetuosa, siendo un 11 % los que opinan lo contrario. En el caso de los que ganaron el juicio, son un 92 % los que opinan que fueron tratados con respeto; lo mismo opinan un 77 % de los que perdieron o aún no conocen la sentencia.

Un porcentaje muy similar, el 81 %, opina que la actitud del juez fue imparcial, frente al 13 % que cree que no lo fue. El juez fue imparcial para el 89 % de los que ganaron el caso y para el 73 % de los demás.

Durante la celebración del juicio, el 71 % afirma que el juez escuchó con atención los argumentos de su abogado. La opinión contraria la han expresado el 20 por ciento de los encuestados. El juez estuvo atento para el 84 % de los que ganaron y para el 58 % de los que no lo hicieron o están pendientes del resultado.

En relación con la imparcialidad mostrada por el juez o tribunal, el 80 % dice confiar en la imparcialidad de la sentencia, mientras que un 15 % duda de la misma. El porcentaje de los que confían en la imparcialidad del órgano judicial aumenta hasta el 93 % entre los que ganaron y es del 67 % entre los demás.

Tras haber tenido contacto con la Justicia, la confianza en el sistema judicial es buena para el 47 % de los encuestados. En concreto, la confianza ha aumentado para el 14 % de ellos y sigue siendo más bien buena para el 33 por ciento. El mismo porcentaje (48 %) sigue teniendo una opinión negativa: para el 33 % ha disminuido la confianza en la Justicia y el 15 % mantiene una opinión más bien mala.

El trato, la independencia y las formas de proceder del juez obtienen buenas puntuaciones entre los usuarios de la Justicia. En una escala de puntuación de cero a diez, el trato correcto e imparcial ha obtenido un 7,8; la independencia del juez, un 7,7 y la forma de actuar del juez, un 7,2. La confianza del usuario en la Justicia antes de acudir a ella ha obtenido una puntuación de 7.

VI CONFIGURACIÓN DEL CGPJ COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL, GARANTE DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL.

La concepción expuesta de la independencia del Poder Judicial es compartida, en sus líneas generales, por todos los países de nuestra área jurídico-política. Pero algunos de esos países han incorporado a sus Constituciones garantías específicas a fin de que esa independencia no se vea perturbada por medios más indirectos o sutiles. Tal fue el caso de Italia, en su Constitución de 1947²⁷⁶, o de Portugal en la suya de 1976²⁷⁷, y siguiendo, en parte su ejemplo, el de España en la vigente CE.

La CE, en su artículo 122.2 y 3, ha regulado fragmentariamente el CGPJ, de modo tal que no todos sus rasgos o elementos pueden deducirse de aquella ordenación parcial por parte de la norma fundamental²⁷⁸. El texto constitucional se limita a definir al CGPJ como órgano de gobierno del poder judicial, a establecer que tendrá funciones en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de los integrantes del poder judicial (artículo 122.2 CE) y a fijar los elementos esenciales del sistema de nombramiento de sus vocales y la extensión temporal del mandato de estos (artículo 122.3 CE). La finalidad del CGPJ es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado.

VI.1. Sobre el debatido tema de la naturaleza del CGPJ

276 Vid.: Pérez-Cruz Martín, A. J. y Suárez Robledano, J.M. Independencia judicial y ..., ob. cit., pp. 215-220.

277 Ibídem., pp. 235-240.

278 S. TC 108/1986, de 28 de julio.

Sobre el debatido tema acerca de la naturaleza del CGPJ²⁷⁹ y su estrecha vinculación con la independencia del poder judicial -en cuanto uno de los tres poderes tradicionales del Estado, junto con el legislativo y el ejecutivo-; independencia que "*constituye una pieza esencial de nuestro ordenamiento como del de todo Estado de Derecho*"²⁸⁰. A tales efectos, es necesario recordar la doctrina del TC tanto sobre lo que no es el CGPJ -expresión orgánica del autogobierno judicial y de carácter representativo-, como sobre lo que es en términos constitucionales -órgano constitucional autónomo de gobierno del Poder Judicial y garante de la independencia judicial-. a) Frente a la tesis que sostenía que la independencia del poder judicial comportaba el autogobierno judicial y la representatividad interna, siendo el CGPJ su expresión orgánica, el TC ha afirmado que "*ni tal autonomía y facultad de autogobierno se reconocen en la Constitución ni se derivan lógicamente de la existencia, composición y funciones del Consejo*", pues "*lo que se consagra es la independencia de cada Juez a la hora de impartir justicia*"; lo que el constituyente ha querido es "*crear un órgano autónomo que desempeñe determinadas funciones, cuya asunción por el Gobierno podría enturbiar la imagen de la independencia judicial, pero sin que de ello se derive que ese órgano sea expresión del autogobierno de los Jueces*"²⁸¹.

Del mismo modo, tampoco cabe admitir un supuesto carácter representativo del CGPJ, pues "*ese carácter ni se reconoce en el Texto constitucional, ni se desprende de forma necesaria de la naturaleza del Consejo, al no ser éste, como se ha dicho, órgano de una supuesta autoorganización de los Jueces*"²⁸². En esta línea, el TC ha sostenido la incompatibilidad de la condición del CGPJ como órgano de gobierno del poder judicial con la de actuar a efectos procesales como representante del poder judicial «*pues ello estaría en contradicción con el principio constitucional de "independencia de Jueces y Magistrados" (artículos 117.1 C.E.) y ese presunto carácter representativo habría de admitirse también del lado pasivo, sujetando así al miembro integrante del Poder Judicial a instancias o actuaciones judiciales del propio Consejo*»²⁸³.

El CGPJ se erige, por mandato del constituyente, en el órgano constitucional autónomo de gobierno del Poder Judicial, asumiendo determinadas funciones --nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de los integrantes del poder judicial- que han sido sustraídas al ejecutivo con la finalidad de reforzar la independencia judicial²⁸⁴.

La independencia judicial se predica de todos y cada uno de los jueces en cuanto ejercen la función jurisdiccional, quienes precisamente integran el Poder Judicial o son miembros de él porque son los encargados de ejercerla *ex* artículo 117. 1 CE²⁸⁵. El TC., en SS. TC 238/2012, 37/2012, de 19 de marzo, ha señalado que la independencia del poder judicial "*implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del legislativo y del ejecutivo*", y añadimos "*que, en el ejercicio de su función constitucional, el Juez es libre en cuanto que sólo está sujeto al imperio de la ley. O, dicho de otro modo, que los Jueces y Tribunales son independientes porque están sometidos únicamente al Derecho. Independencia judicial y sumisión al imperio de la ley son, en suma, anverso y reverso de la misma medalla*". Con el fin de asegurar la independencia de cada juez o tribunal en

279 Vid.: Sánchez Barrios, M^a I. El Consejo General del Poder Judicial como órgano garante de la independencia jurisdiccional (Tesis Doctoral). Universidad de Salamanca, Salamanca, 1994.

280 S. TC 108/1986, de 28 de julio.

281 S. TC 108/1986, de 28 de julio.

282 S. TC 108/1986, de 28 de julio.

283 SS. TC 45/1986, de 28 de julio y 128/2023, de 3 de octubre.

284 Cfr.: S. TC 108/1986, de 28 de julio.

285 SS. TC 108/1986, de 28 de julio y 128/2023, de 3 de octubre

el ejercicio de su jurisdicción, "[l]a misma Constitución prevé diversas garantías [...]. En primer término, la inamovilidad, que es su garantía esencial (artículo 117.2); pero también la reserva de LOTC para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados (artículo 122.1), y su régimen de incompatibilidades (artículo 127.2)"; si bien matizamos que esa independencia "tiene como contrapeso la responsabilidad y el estricto acantonamiento de los Jueces y Magistrados en su función jurisdiccional y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en defensa de cualquier derecho (artículo 117.4), disposición esta última que tiende a garantizar la separación de poderes"²⁸⁶.

En relación con esa independencia judicial, la CE atribuye al CGPJ una función de garante de la misma, que no exige «que sea el órgano de autogobierno de los Jueces sino en que ocupe una posición autónoma y no subordinada a los demás poderes públicos»²⁸⁷.

VI.2.- La necesaria intervención del legislador en el establecimiento del régimen jurídico del CGPJ: límites constitucionales.

La falta de concreción constitucional y el necesario desarrollo legislativo del modelo han llevado al TC a pronunciarse, en más de una ocasión, sobre diferentes aspectos de la regulación del CGPJ, estableciendo, de este modo, el alcance de las facultades del legislador o, en otras palabras, los límites que de forma implícita o explícita se reconocen a la potestad normativa de desarrollo de las previsiones constitucionales sobre el CGPJ. En concreto, a los efectos de este recurso, hemos de atender a los pronunciamientos emitidos en relación con: (a) el sistema de nombramiento y renovación de sus miembros; y (b) las funciones atribuidas al CGPJ y su configuración legal.

Por otra parte, el legislador orgánico está condicionado, sin duda, por lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 122 CE, «por el respeto, también, a la "naturaleza del Consejo"»²⁸⁸ y por lo que impongan, en general, las demás reglas y principios constitucionales.

Pero no pesan sobre él más límites, de modo que bien puede decirse que la vinculación de la ley a la CE es, aquí también, de carácter negativo, excluyente de toda transgresión constitucional, pero no impositiva de una sola configuración del órgano, acabada en todos sus extremos²⁸⁹. Por otro lado, el legislador tiene un margen de libertad suficiente "para atender a eventualidades que, por anómalas o atípicas que sean, pueden llegar a verificarse y que no fueron objeto de expresa prevención por la norma fundamental"²⁹⁰.

VI.2.1. Sistema de nombramiento de los Vocales y su renovación

En cuanto al sistema de nombramiento de los vocales y su renovación tras el cumplimiento del mandato de cinco años (artículo 122.3 CE), debe destacarse que:

(i) No existe una definición constitucional excluyente del sistema de nombramiento de los vocales del CGPJ, siendo posible, dentro del marco constitucional, que la propuesta para su nombramiento proceda en todo o en parte del Congreso o del Senado; y ello porque, en último término, "la posición de los integrantes de un órgano no tiene por qué depender de manera ineludible de quienes sean los encargados de su designación, sino que deriva de la situación que les otorgue el ordenamiento jurídico. En el caso del Consejo, todos sus Vocales, incluidos los que forzosamente han de ser propuestos por las

²⁸⁶ SS. TC 108/1986, de 28 de julio y 128/2023, de 3 de octubre

²⁸⁷ SS. TC 108/1986, de 28 de julio y 128/2023, de 3 de octubre

²⁸⁸ SS. TC 108/1986, de 28 de julio y 128/2023, de 3 de octubre

²⁸⁹ Cfr.: SS. TC 49/2008, de 9 de abril y 191/2016, de 15 de noviembre

²⁹⁰ S. TC 191/2016, de 15 de noviembre

*Cámaras y los que lo sean por cualquier otro mecanismo, no están vinculados al órgano proponente, como lo demuestra la prohibición del mandato imperativo (artículo 119.2 de la LOPJ) y la fijación de un plazo determinado de mandato (cinco años), que no coincide con el de las Cámaras y durante los cuales no pueden ser removidos más que en los casos taxativamente determinados en la Ley Orgánica (artículo 119.2 citada)"*²⁹¹; prohibición de mandato imperativo que, en todo caso, es expresión del principio de separación de poderes consagrado por el texto constitucional.

(ii) En cuanto al modo de renovación del CGPJ, si parcial o general, nada dispone al respecto el artículo 122.3 CE, lo que significa que la renovación en su integridad del CGPJ es una opción legítima del legislador orgánico -es, de hecho, la fórmula por la que ha optado el legislador desde el principio-, no siendo inconcebible algún sistema de renovación del órgano por partes²⁹².

(iii) La renovación íntegra del CGPJ presupone o exige una situación de normalidad institucional de la que se derivan dos consecuencias: por una parte, *"ambas Cámaras han de proceder a sus propuestas [...] con la mayor simultaneidad posible y dentro siempre del respeto del plazo que al efecto prescribe la Ley Orgánica del Poder Judicial"*; por otra parte, *«de no producirse demoras contrarias a la ley en la propuesta de una de las Cámaras, el mandato de cinco años de los vocales (artículo 1 22.3 CE) deviene, obviamente, mandato colegiado del órgano y así lo prevé, el artículo 568.1: "[e]l Consejo General del Poder Judicial se renovará en su totalidad cada cinco años"»*²⁹³.

(iv) No existen objeciones constitucionales a que la ley orgánica prevea opciones subsidiarias para la hipótesis de que *"debiendo concurrir ambas Cámaras, por separado, a la designación de los vocales cuya propuesta les corresponde, tan sólo una de ellas, por los motivos que sean, esté en condiciones de cumplir su cometido"*; y eso porque *«por mandato del artículo 122.3 CE, la propuesta corresponde a cada una de las Cámaras, al Congreso de los Diputados y al Senado, no, pues, al órgano "de estructura global", "plural" o compleja que son las Cortes Generales (SSTC 45/1986, de 17 de abril, FFJJ 2 y 4, y 155/2005, de 9 de junio, FJ 5) ni a éstas últimas, obviamente, en sesión conjunta»*²⁹⁴.

(v) Del mismo modo, no cabe apreciar objeciones constitucionales a una regulación que prevea que los vocales nombrados como sustitutos de los inicialmente designados supuesto de nombramiento tardío-, no se mantengan en el cargo más allá del mandato que corresponde al órgano como tal²⁹⁵.

VI.2.2. Funciones del Consejo General del Poder judicial

En relación con las funciones atribuidas al CGPJ ex artículo 122.2 CE y por el legislador orgánico en el ejercicio de su potestad normativa de desarrollo constitucional, de atenderse a los criterios siguientes:

(i) En la medida en que el CGPJ se define por ser una garantía específica de la independencia judicial, a la hora de regular sus funciones, se le deben atribuir necesariamente las *«que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los Tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos Jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y*

291 S. TC 108/1986, de 28 de julio

292 Cfr.: S.TC 191/2016, de 15 de noviembre

293 S. TC 191/2016, de 15 de noviembre

294 S. TC 191/2016, de 15 de noviembre

295 S. TC 191/2016, de 15 de noviembre

*separado. Es, desde luego, una solución posible en un Estado de Derecho, aunque, conviene recordarlo frente a ciertas afirmaciones de los recurrentes, no es su consecuencia necesaria ni se encuentra, al menos con relevancia constitucional, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales»*²⁹⁶.

(ii) Fuera del marco de atribuciones que la CE confiere al CGPJ (artículo 122.2 CE), y una vez regulados por la LOPJ «la constitución, el funcionamiento y el gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera (artículo 122.1 CE)», nada impide que *«la misma Ley Orgánica pueda atribuir al Gobierno de la Nación o al Consejo General del Poder Judicial, indistintamente, competencias sobre todas aquellas materias que no afecten a dicho marco de atribuciones, constitucionalmente reservado al Consejo a través de la precisión que haga la LOPJ»*²⁹⁷.

(iii) En el ejercicio de estas funciones, es necesario recordar que «la norma fundamental configura el CGPJ como una institución "no subordinada a los demás poderes públicos", en general»; por ello, los vocales del CGPJ «no están ligados por mandato imperativo alguno ni pueden ser removidos de su cargo por decisión o a impulso de cualquier otro poder público (artículos 58.1 y 582.1 LOPJ), de tal manera que el Consejo, independiente sin duda del Gobierno, lo es también respecto de las Cortes Generales, sin que entre aquél y éstas medie "una vinculación de dependencia política" que el constituyente, como en su día advertimos, también quiso evitar (STC 238/2012, FJ 8, y jurisprudencia allí citada)»²⁹⁸.

(iv) En relación con la competencia de nombramientos atribuida al CGPJ, ha precisado el TC «que garantizaba la independencia del Poder Judicial respecto del Poder Ejecutivo. Por tanto, no debe entenderse a priori que el Poder Legislativo ataque la independencia judicial al cambiar la regulación sobre nombramientos, cuando actúa en ejercicio del mandato constitucional contenido en el artículo 122.1 CE de determinar, mediante la Ley Orgánica del Poder Judicial "la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único"; y añadimos, que entre las garantías o cautelas orientadas a reforzar la independencia judicial no se encuentra «la prohibición de modificar la legislación relativa al gobierno del Poder Judicial en el momento y en el sentido que el legislador entienda más oportunos, y siempre dentro del respeto a las reglas de contenido material y formal definidas por el bloque de la constitucionalidad»²⁹⁹.

(v) Igualmente en el marco de la función de nombramiento, respecto del concreto supuesto de provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, precisa el TC que el CGPJ «respetará el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE), el respeto al derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE), así como el respeto a los principios de mérito y capacidad que han de inspirar el acceso a la función pública (artículo 103.3 CE) y [...] el ascenso en la carrera judicial»; más allá de este marco constitucional, «no se puede deducir del texto de la Constitución límite alguno impuesto al legislador orgánico a la hora de configurar el modo concreto en que el Consejo General del Poder Judicial adopta las decisiones relativas a la provisión de plazas de nombramiento discrecional»³⁰⁰.

296 Cfr.: SS. TC 108/1986, de 28 de julio; 105/2000, de 13 de abril; 238/2012, de 13 de diciembre y 191/2016, de 15 de noviembre

297 S. TC 105/2000, de 13 de abril

298 S. TC 191/2016, de 15 de noviembre

299 S. TC 238/2012, de 13 de diciembre

300 Cfr.: STC 238/2012, de 13 de diciembre.

VII LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN SERIO RIESGO DE QUIEBRA

La Comisión Europea, en su Informe sobre el Estado de Derecho (2024)³⁰¹ insiste, puesto que ya se había referido a ello en años anteriores, en que las declaraciones públicas de políticos, incluso del Gobierno, en las que se critica al Poder Judicial erosionan la confianza pública en el poder judicial: *“El deterioro de dicha confianza es especialmente importante en relación con las declaraciones de los miembros de los poderes legislativo y ejecutivo, ya que todos los poderes del Estado deben fomentar y preservar la confianza de la ciudadanía en las instituciones constitucionales, incluido el poder judicial.”*³⁰².

Lamentablemente dichas declaraciones públicas siguen reiterándose. La reciente imputación del FGE por delito de revelación de secretos ha suscitado un cúmulo de manifestaciones procedentes de responsables políticos y miembros del Gobierno, cuestionando sistemáticamente las decisiones tomadas por el Juez Instructor del TS que buscan manifiestamente poner en tela de juicio de instrucción judicial. Lamentablemente, este cuestionamiento encuentra comprensión en académicos³⁰³

Sin duda, las manifestaciones de la S. General del PSOE-A y Vicepresidente primera del Gobierno y Ministra de Hacienda, M^a Jesús Montero, en un mitin, celebrado en Sevilla, el pasado día 29 de marzo de 2025³⁰⁴, tras la STSJ, de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, n.º 109/2025, de 28 de marzo³⁰⁵, considerando que era una “vergüenza” y cuestionando

301 Vid.: Comisión Europea. https://commission.europa.eu/publications/2024-rule-law-report-communication-and-country-chapters_es (consultado el día 23 de abril de 2025).

302 Comisión Europea. Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión (Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en 2024 ..., cit.

303 Vid.; Sánchez-Cuenca, I. Jueces en celo. Diario El Mundo, día 3 de diciembre de 2024, afirma: “Pues bien, cuando se observa la superposición de estos casos judiciales, parece que algunos jueces aplican un celo excepcional al sopesar las denuncias que se presentan contra el Gobierno o el PSOE. Es como una especie de huelga de celo selectiva. Consiste en aplicar la ley con escrupulosidad extrema cuando las denuncias van en una cierta dirección. No se trata necesariamente de prevaricar ni de aplicar torticeramente la ley, sino de establecer unos niveles de exigencia que no se cumplen en casos parecidos.” - <https://elpais.com/opinion/2024-12-03/jueces-en-celo.html> (consultado el día 23 de abril de 2025).

304 Vid.: Valle Alcalá, G. del sostiene que: “Así lo ha pontificado, con su cerrilidad habitual, Irene Montero: la ley del sólo sí es sí es la garantía contra lo que ha ocurrido. ¿Y frente a qué es garantía semejante esperpento legislativo? Al parecer, frente a los cimientos más básicos del Estado de derecho, en el que una condena penal reside en un acervo probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, no en monsergas proferidas desde ningún púlpito, ni en sumos pontífices de las esencias identitarias que determinan, a priori y según los atributos de cada uno, quién miente y quién dice la verdad, quién es inocente y quién culpable.” -Jaurías contra la presunción de inocencia. Diario El Mundo, día 14 de abril de 2025 - <https://www.elmundo.es/opinion/2025/04/14/67fba0f7fc6c8394328b45a0.html> (consulta el 23 de abril de 2025).

305 Vid.: De Lora del Toro, P. ‘Caso Alves’: presumir la inocencia y probar la culpabilidad. Diario El Mundo, de 2 de abril de 2025 -<https://www.elmundo.es/opinion/2025/04/02/67ebcb0e9cf4ad3608b45a5.html> (consultado el día 13 de abril de 2025); Ferrer Beltrán, J. Dani Alves absuelto: un análisis del razonamiento judicial. Agenda Pública - <https://agendapublica.es/noticia/19753/dani-alves-absuelto-analisis-razonamiento-judicial> (consultado el día 13 de abril de 2025).

la presunción de inocencia³⁰⁶, han merecido la respuesta unánime del Pleno del Consejo General del Poder Judicial³⁰⁷ y de las Asociaciones de Jueces/ Magistrados y Fiscales³⁰⁸.

Las críticas a las decisiones judiciales se esgrimen como instrumento democrático de control del Poder Judicial. Efectivamente, las críticas a las decisiones judiciales son parte de un sistema democrático sólido, de un diálogo democrático. Sin embargo, dichas críticas constituyen una auténtica falacia pues, no sólo se plantean en términos estrictamente políticos, mientras que los Jueces toman sus decisiones en clave legal, tal y

306 Decía literalmente: “todavía se cuestione el testimonio de una víctima y se diga que la presunción de inocencia está por delante del testimonio de mujeres jóvenes, valientes, que deciden denunciar a los poderosos, a los grandes, a los famosos”.

307 Declaración institucional del CGPJ, de 1 de abril de 2025): “A la vista del debate suscitado en los últimos días sobre la sentencia 109/2025, de 28 de marzo, de la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial desea manifestar lo siguiente:

En primer lugar, la revisión por tribunales superiores de lo resuelto por tribunales inferiores forma parte de la normalidad del Estado de Derecho. El sistema de recursos se establece para buscar el acierto de la decisión última. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no escapa a este principio y también está sujeta a los procedimientos de revisión previstos en las leyes procesales.

En segundo lugar, la protección y apoyo a las víctimas, en especial de delitos contra la libertad sexual, no implica renunciar a la presunción de inocencia, que es un derecho fundamental.

En tercer lugar, el Pleno confía en la profesionalidad y capacitación técnica de las magistradas y los magistrados intervinientes en el caso, tanto de la Audiencia Provincial de Barcelona como del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y quiere trasladarles todo su apoyo con independencia del sentido de sus decisiones.

Es responsabilidad de los representantes políticos, cuando discrepan de una resolución judicial, compatibilizar su legítimo derecho a la crítica con la preservación de la confianza de la ciudadanía en las instituciones.” (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/-Declaracion-institucional-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-> (consultado el día 13 de abril de 2025).

308 Vid.: Comunicado Conjunto de las AAJJyFF sobre las declaraciones de María Jesús Montero “Ante las recientes declaraciones de la vicepresidenta primera del Gobierno, María Jesús Montero, calificando de «vergüenza» la sentencia absolutoria del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el caso de Dani Alves, y cuestionando que la presunción de inocencia prevalezca «sobre el testimonio de mujeres jóvenes que denuncian a personas poderosas», las asociaciones judiciales y fiscales firmantes expresamos lo siguiente:

Respeto a la independencia judicial

La independencia del Poder Judicial es un pilar fundamental del Estado de Derecho. Las resoluciones judiciales se adoptan tras un análisis exhaustivo de las pruebas presentadas y conforme a la legislación vigente. Es esencial que las instituciones y representantes públicos respeten y respalden la labor de los jueces y magistrados, evitando comentarios que puedan socavar la confianza en nuestro sistema judicial.

Importancia de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un derecho fundamental recogido en nuestra Constitución y en los tratados internacionales suscritos por España. Garantiza que ninguna persona sea considerada culpable hasta que se demuestre su responsabilidad penal mediante pruebas suficientes y obtenidas conforme a derecho. Cuestionar este principio básico puede poner en riesgo las garantías procesales y la equidad en los juicios.

Protección de los derechos de las víctimas

Reconocemos la importancia de proteger y apoyar a las víctimas de delitos, especialmente en casos de violencia de género y agresiones sexuales. Es fundamental que las víctimas se sientan respaldadas y que sus testimonios sean valorados con la seriedad y sensibilidad que merecen. Esta protección debe coexistir con el respeto a los derechos fundamentales de los acusados, asegurando un equilibrio que garantice la justicia en cada caso concreto.

Llamado a la responsabilidad institucional

Instamos a todos los representantes públicos a ejercer la máxima responsabilidad en sus manifestaciones, especialmente cuando se refieren a decisiones judiciales. Las críticas a resoluciones judiciales son legítimas, pero han de ser fundadas y contextualizadas ya que de otro modo pueden erosionar la confianza de la ciudadanía en las instituciones y pone en peligro el Estado de Derecho.

Las asociaciones judiciales y fiscales firmantes reiteramos nuestro compromiso con la defensa de los principios constitucionales, la protección de los derechos de las víctimas y la garantía de un proceso judicial justo e imparcial para todas las partes involucradas.” - <https://www.juecesdemocracia.es/2025/03/31/comunicado-conjunto-de-las-aajjyff-sobre-las-declaraciones-de-maria-jesus-montero/> (consultado el día 13 de abril de 2025).

como ha quedado de manifiesto anteriormente (Epígrafe IV), sino porque pretenden sustituir el proceso con todas las garantías por la opinión manifestada, desde claros posicionamientos sesgados, en los debates llevados a cabo en medios de comunicaciones o redes sociales que conforman una opinión pública que automáticamente descalifica las decisiones judiciales cuando no coincide el fallo judicial con la opinión formada³⁰⁹.

Afirma Aragón Reyes que: *“La extrema gravedad de tales pronunciamientos resulta incuestionable, ya que impugnan de raíz la base más sólida del sistema constitucional democrático, que no es otra que el Estado de derecho. Esto es, la exigencia de que las instituciones políticas y, por supuesto, las mayorías que en cada momento se proyecten en la composición de las mismas han de estar sometidas a los límites que la Constitución impone, y por ello al control que, para dotar de eficacia a esa limitación, han de realizar unos órganos judiciales independientes. Si no fuera así, la democracia mudaría en despotismo, que no dejaría de serlo porque lo ejerciera la mayoría política surgida de las elecciones.”*³¹⁰.

Pese a que las manifestaciones públicas mencionadas de un relevante cargo del Consejo de Ministros y Ministras constituyen una grave vulneración de la presunción de inocencia en su dimensión extraprocesal³¹¹, así como a la independencia judicial, la CE no contempla ninguna medida efectiva y eficaz ante tal situación salvo el amparo institucional del GGJ, previsto en el artículo 14.1 LOPJ, carente de su oportuno desarrollo³¹², lo que imposibilita la exigencia de responsabilidad a quien las profiere.

Precisan Ron Lata y Lousada Arochenada que el artículo 14 de la LOPJ contempla hasta cuatro mecanismos que se ofrecen a los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia, aunque todos ellos se enuncian en la norma de una manera muy general, a saber:

“1º. El primero es ponerlo en conocimiento del CGPJ, aunque no se concreta en modo alguno lo que este debe hacer después de que se le haya dado conocimiento de la inquietud o perturbación de la independencia judicial, si bien se presupone que, de verificar la certeza de esa inquietud o perturbación, se amparará al juez o magistrado inquietado o perturbado, de ahí que a este mecanismo de defensa se le conozca como amparo, que es el objeto específico de nuestro estudio.

2º. El segundo es dar cuenta de los hechos al juez o tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, pero sin aclarar ni cuál es el orden judicial competente ni cuál es el procedimiento adecuado, debiendo suponer que quiere referirse al orden

309 Vid.: S. TS., Sala 2ª, nº 587/2014, de 18 de julio afirma: “«(...) es innegable que todo proceso penal en el que los sujetos activos o pasivos tengan relevancia pública, genera un interés informativo cuya legitimidad está fuera de dudas y que, por mandato constitucional, goza de la protección reforzada que el art. 20 de la CE otorga al derecho de comunicar y recibir libremente información veraz.”.

(..) Sin embargo, hasta tanto surjan soluciones normativas que ajusten la publicidad del proceso a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, no cabe otra opción que analizar, en cada caso, si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación. (...) (...) En definitiva, la imparcialidad no sólo se afirma cuando el desenlace del proceso se distancia de un estado de opinión preexistente. La eventual coincidencia no tiene por qué ser la prueba de un menoscabo de la imparcialidad. Lo decisivo, al fin y al cabo, es el alcance de la motivación exteriorizada (..) y su conexión con los elementos de convicción ofrecidos por las distintas fuentes de prueba (..)”.

310 Los jueces no se enteran de quién ha ganado las elecciones. cit.

311 Cfr.: SS. TEDH de 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España; de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España y de 16 de febrero de 2016, asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España; SS. TC. 8/2017, de 19 de enero; 10/2017, de 30 de enero; 85/2019, de 19 de junio; 97/2020, de 21 de julio; 77/2023, de 20 de junio.

312 Vid.: Ron Latas, R. Lousada Arochena, F. El amparo institucional del Consejo General del Poder Judicial a jueces o magistrados inquietados o perturbados en su independencia. Anuario da Facultad de Derecho da Universidade da Coruña, 2019, Vol. 23, pp. 411-428.

judicial penal y del procedimiento penal correspondiente a los hechos de que se trate, pues solo en el supuesto de ser delictivos bastaría con dar cuenta para que se inicie el procedimiento adecuado por el juez o tribunal competente.

3°. *El tercero es practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico, diseñando una suerte de autotutela que, por los términos literales utilizados, aparenta pensada para los jueces o tribunales del orden penal, aunque también se pueden imaginar diligencias a utilizar por tribunales que no lo fueran del orden penal, como sería el ejercicio de la policía de vistas a efectos de guardar el orden en juicios orales.*

4°. *El cuarto es solicitar del Ministerio Fiscal que promueva las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial, que es lo mismo que efectivamente puede hacer el juez o magistrado inquietado o perturbado, aunque es curioso que, pudiéndolas promover estos por sí mismos, opten por pedirselo al Ministerio Fiscal. Igualmente se establece en la norma que el Ministerio Fiscal también puede promover por sí mismo las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial. Dicho sea de paso, estas competencias del Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia del juez o magistrado inquietado o perturbado, se compadecen con la función que le asigna el artículo 124 de la CE de “velar por la independencia de los Tribunales”³¹³.*

Cuando la perturbación a la independencia judicial de Jueces y Magistrados proviniese de otros Jueces y Magistrados procederá que el CGPJ en cuanto que es infracción disciplinaria muy grave “la intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez o magistrado” (artículo 417.4 LOPJ), y que son infracciones disciplinarias graves “interesarse, mediante cualquier clase de recomendación, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro juez o magistrado” (artículo 418.2 LOPJ) y “corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción” (artículo 418.4º LOPJ)³¹⁴.

Sería, finalmente, viable el recurso a la vía penal al amparo de lo dispuesto en el artículo 508 CP. Sobre el citado precepto legal existe escasa jurisprudencia; se trata de un delito de sujeto propio y que solo cabe en su modalidad doloso³¹⁵, el delito atenta contra los fundamentos mismos del Estado social y democrático de derecho y cuestiona la división de los poderes del Estado; no todo aquello que pueda influir en el ánimo de un Juez constituye la acción típica del delito, sino la acción que se dirige a perturbar la libertad del Juez o Magistrado en el ejercicio de sus funciones, debiendo apreciarse la concurrencia del *animus* de pretender arrogarse o atribuirse funciones propias de los tribunales para que pueda apreciarse la existencia del delito³¹⁶. Dicho delito, en criterio del TS “... se consuma con el simple hecho de perturba la decisión del Juez, independientemente de que se alcance o no el fin apetecido por el usurpador ...”³¹⁷.

El delito de usurpación de funciones requiere de la concurrencia de los elementos siguientes:

- Un elemento objetivo constituido por el ejercicio de actos propios de la autoridad o funcionario público cuyo carácter oficial se atribuye al sujeto activo del delito.

313 *Ibíd.*, pp. 414-415.

314 *Ibíd.*, p. 415.

315 Cfr.: Barja de Quiroga, J., Granados Pérez, C., Martínez Arrieta, A., Martínez-Arrieta Márquez de Prado, C. y Villegas García, M^a A., Código Penal. Comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico). Ed. COLEX. 16ª ed. A Coruña, 2018, p. 1713.

316 Cfr.: Sánchez Melgar, J. (Coord.). Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo II. 4ª ed. Ed. Sepin. Madrid 2016, p. 3285.

317 S. TS., Sala 2ª, nº 312/2006, de 14 de marzo.

- Un elemento subjetivo constituido por la asunción de la función pública o profesión falsamente invocados, asunción que tanto puede hacerse por vía oral como por la vía de hecho con tal de que sea bastante para engañar al sujeto o colectividad ante los que se invoca y que los actos propios de la función usurpada sean no solo los comprendidos taxativamente en una disposición legal o reglamentaria que regule tales actos, sino también los comprendidos en la línea general o en el contexto de las atribuciones conferidas a la autoridad o funcionario público.
- Conocimiento de la antijuricidad de los actos practicados.
- Conciencia y voluntad por parte del sujeto de su irregular actuación³¹⁸.

En el orden planteado, necesariamente, debe hacerse referencia a la situación suscitada por la respuesta de la AP de Sevilla, mediante providencia, con ocasión de la ejecución de lo dispuesto en las SS. TC, en relación con el denominado “caso ERE”^{319 320}.

La situación se deriva de las decisiones tomadas por el TC en el “caso ERE”, acordando la rebaja de las penas, impuestas por la AP de Sevilla, S., nº 490/2019, de 19

318 Cfr.: SS. TS., Sala 2ª, de 9 abril 1984, 12 diciembre 1985 y 29 octubre 1992.

319 Vid.: SS. TC. núms. 94/2024, de 2 de agosto (rec. de amparo interpuesto por M.A.S.A.); 95/2024, de 2 de agosto (rec. de amparo interpuesto por A.F.G.); 96/2024, de 2 de agosto (rec. de amparo interpuesto por F.V.S.); 97/2024, de 2 de agosto (rec. de amparo interpuesto por J.Mª. R.R.); 98/2024, de 2 de agosto (rec. de amparo interpuesto por C.M.A.); 99/2024, de 28 de agosto (rec. de amparo interpuesto por M.Ch.G.); 100/2024, de 28 de agosto (rec. de amparo interpuesto por A.G.M.); 101/2024, de 28 de agosto (rec. de amparo interpuesto por J.M.C.); 102/2024, de 28 de agosto (rec. de amparo interpuesto por G.Z.A.); 103/2024, de 28 de agosto (rec. de amparo interpuesto por A.V.L.P.).

320 Vid.: los posicionamientos doctrinales en torno al planteamiento adoptado por el TC. han sido dispares. Sostiene Gimbernat Ordeig que: “En el caso de los ERE, la AP de Sevilla y el TS, aunque sea implícitamente, han condenado a los ex altos cargos andaluces por haberse servido de los “instrumentos” de los parlamentarios andaluces, quienes aprobaron los proyectos de ley gubernamentales, ignorando que la finalidad oculta de la absoluta ausencia de los preceptivos controles en las partidas presupuestarias en cuestión iba dirigida a hacer posibles las cienmillonarias malversaciones ejecutadas por los autores materiales de las mismas. Como desde hace bastante tiempo en muchos Códigos Penales se regula la autoría mediata -en España desde el CP 1995-, también la condena de Griñán por parte de los tribunales ordinarios se basa, entre otras consideraciones, en una aplicación e interpretación consecuentes del vocablo “instrumento” contenido en el art. 28, párr. 1 CP 1995, aplicación e interpretación en la que no se le ha perdido nada al TC.” (El Tribunal Constitucional y las malversaciones de los ERE. Diario El Mundo, día 18 de setiembre de 2024 - <https://www.elmundo.es/opinion/2024/09/18/66e96c76e4d4d83c0e8b45a6.html> (consultado el día 14 de abril de 2025)).

Por su parte, sin la profundidad jurídico-penal, expresada por Gimbernat Ordeig, más en clave constitucional De la Cuadra-Salcedo que: “Que la interpretación de la ley penal esté reservada al poder judicial no puede llevarse, como es lógico, al extremo -como es doctrina del TC y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- de que cualquier interpretación de las normas penales haya de respetarse, aunque sea absurda, extravagante o imprevisible. Si se admitieran tal tipo de interpretaciones absurdas o imprevisibles, cualquiera podría ser condenado no por lo que dice una ley previa y cierta, sino por lo que dice un tribunal de justicia desbordando la ley. Tribunal que se erigiría, en la práctica, en el auténtico legislador, acabando con la separación de poderes.

Por eso las sentencias de los ERE del TC han evitado escrupulosamente hasta donde era posible entrar en el ámbito de las lícitas interpretaciones alternativas de los tipos penales reservadas al poder judicial, pero no podían sustraerse al deber de declarar la vulneración del derecho a la legalidad penal por las interpretaciones imprevisibles de las sentencias de la Audiencia de Sevilla y del TS que afectan a los poderes constitucionales y estatutarios del Ejecutivo y rompen con la doctrina contencioso-administrativa sobre lo que es “asunto administrativo” para calificar como tales lo que dicha doctrina ha calificado siempre como “actos políticos”. Lo mismo ocurre con el derecho fundamental a la presunción de inocencia que corresponde al poder judicial interpretar, pero no hasta el punto de romper tal presunción sin motivación suficiente, que es lo que el TC, garante último y supremo de tal derecho, declara -argumentándolo exhaustivamente- que ha sucedido con las sentencias anuladas.” -El Constitucional y las sentencias sobre los ERE (I). Diario El País, día 16 de julio de 2024 - <https://elpais.com/opinion/2024-07-16/el-tribunal-constitucional-y-las-sentencias-sobre-los-ere-el-normal-funcionamiento-de-las-instituciones-i.html> (consultado el día 14 de abril de 2025)).

de noviembre³²¹ y TS., Sala 2ª., nº 749/2022, de 13 de setiembre³²², a nueve de condenados y la anulación de la sentencia para uno de ellos se le ha anulado, resolviendo los recursos de amparo planteados por que varios de los condenados.

El argumento utilizado por el TC, en todos los casos, es similar al que empleó para M. Á. (primera condena rebajada): el TC consideró que no se puede condenar a los acusados por aprobar los proyectos de presupuestos autonómicos que permitieron desviar fondos públicos a través del Instituto de Fomento de Andalucía a empresas de los miembros de la trama.

Los condenados, por la AP de Sevilla y confirmada por el TS, fueron juzgados delito continuado de prevaricación en concurso medial con malversación de caudales públicos. Los condenados fueron declarados culpables por diseñar transferencias económicas en los presupuestos de Andalucía entre los años 2002 y 2009 cuyo destino eran ayudas sociolaborales a empresas en crisis. Esas ayudas eran gestionadas sin control legal por el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), ahora Agencia IDEA. Según la justicia ordinaria, los dirigentes socialistas desplazaron dinero de los presupuestos a la agencia IFA sin supervisión de dónde se invertía ese dinero posteriormente. Luego, el dinero de esas subvenciones se usaba para beneficiar a empresas cuyos dueños eran las personas que formaban parte de la trama.

La justicia ordinaria consideró que desviaban dinero público y lo maquillaban como subvenciones sociolaborales para entidades privadas que no se encontraban en crisis y cuyos dueños eran las personas implicadas. En total fueron juzgadas y condenadas casi una veintena de personas.

El TC decidió que 10 de los 12 condenados, que presentaron recurso de amparo, no pueden ser condenados por la aprobación de los proyectos de ley de los presupuestos de Andalucía posteriores a 2001 (como inicialmente sí condenó la AP de Sevilla y confirmó el TS), ordenando la retroacción de las actuaciones para que la AP de Sevilla dictase nueva sentencia en los términos dispuestos por el TC.

En 2002, M.A., ex consejera de Economía propuso en el proyecto de los presupuestos un programa llamado “3.1 L” con el que adjudicaba los fondos desviados a IFA bajo la fórmula de ayudas sociolaborales. En S.TC., resolviendo el recurso de amparo planteado por M.A., la primera que se dio a conocer argumentó las razones que han llevado a ordenar rebajar su pena; el mismo criterio ha sido adoptado en el resto de las sentencias. Según el TC, la mayoría de los recurrentes en amparo no podrían haber sido condenados por aprobar los proyectos presupuestarios, ya que *“este tipo de actuaciones, ni son resoluciones ni han recaído en un asunto administrativo, al tratarse de actos dictados por el Poder Ejecutivo en el ejercicio de su función de gobierno que le atribuye el*

321 Sentencia recaída en la pieza principal, se juzgó a 22 ex altos cargos de la Junta de Andalucía -entre ellos, a los dos ex presidentes M.Ch. y J.A.G.-, a muchos de los cuales se les acusaba de haber promovido, posibilitado, favorecido o cooperado, de alguna manera, con las malversaciones que otros habían ejecutado directamente. La mencionada sentencia de la AP de Sevilla condenó a 10 de los acusados por un delito de prevaricación en concurso medial con otro de malversación y a nueve por un delito de prevaricación, absolviendo al resto de los acusados.

322 Vid.: una opinión especialmente crítica se expresa por Quintero Olivares al señalar que: “Ha aparecido la Sentencia del caso ERE (STS 749/2022 de 13 de septiembre) anunciada hace más de un mes, con mil doscientas páginas de extensión, que parecen querer conferir confiere a la sentencia una garantía de profundidad y rigor que ha de mantenerla a salvo de cualquier censura. Pero lo cierto es que el fallo, al igual que el previo de la AP de Sevilla, está plagado de razonamientos que, al igual que los que en su día se vertieron en la instrucción, no pueden superar el filtro de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales de la autoría y la participación y de los delitos de prevaricación y malversación. El cerrado aplauso que ha recibido el fallo por parte de la oposición externa e interna (PP y UP) no tiene la virtud de certificar su justicia y corrección, aunque contribuye a crear un ambiente de anatema contra quien se atreva a cuestionarlo.” –La sentencia de los ERE y algunas perlas jurídicas no cultivadas. <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-los-ere-y-algunas-perlas-juridicas-no-cultivadas> (consultado el día 14 de abril de 2025).

Estatuto de Autonomía de Andalucía”. El TC considera, además, que al ser propuestas que debe aprobar el Parlamento de Andalucía posteriormente, “no pueden ser sometidas a control jurisdiccional” debido al principio de separación de poderes.

En ejecución de lo dispuesto el TC, la Audiencia Provincial de Sevilla debía revisar todas las sentencias y dictar nuevas penas para los condenados por el “caso ERE” de Andalucía³²³. Sin embargo, la AP., de Sevilla, mediante providencia 18 de marzo de 2025, acordó dar trámite de audiencia a las partes previamente a plantear, en su caso, cuestión prejudicial ante el TJUE. La AP, de Sevilla, Sección Primera, recaba la opinión de las partes en orden a saber “*si el TC se ha extralimitado en la función de control que le corresponde, invadiendo ámbitos reservados a la jurisdicción de los jueces y tribunales al revisar, a través de una interpretación alternativa de elementos normativos de los tipos penales de prevaricación y de malversación de caudales públicos, la valoración probatoria y el juicio de subsunción realizado por la Audiencia Provincial de Sevilla y por el Tribunal Supremo*”.

Los jueces de la Audiencia preguntan a las partes “*si la interpretación del Tribunal Constitucional sobre las leyes de presupuesto de Andalucía de los años 2002 a 2009 se opone a la normativa y jurisprudencia comunitaria, al dejar al margen de todo control aquello que tenga que ver con la actividad presupuestaria desde la fase inicial de elaboración de los presupuestos a la fase final de su ejecución, lo cual podría generar una situación de desprotección del patrimonio público y una merma del correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de la confianza de la sociedad en el manejo honesto de fondos públicos y de los deberes de fidelidad y transparencia que tienen los funcionarios públicos a cuyo cargo se encuentran los bienes de administración pública*”.

También cuestiona la AP “*la posibilidad de que dicha doctrina incumpla las exigencias internacionales de lucha contra la corrupción política, siendo incompatible con lo dispuesto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la lucha contra el fraude y contra la actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión, de prevenir y combatir la corrupción en general y de prever la aplicación de sanciones eficaces y disuasorias en caso de que tales infracciones se produzcan*”.

El TC, a través del Secretario de Justicia del Pleno, solicitó a la AP, de Sevilla, la resolución que había dictado en ejecución de las sentencias, en los términos previstos en el artículo 92 LOTC, que estimaron los recursos de amparo en el caso de los ERE “*para tener oficialmente un documento que era público, con el fin de deliberarlo en el Pleno*”, ya que esa es su “*forma habitual de comunicación con los órganos judiciales*”.

La LAJ, de la Sección Primera de la AP de Sevilla, firmó una diligencia de ordenación en la que da cuenta de que se ha recibido un oficio por parte del “*Secretario del Tribunal Constitucional solicitando la remisión del testimonio de la providencia de fecha 18 de marzo*”. Y la respuesta desde la Audiencia no deja de ser menos contundente: “*únase a los autos de su razón y con carácter previo, se interesa que se justifique la finalidad o razón de ser de tal solicitud*”.

A raíz de esta resolución, el presidente del TC encargó un informe a los letrados del TC. Finalmente, el TC no ha tomado ninguna decisión, hasta el momento, en relación con la iniciativa de planteamiento de cuestión prejudicial planteada por la AP de Sevilla, Sección 1ª.

323 El denominado “caso ERE” se refiere a las malversaciones por un importe de 680 millones de euros de fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía que tuvieron lugar en la primera década del presente siglo. A la vista de la multitud de malversaciones cometidas por numerosos autores materiales, la causa principal se trocó en más de 100 piezas separadas, algunas de las cuales ya han sido juzgadas -dictándose sentencias condenatorias- por la Audiencia Provincial (AP) de Sevilla, mientras que las restantes piezas se encuentran todavía pendientes de la celebración de juicio oral o en fase de instrucción.

Es preciso poner de manifiesto que el artículo 267 TFUE prescribe que el planteamiento de una cuestión prejudicial es una prerrogativa o facultad del órgano jurisdiccional competente para resolver el fondo del asunto. El fundamento de dicha prerrogativa es doble, a saber: “*por un lado, la primacía del derecho de la UE y la interpretación auténtica de ese derecho por parte del TJUE para garantizar su uniformidad en los 27 Estados miembros. Por otro, la independencia judicial de la que debe gozar en todo momento el juez competente de un caso en la UE, ya aplique derecho nacional, ya derecho europeo.*”³²⁴.

No puede ignorar el TC el reforzamiento de la independencia judicial por el artículo 19 TUE, desde la reforma de Lisboa y “... desde 2018 por la abundante jurisprudencia para proteger a los jueces de Polonia, Hungría y Rumanía de actuaciones de gobiernos autocráticos (iliberales) y tribunales constitucionales despóticos.”³²⁵.

El TJUE se ha pronunciado, en distintas ocasiones³²⁶, rechazando las actuaciones de tribunales constitucionales frente al derecho de la UE.

El TJUE ha tenido ocasión de manifestarse en distintas ocasiones sobre la tutela judicial efectiva como la expresión concreta del Estado de derecho y la independencia es esencial para garantizar la tutela judicial³²⁷.

Cabe traer a colación, finalmente, la S. TJUE, de 21 de diciembre de 2021, *caso Euro Box*, respondiendo afirmativamente a la inaplicación de S. TC. rumano por ser contrarias al derecho de la UE, pues el principio de primacía se opone a una normativa o a una práctica nacional que vincule a los jueces ordinarios a las resoluciones del TC nacional en esas circunstancias de confrontación. No en otras. En tales casos, los órganos inferiores deben desechar las sentencias del TC que el TJUE estime contrarias a las obligaciones europeas del Estado, sin que se le impongan sanciones ni se anulen sus peticiones. En la S. *caso Euro Box*, el TJUE añade que “*la obligación de luchar eficazmente contra la corrupción no se limita únicamente a los casos de corrupción que afecten a los intereses financieros de la Unión*”³²⁸.

Bibliografía

- Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (2004) Modelos comparados de organización judicial y régimen de selección o elección de jueces y magistrados. P.J., nº 75. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Alegre Ávila, J. M. (1988) La Ley Orgánica del Poder Judicial y los concursos entre juristas de reconocido prestigio para el acceso a la carrera judicial. P.J., nº 11. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Almagro Nosete, J. (1988) Formación y selección del personal judicial, en Consideraciones de Derecho Procesal. Ed. José-Mª Bosch. Madrid.
- Álvarez Conde, E. (1983) Algunas consideraciones sobre la posición constitucional del Poder Judicial, en *El Poder Judicial*. Vol. I. Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.
- Álvarez-Buylla y Ballesteros, M. M. (2000) El acceso de juristas a la carrera judicial: la situación de los Procuradores. La Ley, 2000, nº 5163. Ed. La Ley. Madrid.
- Álvarez Cienfuegos Suárez, J. M. (1994) El sentido de lo justo en la Constitución y su proyección en el proceso interpretativo del Juez, a través de los derechos fundamentales, en «Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso administrativa». - VV.AA.-. C.D.J. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

324 Mangas Martín, A. El Tribunal Constitucional enfrentado a la independencia judicial y a la UE. Diario El Mundo, día 7 de abril de 2025 - <https://www.elmundo.es/opinion/2025/04/07/67f24f24e85ece053b8b458b.html> (consultado el día 14 de abril de 2025).

325 Ibídem.

326 Vid.: SS., de 15 de julio de 1964, caso Costa 6/1964 y de 9 de marzo de 1978, caso Simmenthal 106/76.

327 Vid.: S., Gran Sala, de 19 de setiembre de 2009, caso Wilson, C-506/04.

328 Vid.: Mangas Martín, A. El Tribunal Constitucional enfrentado a la independencia judicial y, cit.

- Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M^a (2004) La jurisprudencia como posible fuente del ordenamiento jurídico, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*. -VV.AA. y Trillo Torres, Bacigalupo Zapater, E. y Lucas Murillo de la Cueva, P., Coords.-. Madrid.
- Álvarez Linera y Uría, C. (1982) Notas sobre la independencia del Poder Judicial. Tomo1. Ed. La Ley. Madrid.
- Andrés Ibáñez, P. (1989) Independencia e intendencia. Diario El País de 3 de noviembre.
- Andrés Ibáñez, P. y Movilla Álvarez, C. (1986) El Poder Judicial. Ed. Tecnos. Madrid.
- Andrés Ibáñez, P. (1996) Sobre el asociacionismo e independencia judicial. J.D., nº 25. Ed. Asociación de Jueces y Juezas para la Democracia. Madrid.
- Andrés Ibáñez, P. (2015) Tercero en Discordia. Jurisdicción y Juez del Estado constitucional (Prólogo de Luigi Ferrajoli. Ed. Trotta. Madrid.
- Aragón Reyes, M. Los jueces no se enteran de quién ha ganado las elecciones. Diario El Mundo, día 27 de marzo de 2025.- <https://www.elmundo.es/opinion/2025/03/27/67e3db7ffdddf00a98b45bf.html> (consultado el día 13 de marzo de 2025).
- Arozamena Sierra, J. (1986) La carrera judicial. España. P.J., nº esp. X. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Associazione nazionale magistrati italiani. Congresso nazionale (2004) Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini: atti del 27. Congresso nazionale Associazione nazionale magistrati, -Brutti Liberati, E., a cura di.-. Milano.
- Asencio Mellado, J. M^a (2022) El Poder Judicial y su destrucción. Diario Información, día 13 de setiembre.
- Auger Liñan, C. (1985) La formación y selección del personal judicial. D. Jc., núms. 45-46.
- Bacigalupo Zapater, E. (1994) El Tribunal Supremo i la unitat de l'ordre jurídic penal. Justiforum, nº 1. Ed. Generalitat de Catalunya: Centre d'Estudis Jurídics i Formació. Barcelona.
- Berizonde, R. O. (2001) Carrera judicial, consejos de la judicatura e institutos de capacitación judicial en América del Sur. C.Pr., nº 12.
- Bacigalupo Zapater, E. (2001) Jurisprudencia y seguridad jurídica, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. -VV.AA.-. E.D.J. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Bacigalupo Zapater, E. (2002) Sobre la vinculación del Juez penal a la ley, en *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid.
- Balaguer Castellón, M. (2000) Juez y Constitución. R.D.Pol., nº 47. Ed. UNED. Madrid.
- Beccaria, C. (2011) De los Delitos y de las penas –prefacio de Calamandrei, P., edición bilingüe de Andrés Ibáñez, P., texto italiano establecido por Francioni, G.- Ed. Trotta. Madrid.
- Beceña González, F. (1928) Magistratura y Justicia. (Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial). Librería General de Victoriano Suárez. Madrid.
- Belloch Julbe, J. A. (1991) Jueces y derecho de huelga. J.D., núms. 16/17. Ed. Asociación de Jueces y Juezas para la Democracia, Madrid.
- Belloch Julbe, J. A. (1988) Notas sobre el acionismo judicial. P.J., nº esp. V. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Blasco Gascó, F. P. (2001) Funciones y eficacia de la norma jurisprudencial. en “*La fuerza vinculante de la jurisprudencia* –VV.AA.-. EDJ. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Blasco Gascó, F. P. (2001) Derecho judicial y derecho jurisprudencial (nobles sueños, pesadillas y vigiliass del juez). J.D., nº 41. Ed. Asociación Jueces y Juezas para la Democracia. Madrid.
- Barja de Quiroga, J, Granados Pérez, C., Martínez Arrieta, A., Martínez-Arrieta Márquez de Prado, C. y Villegas García, M^a A. (2018) Código Penal. Comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico). Ed. COLEX. 16^a Ed. A Coruña.
- Brey Blanco, J. L. (2004) Los jueces y la política ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático. Foro, Nueva Época, nº 00. Ed. Universidad Complutense. Madrid.
- Burgos, G. (2004) Independencia judicial en América Latina ¿de quién? ¿para qué? ¿Cómo?. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Textos de Aquí y Ahora Bogotá.
- Calamandrei, P. Proceso y Democracia (Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de UNAM) -1969- (trad. de Fix Zamudio, H.). Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
- Calvo Sánchez, M^a C. (2009) Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional. Ed. Atelier. Barcelona.
- Cachón Cadenas, M. (2019). Francisco Beceña. Un procesalista de primera hora. Ed. Atelier. Barcelona.
- Carmona Ruano, M. (1985) La selección y formación del juez profesional. D.Jc., núms. 42-44.
- Cavero Lataillade, I. (1983) Artículo 127. Prohibición de afiliación partidista y sindical. Posibilidades asociativas y régimen de incompatibilidades, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española*. -VV.AA. y Alzaga Villaamil, Ó., Dtor.-. Vol. IX.
- Collado González, J. M. (1993) Iniciativa autonómica para la convocatoria del cuarto turno. (Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional 158/1992, de 26 de octubre). B.I.M.J., nº 1660. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid

- Collet, M. (2003) Le controle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes. (Tesis Doctoral). París.
- Calvo Rojas, E. (1986) La carrera judicial. España. P.J., nº esp. X. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Caminal i Badí, F. (2000) L'ingrés en la carrera judicial. l'accès a la funció jurisdiccional: el casl dels torns. Autonomia i Justícia a Catlaunya. Consell Consultiu. Barcelona.
- Carmona Ruano, M. (2000) El papel de las asociaciones y sindicatos en la formación de los magistrados. J.D., nº 38. Asociación de Jueces y Juezas para la Democracia. Madrid.
- Carretero Pérez, A. (1983) El modelo del Poder Judicial en la Constitución en El Poder Judicial –VV.AA.–. Tomo I. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.
- Cattaneo, M. (1966) Illuminismo e Legislazione. Edizioni di Comunita. Milano.
- Clavero Salvador, B. (1991) Los derechos y los jueces. Madrid, 1988; Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades (Medel). Estatuto europeo de la Magistratura. -trad. Andrés Ibáñez, A.-. J.D., 1991, núms. 16-17.
- Comas D'Argemir i Cendra, M. (2004) La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la judicatura. C.D.P., nº 21. Ed. Instituto Nacional de Administración Pública. Ministerio de Hacienda y Función Pública. Madrid.
- Comisión Europea (2024). Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión. Informe sobre el Estado de Derecho de 2024 (Capítulo sobre la situación del Estado de derecho en España) que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social y al Comité de las Regiones. Bruselas, 24 de julio.
- Cortiñas-Pelaez, L. (2010) Poder ejecutivo y función jurisdiccional. Contribución de Derecho constitucional comparado al estudio del Estado autoritario: del ocaso de la justicia en América Latina. 3ª ed., Ed. TEMIS. Bogotá.
- De la Cuadra-Salcedo, T. El Constitucional y las sentencias sobre los ERE (I). Diario El País, día 16 de julio de 2024 - <https://elpais.com/opinion/2024-07-16/el-tribunal-constitucional-y-las-sentencias-sobre-los-ere-el-normal-funcionamiento-de-las-instituciones-i.html> (consultado el día 14 de abril de 2025).
- De Lora del Toro, P. 'Caso Alves': presumir la inocencia y probar la culpabilidad. Diario El Mundo, de 2 de abril de 2025 - <https://www.elmundo.es/opinion/2025/04/02/67ebc0e9cf4ad3608b45a5.html> (consultado el día 13 de abril de 2025).
- De la Nuez Sánchez-Cascado, E. y Teruel Lozano, G. (2024). Informe. Estado de Derecho 2024. Ed. Fundación Hay Derecho. Madrid
- Díez-Picazo Giménez, L. Mª. (2001) El sistema francés de acceso a la judicatura, selección y formación inicial en *El acceso a la función judicial. Estudio comparado* -VV.AA.-. M.F.C., nº 13.
- Díez-Picazo Giménez, L. Mª. (2004) Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el Derecho español, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional: Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978* -Bacigalupo Zapater, E, Lucas Murillo de la Cueva, P., Trillo Torres, R.-, Coords. y VV.AA.-. Madrid.
- Díez-Picazo Giménez, L. Mª Teoría e ingeniería de la independencia judicial. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1250323 (consulta el día 22 de abril de 2025).
- Dieter S. (1985) La independencia del Juez. -trad. Ximénez Carrillo, R.-. Ed. Ariel. Barcelona.
- Dromi, R. (1992) Los Jueces. ¿Es la Justicia un tercio del Poder?. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires.
- Ensor, R.C.J. (1935) Jueces y tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania. -trad. de Gómez Orbaneja, E.-. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- Fairén Guillén, V. (1957) Las relaciones entre el Poder Legislativo y el Judicial y las infracciones a la Constitución de 1812: (en torno al caso Fitzgerald). A.D.P.C.P., nº 1. Ed. BOE. Madrid.
- Fernández Farreres, G. (1983) Las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados en *El Poder Judicial*. Vol. II. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.
- Fernández Gabriel, J. R. (2003) La selección y la formación permanente del Juez, una reforma esperada. La Ley, nº 5886. Ed. La Ley. Madrid.
- Fernández Valverde, R. Jaque mate al Poder Judicial. Diario El Mundo, día 8 de setiembre de 2022 - https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1225819.
- Ferrajoli, L. (1995) Jurisdicción y democracia. J.D., nº 24. Ed. Asociación de Juezas y Jueces para la Democracia. Madrid.
- Ferrajoli, L. (2020). Iura Paria. Los fundamentos de la democracia constitucional. ed. de D. Ippolito y F. Mastromartino -trad. de A. Greppi-. Ed. TROTТА. Madrid.
- Ferrajoli, L. (2007) El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. -trad. de Boicchio, D. y revisión técnica de la traducción por Ortiz Flores, J.- en *La prueba, reforma del proceso penal y*

- derechos fundamentales*. -Reyna Alfaro, L.M., Arocena, G.A. y Cienfuegos Salgado, D., Coords. y VV.AA.-. Madrid.
- Ferrajoli, L. (2019) Consideraciones generales sobre la independencia de los Jueces en La independencia judicial: un constante asedio –Nieva Fenoll, J. y Oteiza, E.- Ed. Marcial Pons. Madrid.
- Ferrer Beltrán, J. Dani Alves absuelto: un análisis del razonamiento judicial. Agenda Pública - <https://agendapublica.es/noticia/19753/dani-alves-absuelto-analisis-razonamiento-judicial> (consultado el día 13 de abril de 2025).
- Gabaldón López. (1989) Control democrático del Poder Judicial. P.J., nº XVII (especial). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Gallego Morales, A. y Monereo Pérez, J. L. (2002) La asociación profesional y el derecho de huelga de Jueces, magistrados y discales, en Comentario a la Constitución socioeconómica de España. - VV. AA. y Monereo Pérez. J. L., y otros, Coords.-. Granada;
- García Pablos de Molina, A. (2006) Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*. -VV.AA.-. C.D.J., Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- García Pascual, (1997). Legitimidad democrática y poder judicial. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- García Pascual, C. (1997) Legitimidad democrática y Poder Judicial. Edicions Alfons El Magnànim. Valencia.
- Garrido Carrillo, F. J. (2009) El estatus de Jueces y Magistrados. Ed. Universidad de Granada. Granada.
- Gény, F. (2018) Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo. Ediciones Jurídicas Olejnik. Santiago de Chile.
- Gimbernag Ordeig, E. El Tribunal Constitucional y las malversaciones de los ERE. Diario El Mundo, día 18 de setiembre de 2024 - <https://www.elmundo.es/opinion/2024/09/18/66e96c76e4d4d83c0e8b45a6.html> (consultado el día 14 de abril de 2025).
- Gimeno Sendra, V. (1981) Fundamentos de Derecho Procesal. Ed. Civitas. Madrid.
- Gimeno Sendra, V. (2018) Manual de Derecho Procesal Penal. 2ª Ed. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas. Madrid.
- Gómez Fröde, C. X. (2013) La legitimación democrática de nombramientos de los Jueces. ¿Quién designa?, cómo de designa, en *Rigor científico y Práctica forense. (Libro Homenaje a los Profs. Serra Domínguez y Vázquez Sotelo*. Ed. Atelier. Barcelona.
- González-Cuellar García, A. (1986) Formación y perfeccionamiento de Jueces y Magistrados. P.J., nº esp. V. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- González Granda, P. (1993) Independencia del Juez y control de su actividad. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- González-Varas Ibáñez, S. (1994) El sistema alemán de formación continuada de Jueces y Fiscales. Las condiciones para ser Juez y otras cuestiones de organización de las Jurisdicciones y Tribunales. P.J., 1994, nº 34. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- González Pérez, J. (2008) La selección de los jueces. Ed. Thomson Civitas. Pamplona.
- González Rivas, J. J. (1983) La independencia judicial. Especial consideración del artículo 122 de la Constitución española de 1978, en *El Poder Judicial* -VV.AA.-. Vol. II. Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.
- Gordillo García, M. La independencia del Poder Judicial ante el Tribunal constitucional. en *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Madrid.
- Gonzales Mantilla, G. (200) Los jueces, carrera judicial y cultura jurídica. Palestra Editores S.A.C. 1ª Ed.. Lima.
- Guarnieri, C. (1981) L'indipendenza della Magistratura. Ed. CEDAM. Padova.
- Guarnieri, C. (2011) El acceso a la magistratura; problemas teóricos y análisis comparado, en *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*. -VV. AA- MFC., nº 13. Ed. Fiscalía General del Estado. Madrid.
- Guasp Delgado, J. (1959) Problemas fundamentales de organización judicial. R.D.Pol., nº 45.
- Hernández García, J. (2008) Hacia la reforma del sistema de acceso a la función judicial (a modo de introducción). J.D., nº 63. Ed. Asociación de Jueces y Juezas para la Democracia. Madrid.
- Hernández García, J. y Saiz Arnaiz, A. (2003) La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente). A.J. Ar., nº 568.
- Hernández Martín, V. (1991) Independencia del juez y desorganización judicial. E. Civitas. Madrid.
- Hernández Marin, R. (2005) Las obligaciones básicas de los jueces. Madrid.
- Huertas Contreras, M. (1995) El Poder Judicial en la Constitución española. Ed. Universidad de Granada. Granada.
- Jaén Vallejo, M. (2006) ¿Jurisprudencia vinculante?. R.G.D.P., nº 8. Ed. Iustel. Madrid.
- Jiménez Villarejo, L. (1989) La independencia del Poder Judicial y sus relaciones con el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, en *El Poder Judicial en Europa*. -VV.AA.-. Vol. I. Madrid.

- Jiménez Asensio, R. (2001) El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio, en *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*. -VV.AA.-. M.F.C. Madrid.
- Jiménez Asensio, R. (2001) A modo de conclusiones: un panorama (incompleto) de los sistemas de acceso a la judicatura en Europa, en *El acceso a la función judicial. Estudio comparado* -VV-AA-. M.F.C. Ed. Fiscalía General del Estado. Madrid.
- Jiménez Asensio, R. (2002) La selección de jueces en España. Barcelona.
- Lesmes Serrano, C. Discurso de Apertura del Poder Judicial (2022) - https://www.elconfidencial.com/espana/2022-09-07/lesmes-discurso-apertura-ano-judicial-arremete-partidos_3486529/
- Loewenstein, K. (2018). Teoría de la Constitución –*Verfassunglehre*- (trad. de Gallego Anabitarte, A.). 2ª Ed., Ed. Ariel Derecho. Barcelona.
- López Guerra, L. (2000) La fuerza vinculante de la jurisprudencia. A.J. Ar., nº. 44. Ed. Aranzadi. Pamplona.
- López Barja de Quiroga, J. (2014) Introducción a la teoría del Estado. La legitimación. Ed. Tiran Lo Blanch. Valencia.
- Lorca Navarrete, A. Mª (2021) El Poder Judicial. Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián.
- Magro Servet, V. (2002) Hacia una nueva estructura de la organización y carreras judiciales. La Ley, nº 5583. Ed. La Ley. Madrid.
- Mangas Martín, A. El Tribunal Constitucional enfrentado a la independencia judicial y a la UE. Diario El Mundo, día 7 de abril de 2025 - <https://www.elmundo.es/opinion/2025/04/07/67f24f24e85ece053b8b458b.html> (consultado el día 14 de abril de 2025).
- Marín Castan, F. Funciones de las asociaciones de Jueces y Magistrados. P.J., 1986, nº esp. V. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Marino, R. de (1988) La independencia de los Tribunales garantía de su función», R.D.P., nº 2. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (R.I.D.P.). Madrid.
- Martín Martín, G. y Martínez Tristán, F. G. (2003) Derecho Judicial. Estatuto de Jueces y Magistrados. Situaciones e incompatibilidades. Inspección de tribunales. Ed. Aranzadi. Pamplona.
- Martín Ríos, P. (2020) Independencia y responsabilidad disciplinaria judicial: especial mención a las «diligencias informativas». REDC, nº 118. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Madrid.
- Martínez Carcerada y Gómez, L. (1970). Independencia del Poder Judicial. Ed. Revista de Derecho Judicial. Madrid.
- Martínez Moya, J. y Sáez Rodríguez, Mª C., Coords. y VV.AA. (2021) La protección social de la Carrera Judicial. 2ª ed. Ed. BOE. Madrid.
- Martínez Sospedra, M. (1994) Jueces, Consejo General del Poder Judicial. Sobre la inadecuación del modelo de Juez funcionario a las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho Notas para un debate. RGD., nº 603. Augusto Vicente y Almela. Madrid
- Martínez Sospedra, M. (1995) El nacimiento del Juez reclutado por oposición: el artículo 94 de la C.E. de 1869 y la L.O.P.J. de 1870. R.G.D., nº 607. Ed. Augusto Vicente y Almela. Madrid.
- Martínez Sospedra, M. (1996) El Juez funcionario y sus presupuestos: el nacimiento del juez ordinario reclutado por oposición (el artículo 94 de la Constitución de 1869 y el sistema de la L.O.P.J. de 1870). R.C.G., nº 39. Ed. Augusto Vicente y Almela. Madrid.
- Martínez Moya, J. (2001) La realidad del precedente jurisprudencial. Especial referencia a la problemática de su recepción por los Juzgados de Instancia (2001), en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. -VV.AA.-. E.D.J. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Mateo Lage, F. de (1998) El Estatuto especial de los Magistrados del Tribunal Supremo y la Ley Orgánica 5/1997. La Ley, núm. 4672. Ed. La Ley. Madrid.
- Maza Martín, J. M. (1986) Asociaciones de Jueces y Magistrados. P.J., 1986, nº esp. V. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Montero Aroca, J. (1979) Introducción al Derecho Procesal. Ed. Civitas. Madrid.
- Montero Aroca, J. (1986) La función jurisdiccional y el «status» de Jueces y Magistrados. Justicia, 1986, nº I. Barcelona.
- Montero Aroca, J. (1988). Selección de licenciados y formación de jueces, en *Trabajos de Derecho Procesal*. Barcelona.
- Montero Aroca, J. (1990) Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez en la práctica postconstitucional, en *Estudios jurídicos en honor a José Gabaldón López*. -Hernández Gil, A., Dtor., Coord. y Prólogo, VV.AA.-. Ed. Trivium. Madrid.
- Moral Soriano, L. M. (2000) Los precedentes del Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoría de los precedentes. P.J., nº 57. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

- Moreli, A. (2014) La libertad de asociación política de Jueces en Europa frente a los principios de independencia e imparcialidad. *Rev. F.D.y Pol.*, nº 19. Universidad Carlos III de Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Madrid.
- Monereo Pérez, J. L. (1993) Límites subjetivos del derecho de huelga: reflexiones críticas. R.L. Tomo II.
- Obarrio Moreno, J. O. (2022) A nuestros viejos maestros. *Diario ABC*, día 7 de noviembre.
- Ojeda Avilés, A. (1992) Límites constitucionales al derecho de huelga de Jueces, Magistrados y Fiscales. J.D., núms. 16-17. Ed. Asociación de Jueces y Juezas para la Democracia. Madrid.
- Ollero Tassara, A. (1993) Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial. P.J., nº 32. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Ollero Tassara, A. (2005) Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. 2ª Ed. Ed. Marcial Pons. Madrid.
- Ordeñana Gezuraga, I. (2005) Contribución al debate sobre la entrada a la abogacía, a la procuraduría y a la judicatura en España. El caso de Inglaterra y Gales. R.V.D.P.A., 2005, nº 2. Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián.
- Otto y Pardo, I. de (1989) Estudios sobre el Poder Judicial. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid.
- Parejo Alfonso, L. (1993) Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y de la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa. Ed. Tecnos. Madrid.
- Peces Morate, J. E. (1986) La carrera judicial. España. P.J., nº esp. X. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Pedraz Penalva, E. (1990) Sobre el «poder» judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial en Constitución, Jurisdicción y proceso. Ed. Akal/iure. Madrid.
- Pérez-Cruz Martín, A. J. y Méndez López, I. (1995) Modificaciones introducidas por la L.O. 16/1994, de 8 de noviembre en la L.O. 6/1985, del Poder judicial en relación con el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Juez de Licenciados en Derecho, Abogados y juristas de reconocido prestigio con más de seis años de ejercicio profesional. A y D., nº 37. Madrid.
- Pérez-Cruz Martín, A. J. (2015) Constitución y Poder Judicial. Ed. Atelier. Barcelona.
- Pérez-Cruz Martín, A. J. y Soto Díaz, D. (2016) El Consejo General del Poder Judicial como garante constitucional de la independencia judicial en Los desafíos de la Justicia en la Era post crisis. - VV. AA. y NEIRA Pena, A. Mª, Dtora., Bueno de la Mata, F. y Pérez Gaipo, J., Coords.-. Ed. Atelier, S.A. Barcelona.
- Pérez-Cruz Martín, A. J. y Suárez Robledano, J. M. (2016) Independencia Judicial y Consejos de la Judicatura y Magistratura (Europa, EE.UU. e Iberoamérica). Ed. Atelier, Barcelona.
- Pérez-Cruz Martín, A. J. (2017) La independencia judicial en España. Motivos para la preocupación. en *Cuestiones Actuales de Derecho Procesal*. -VV.AA. y Rodríguez Tirado, A. Mª, Coord.-. Ed. Tirant lo Blanch Valencia.
- Pérez-Cruz Martín, A. J. (2019) Juez independiente e imparcial en la persecución de los delitos. en *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. -VV.AA. y Rodríguez-García, N., Carrizo González-Castell, A. y Rodríguez López, F., Edts. y Sánchez Bernal, J. y Carrillo del Teso, A E., Coords.-. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- Pérez-Cruz Martín, A. J. (2020) Consejo General del Poder Judicial: un barco a la deriva. a propósito de la reforma (2013) y contrarrefoma (2018). en *Estudios de Derecho probatorio y otros estudios*. Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra. -VV.AA., Asencio Mellado, J. Mª, Dtor. y Rosell Corbelle, A., Coord.-. Ed. Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas. Madrid.
- Pérez-Cruz Martín, A. J. (2022) Independencia e imparcialidad judicial. *Ius Constitutionale*, nº 3. Ed. Corte Constitucional del Ecuador. Quito.
- Pérez-Cruz Martín, A. J. (2023) La independencia judicial en España. ¿Mito o realidad?. “*Proceso como garantía. VIII Memorial Manuel Serra*”. -Asencio Mellado, J. Mª y Fuentes Soriano, O., Dtores. y AA. VV.- Ed. Atelier. Barcelona.
- Pico y Junoy, J. (1995) Límites a la actividad docente de Jueces y Magistrados. (Estudio del artículo 389.5º L.O.P.J.). P.J., nº 38. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Podetti, R. J. (1948) Trilogía Estructural de la ciencia del proceso. *Revista de derecho procesal*, Argentina.
- Prieto Sanchís, L. (1988) Ley, principios, derechos, en *Cuadernos Bartolomé de Las Casas*. Madrid.
- Quintero Olivares, G. -La sentencia de los ERE y algunas perlas jurídicas no cultivadas. <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-los-ere-y-algunas-perlas-juridicas-no-cultivadas> (consultado el día 14 de abril de 2025).
- Ramos Méndez, F. *Derecho y Proceso* (1978). Librería Bosch. Barcelona.
- Ramos Méndez, F. (2001) *Bibliografía Procesal Española (1978-2000)*. J.M. Bosch Editor. Barcelona.
- Ramos Méndez, F. (2016) ¿Es necesaria una ley de desorganización del Poder Judicial?. en *Elogio de la nada procesal*. Ed Atelier. Barcelona.
- Requejo Pages, J. L. (1989) *Jurisdicción e independencia judicial*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

- Requero Ibañez J. L. (1990) El sistema de oposición libre para el ingreso en la carrera judicial. La Ley. Tomo 1. Ed. La Ley. Madrid.
- Requero Ibañez, J. L. Quieren otra judicatura. Diario La Razón, día 3 de diciembre de 2024 - https://www.larazon.es/opinion/quieren-otra-judicatura_20241203674e430d1258380001f232fa.html (consulta el día 22 de abril de 2025).
- Rodríguez Padrón, C. (2002) Referencias históricas sobre la Carrera Judicial. R.D.Públ., nº 15. Ed. Marcial Pons. Madrid.
- Rodríguez-Zapata Pérez, J. (1986) El Poder judicial como límite del control de la potestad de las Cortes Generales. REDC., nº 9. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y memoria Democrática. Madrid.
- Román García, F. (2000) El acceso de los discapacitados al desempeño de funciones públicas en el ámbito de la administración de justicia, en *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad* - Alzaga Villamil, Ó., López Guerra, L., Arnaldo Alcubilla, E., Cabra de Luna, M. A., De Lorenzo García, R. (Dtores.). y VV.AA.-. Ed. Fundación ONCE/Vía Libre. Madrid.
- Ron Latas, R. y Lousada Arochena, F. (2019) El amparo institucional del Consejo General del Poder Judicial a jueces o magistrados inquietados o perturbados en su independencia. Anuario da Facultad de Derecho da Universidade da Coruña, Vol. 23.
- Ruiz Vadillo, E. (1987) El artículo 117. Poder Judicial, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*. -VV.AA. y Alzaga Villamil, O., Dtor.-. Vol. IX. Ed. Edersa. Madrid.
- Salinas, F. (2007) Los retos de la formación judicial continuada. J.D., nº 58. Ed. Asociación de Jueces y Juezas para la Democracia. Madrid.
- Sánchez Barrios, M^a. I. (1994) El Consejo General del Poder Judicial como órgano garante de la independencia jurisdiccional (Tesis Doctoral). Universidad de Salamanca, Salamanca.
- Sánchez Cuencas, I. Jueces en celo. Diario El País, día 3 de diciembre de 2024 - <https://elpais.com/opinion/2024-12-03/jueces-en-celo.html> (consultado el día 23 de abril de 2025).
- Sánchez García, J. C. y Álvarez-Buylla y Ballesteros, M. (2003) El acceso de los Procuradores a la judicatura: baremación de los méritos y propuestas de *lege ferenda*. A.J. Ar., nº 586. Ed. Aranzadi. Pamplona.
- Sánchez Melgar, J., Coord. (2016) Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo II. 4ª ed. Ed. Sepin. Madrid.
- Schidt, C. Teoría de la Constitución (*Verfassungslehre*) -2011- (trad. de Ayala, F. y Epílogo de García Pelayo, M. Ed. Alianza. Madrid.
- Serra Cristóbal, R. (2008) El derecho de asociación de los Jueces: asociacionismo profesional y asociación del Juez a asociaciones no profesionales. REDC., nº 83. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y memoria Democrática. Madrid.
- Serra Domínguez, M. La administración de Justicia en España (1993) en *La administración de Justicia en Iberoamérica* -Ovalle Favela, J., Coord. y VV.AA.-. México.
- Serrano Albarca, J. M. (2001) Comentarios a los artículos 117 a 127 de la Constitución, en *Comentarios a la Constitución* -VV.AA. y Garrido Falla, M.-. 3ª Ed. ed. Civitas. Madrid.
- Secondat, C. L. Barón de Montesquieu (1985) *Esprit des Lois* -trad. de Blázquez, M., y De Vega, P. e introducción de Tierno Galván, E.- Ed. Tecnos, Madrid.
- Senese, S. (1991) Formación de los magistrados en Europa y el papel de los sindicatos y de las asociaciones profesionales. ¿Qué formación, para qué justicia, en qué sociedad? -trad. Andrés Ibañez, P.-. J.D., nº 12. Ed. Jueces y Juezas para la Democracia. Madrid.I.
- Sentis Melendo, S. (1959) Administración de Justicia y carrera judicial, en *Teoría y práctica del proceso*. Buenos Aires.
- Soldevilla Frago, S. (1993) Derechos de huelga de Jueces y Magistrados, en *Función Pública* -VV.AA.-. C.D.J. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Stahl, F. J. (1847) *Staat und Rechtslehre*. Tomo II. Berlin.
- Street, S. y Deschenes, J. (Eds.). -1985- *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht.
- Valle Alcalá, G. del Jaurías contra la presunción de inocencia. Diario El Mundo, día 14 de abril de 2025 - <https://www.elmundo.es/opinion/2025/04/14/67fba0f7fc6c8394328b45a0.html> (consulta el 23 de abril de 2025).
- Valls Gombau, J. F. (2005) La política de formación inicial para Jueces en la Escuela Judicial. P.J., nº 80. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Vázquez Sotelo, J. L. (1995) Discrecionalidad y Derecho Procesal. Justicia, núms. 3-4. Ed. J. M^a Bosch. Barcelona.
- Vernet i Llobet, J. (1999) Los principios de mérito y capacidad en la provisión de plazas de magistrados, jueces, fiscales y personal al servicio de la Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas con doble oficialidad lingüística, en *La Administración de Justicia en un Estado plurilingüe*. -VV.AA.-. C.D.J. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

- Vescovi, E. (1989) La independencia de la Magistratura. R.Urug.D.P., nº 4. Ed. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Fundación de Cultura Universitaria. Madrid.
- VV. AA. (1999) L'indipendenza della giustizia, en *Liber amicorum in onore di Giovanni E. Longo*. A. Giuffrè. Editore. Milano.
- VV.AA. (2001) El acceso a la función judicial. Estudio comparado. M.F.C. Madrid.
- VV.AA. (2008) El principio de igualdad entre hombre y mujeres en la carrera judicial. E.D.J. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Zubiri de Salinas, F. (2007) Los retos de la formación judicial continuada. J.D., nº 58. Ed. Asociación de Jueces y Juezas para la Democracia. Madrid.

Jurisprudencia

Tribunal Europeo de Derecho Humanos

- S. de 4 de diciembre de 1979, *caso Schiesser c. Confederación Helvética*
- S. de 27 de febrero de 1980, *caso Sewer*
- S. de 28 de junio de 1981, *caso Le Compte, Van Leuven y De Meyerc c. Bélgica*,
- S. de 10 de febrero de 1983, *caso Albert y Le Compte c. Bélgica*
- S. de 26 de octubre de 1984, *caso de Cubber c. Bélgica*
- S. de 26 de febrero de 2002, *caso Morris v. Reino Unido*
- S. de 25 de abril de 2006, *asunto Puig Panella c. España*
- S. de 15 de octubre de 2009, *caso Micallef v. Malta*
- S. de 13 de julio de 2010, *asunto Tendam c. España*
- S. de 25 de mayo de 2013, *caso Oleksandr Volkov c. Ucrania*
- S. de 18 de julio de 2013, *caso Maktouf y Damjanovic v. Bosnia y Herzegovina*
- S. de 16 de febrero de 2016, *asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*
- S. de 25 de setiembre de 2018, *caso Denisov v. Ucrania*
- S. de 25 de setiembre de 2018, *caso Denisov c. Ucrania*,
- S. de 8 de noviembre de 2018, *caso Ramos Nunes de Carvalho c. Portugal*

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- S., de 15 de julio de 1964, *caso Costa 6/1964*
- S., de 9 de marzo de 1978, *caso Simmenthal 106/76*
- S., Gran Sala, de 19 de setiembre de 2009, *caso Wilson, C-506/04*.
- S. TJUE., de 27 de febrero de 2018, *Associação sindical dos juizes portugueses (C-64/16)*.

Tribunal Constitucional

- S., nº 45/1986, de 28 de julio
- S., nº 108/1986, de 28 de julio
- S., nº 238/2012, de 13 de diciembre
- S., nº 191/2016, de 15 de noviembre

- S., nº TC 105/2000, de 13 de abril
- S., nº TC 191/2016, de 15 de noviembre
- S., nº 238/2012, de 13 de diciembre
- S., nº 8/2017, de 19 de enero
- S., nº 10/2017, de 30 de enero
- S., nº 85/2019, de 19 de junio
- S., nº 97/2020, de 21 de julio
- S., nº 73/2023, de 20 de junio
- S., nº 77/2023, de 20 de junio
- S., nº 128/2023, de 3 de octubre
- S., nº 94/2024, de 2 de agosto
- S. 95/2024, de 2 de agosto
- S., nº 96/2024, de 2 de agosto
- S. nº 97/2024, de 2 de agosto
- S. nº 98/2024, de 2 de agosto
- S. nº 99/2024, de 28 de agosto
- S. nº 100/2024, de 28 de agosto
- S. nº 101/2024, de 28 de agosto
- S. nº 102/2024, de 28 de agosto
- S. nº 103/2024, de 28 de agosto

Tribunal Supremo

- S. TS., Sala 2ª, de 9 abril 1984 (Roj.: STS 1438/1984)
- S. TS., Sala 2ª, de 12 diciembre 1985 (Roj.: STS 1938/1985)
- S. TS., Sala 2ª, de 29 octubre 1992
- S. TS., Sala 2ª, nº 312/2006, de 14 de marzo (Roj.: STS 1738/2006)
- S. TS., Sala 2ª, nº 587/2014, de 18 de julio (Roj.: STS 3086/2014)
- S., TS., Sala 2ª, nº 749/2022, de 13 de setiembre (Roj.: STS 3258/2022)

Tribunal Superior de Justicia

- S. TSJ, de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, n.º 109/2025, de 28 de marzo

Audiencia Provincial

- S., AP, de Sevilla, Sección 1ª, nº 490/2019, de 19 de noviembre (Roj.: SAP SE 1101/2019)

ESTADO DE DERECHO E INDEPENDENCIA JUDICIAL: DIAGNÓSTICO DE ESPAÑA EN EL MARCO DE LOS INFORMES DE LA UE SOBRE EL ESTADO DE DERECHO³²⁹



Ágata María Sanz Hermida
*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Castilla La Mancha*

MENCIÓN CURRICULAR:

Catedrática de Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, ha completado su formación con estancias de investigación en universidades de Bélgica, Alemania, Italia y Reino Unido, y ha sido profesora visitante en la Università Luigi Vanvitelli de Nápoles (Italia) y en la Universidad de Poitiers (Francia). Ha colaborado como experta para la Conferencia Permanente de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), así como en programas europeos como EUROMED JUSTICE II PROJECT en Viena (Austria) y AGIS III en la Universidad Adam Mickiewicz de Poznań (Polonia). Además, ejerce como Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Toledo. Sus principales líneas de investigación se centran en la tutela procesal de los derechos de personas especialmente vulnerables (menores, víctimas de delitos, personas con discapacidad), el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, el Tribunal Penal Internacional, la lucha contra la violencia de género, el terrorismo y el blanqueo de capitales, así como, entre otros, en los instrumentos de justicia restaurativa en el ámbito penal o más recientemente. Ha publicado extensamente sobre estas materias, destacando su reciente contribución sobre el Título VI – Justicia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Es miembro del equipo de redacción de las Revistas Generales de Derecho Procesal y de Derecho Penal del portal jurídico IUSTEL.COM.

329 Esta contribución se enmarca en la línea de investigación del Proyecto «Crisis y retos de la justicia: el necesario equilibrio entre eficiencia e inclusión de grupos vulnerables», DOIG DÍAZ/ TURÉGANO MANSILLA (IPs), referencia SBPLY/21/180501/000178.

I INTRODUCCIÓN.

El pasado 24 de julio de 2024, se hizo público el Quinto Informe de la UE sobre el Estado de Derecho³³⁰, instrumento ya consolidado dentro del marco institucional europeo que se puso en marcha por primera vez el 30 de septiembre de 2020³³¹. Su finalidad es ofrecer un diagnóstico riguroso y periódico sobre la *columna vertebral de toda democracia moderna*³³², el Estado de Derecho, detectar los problemas que pueden poner en peligro su estabilidad y, con ella, la solidez de la integración europea.

A través de este informe, la Comisión Europea evalúa aspectos clave cuya selección es ya de por sí altamente reveladora: el sistema judicial, la lucha contra la corrupción, el pluralismo de los medios de comunicación y cuestiones relativas a los controles y equilibrios institucionales. En el examen de cada pilar se tienen en cuenta las disposiciones del Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE que resultan pertinentes, así como recomendaciones y dictámenes del Consejo de Europa, sobre la base de las aportaciones orales y escritas de las instituciones europeas, la participación de los Estados miembros, sociedad civil y otros sectores interesados en el reforzamiento del Estado de Derecho (agencias de la UE, redes europeas asociaciones profesionales nacionales y europeas, etc). El resultado se concreta en un documento de síntesis sobre la situación del Estado de Derecho en la UE y 27 capítulos que contienen las evaluaciones de cada Estado miembro.

En la edición de 2024, y en coherencia con las preocupaciones ya manifestadas en ejercicios anteriores, los resultados relativos a España revisten una particular trascendencia, especialmente en lo concerniente a uno de los ejes fundamentales objeto de esta presentación: la independencia del Poder Judicial. El documento no se limita a ofrecer una radiografía del estado actual del sistema judicial español, sino que también permite identificar tensiones persistentes y desafíos estructurales que amenazan con erosionar la percepción de imparcialidad y autonomía de los órganos jurisdiccionales, elementos indisociables del buen funcionamiento del Estado de Derecho y de la confianza ciudadana en las instituciones. En este contexto, el informe subraya el avance alcanzado mediante el diálogo estructurado con la Comisión Europea, que propició un acuerdo para proceder a la tan demorada renovación del Consejo General del Poder Judicial, así como el compromiso asumido por nuestro país de revisar, de forma inmediata y conforme a los estándares europeos, el sistema de designación de los vocales judiciales. Se recalca que esta renovación resulta crítica, habida cuenta del grave impacto que su bloqueo ha generado en la operatividad del Tribunal Supremo y en la eficacia del sistema judicial en su conjunto.

En cuanto a los aspectos positivos, el informe pone de relieve los avances registrados en el fortalecimiento del estatuto del fiscal general del Estado, así como en la adopción de medidas orientadas a mejorar el régimen de incompatibilidades, impulsar la digitalización de la justicia, ampliar el acceso a la asistencia jurídica gratuita y reforzar los recursos humanos y materiales del sistema. Sin embargo, también se advierte que, a

330 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Informe sobre el Estado de Derecho en 2024. Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea”, COM (2024) 800 final

331 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea”, COM (2020) 580 final

332 En expresión utilizada por la Comisión en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho”, de 11 de marzo de 2013. COM (2014) 158 final.

la fecha de publicación del informe, persisten deficiencias significativas en el ámbito de la integridad pública, destacando la ausencia de una estrategia nacional anticorrupción plenamente operativa y la falta de reformas sustantivas en materia de prevención de conflictos de intereses y control patrimonial de los altos cargos de la Administración, por destacar algunos aspectos.

Con el fin de comprender plenamente la importancia del informe sobre el Estado de Derecho y antes de proceder al análisis específico de los resultados correspondientes a España, resulta necesario contextualizar el uso de este instrumento en el marco más amplio de los mecanismos de los que dispone la Unión Europea para garantizar la salvaguarda del Estado de Derecho.

II LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL EUROPEA PARA LA GARANTÍA Y EL SEGUIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

1. El “dilema de Copenhague” y la necesidad de una arquitectura institucional sólida

Sin entrar en este momento en un análisis en profundidad del significado y evolución del Estado de Derecho, sí quisiéramos introducir algunas consideraciones básicas sobre su sentido con un objetivo eminentemente instrumental para este trabajo. Se trata de uno de los valores reconocidos en el art. 2 TUE, común a todos los Estados miembros cuyo respeto exige en la actualidad la necesidad de que todos los poderes públicos actúen no sólo dentro de los límites fijados por la ley, sino que además, lo hagan de conformidad con los valores de la democracia y del respeto a los derechos fundamentales, en un sistema basado en la división de poderes y bajo el control de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, como han subrayado tanto las instituciones europeas como el TEDH y TJUE³³³. Estos valores deben concretarse en una sociedad pluralista, tolerante, justa, solidaria y comprometida con la igualdad de género. Aunque los citados valores no se ordenan jerárquicamente, el respeto del Estado de Derecho constituye un elemento esencial para la garantía efectiva de los demás principios fundamentales que la sustentan, como la libertad, la democracia, la igualdad o los derechos humanos. Además, no puede desconocerse la relación de interdependencia entre estos valores, de modo que la vigencia del Estado de Derecho es condición necesaria para el pleno ejercicio de la democracia y la protección de los derechos fundamentales, y a su vez, estos no pueden sostenerse sin una base jurídica sólida que los asegure³³⁴.

333 Baste tener en cuenta tanto la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, de 11.3.2014 [COM (2014) 158 final], como la más reciente Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Refuerzo del Estado de Derecho en la Unión. Propuesta de actuación, de 17 de julio de 2019 (COM(2019) 343 final). Asimismo, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, así como los trabajos del Consejo de Europa, a través de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, proporcionan una lista no exhaustiva de los principios y normas que pueden inscribirse dentro del concepto de Estado de Derecho. Entre ellos se encuentran los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; órganos jurisdiccionales independientes e imparciales; una tutela judicial efectiva, incluido el respeto de los derechos fundamentales, y la igualdad ante la ley, como ha tenido ocasión de subrayar el TJUE en sus sentencias STG (Sala Octava ampliada), de 15 de septiembre de 2016, asunto T-340/14 (ECLI:EU:T:2016:496) o STJUE (Gran Sala), de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses contra Tribunal de Contas, (Asunto C-64/16) (ECLI:EU:C:2018:117), entre otras.

334 Como se señala en el considerando 6 del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. Para un desarrollo de la indisoluble unión entre el Estado de Derecho y el Estado Democrático, cfr. ARAGÓN REYES, M., “Las aportaciones de la Comisión de Venecia al concepto de Estado de

Este modelo de Estado sirve, pues, para garantizar los derechos de los ciudadanos en régimen de igualdad, establecer los límites de la actuación de los poderes públicos, proscribir el abuso de poder y, consecuentemente, determinar la responsabilidad a que están sometidos en el ejercicio de sus funciones³³⁵. Son principios fundamentales del Estado de Derecho, entre otros, los de legalidad, seguridad jurídica, prohibición del ejercicio arbitrario del poder ejecutivo, tutela judicial efectiva por órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, incluido el respeto de los derechos fundamentales, separación de poderes e igualdad ante la ley.

La relevancia de los valores mencionados en el art. 2 TUE no es meramente declarativa: constituyen requisitos previos para la adhesión a la Unión (art. 49 TUE)³³⁶ y son pilares esenciales para la cohesión del proceso de integración económica, política y jurídica. De este modo, “una vez que un país candidato se convierte en Estado miembro, se integra en una construcción jurídica que se basa en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica”³³⁷. Consecuentemente, las prácticas de los Estados miembros han de mantenerse en consonancia con los valores compartidos que constituyen el fundamento de la UE y su inobservancia no solo representa un problema interno, sino que entraña un riesgo sistémico para la integridad y estabilidad del conjunto de la Unión.

Este marco axiológico, exigido con rigor en la fase de adhesión, plantea, sin embargo, serias dificultades una vez que el Estado se ha convertido en miembro de pleno derecho. De ahí que numerosas voces, tanto desde las instituciones europeas como desde instancias académicas y de la sociedad civil, fueran alertando sobre la tibieza y la lentitud³³⁸ con la que la Unión activaba los instrumentos de control y garantía del Estado de Derecho dentro de los Estados miembros. Las críticas iban referidas no solo a la suficiencia normativa de tales instrumentos, sino también a su aplicación efectiva y a su capacidad real para prevenir y corregir desviaciones respecto de los principios fundacionales de la Unión.

Derecho”, en CASTELLÀ ANDREU/MONTOBBIO/GRANATA MENGHINI (dirs), Estado de derecho, democracia y globalización: una aproximación a la Comisión de Venecia en su XXX aniversario, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2022, pp. 115-128, esp. 116 y ss.

335 Nuestra Constitución, en una formulación amplia, ha postulado la expresión “Estado social y democrático de Derecho”.

336 El art. 49.1 TUE señala “Cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión. Se informará de esta solicitud al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales” (la negrita es nuestra). A este respecto, el TJUE señala que el Estado de Derecho no es un simple requisito formal y de procedimiento, sino que tiene un valor sustantivo, como “comunidad de Derecho” lo que significa que “las instituciones de la UE están sujetas al control jurisdiccional de la compatibilidad de sus actos no solo con el Tratado, sino también «con los principios generales del Derecho, de los que forman parte los derechos fundamentales»”. Cfr. entre otras, STJUE de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores contra Consejo de la Unión Europea, asunto C-50/00 P, apdos. 38 y 39 (ECLI:EU:C:2002:462); y STJUE (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apdo 316 (ECLI:EU:C:2008:461).

337 Como ha señalado el TJUE en el Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, apdo 168.

338 De manera gráfica la Comisión señala que los actuales mecanismos y procedimientos de la UE no siempre han podido garantizar una respuesta eficaz y rápida a las amenazas que acechan al Estado de Derecho”. Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, de 11.3.2014 [COM (2014) 158 final]. En sentido crítico también se manifiesta LÓPEZ AGUILAR, J.F., “El caso de Polonia...”, op. cit., p. 103.

En concreto se advertía que, mientras que el cumplimiento de los denominados “criterios de Copenhague”³³⁹ es objeto de un estricto escrutinio durante el proceso de adhesión, el seguimiento posterior de su observancia dentro de los Estados miembros carecía de mecanismos de control equivalentes, lo que se acuñó con la expresión del “dilema de Copenhague”³⁴⁰. Esta paradoja evidenciaba la asimetría entre las exigencias de acceso y las garantías internas de cumplimiento, lo cual abría espacios para retrocesos democráticos o vulneraciones del Estado de Derecho sin una respuesta inmediata y eficaz por parte de las instituciones europeas. Esta falta de reacción, a su vez, podía comprometer gravemente la credibilidad del sistema institucional y la solidez del proyecto común.

Por otro lado, en un contexto de erosión generalizada de la democracia³⁴¹ tanto dentro como fuera del ámbito europeo, se hacía imperativo reforzar los instrumentos destinados a la protección del Estado de Derecho

Conscientes de ello, las instituciones europeas han desplegado un entramado de mecanismos destinados a preservar el Estado de Derecho en los Estados miembros, en un intento de promover, en caso necesario, las reformas estructurales que favorezcan el fortalecimiento del Estado de Derecho y contribuir a una cultura política y jurídica sólida³⁴². Esta arquitectura se articula en torno a instrumentos de naturaleza diversa: desde herramientas preventivas y de diálogo, hasta procedimientos de respuesta, sancionadores o de control jurisdiccional, sobre la base de distintos niveles de intervención.

2. Instrumentos de respuesta ante vulneraciones del Estado de Derecho

Comenzando por los instrumentos de respuesta, por un lado, se encuentra la previsión del art. 7 TUE -introducida por el Tratado de Ámsterdam y modificada por los Tratados de Niza y Lisboa- que se erige en el instrumento clásico y más contundente para hacer

339 El Consejo Europeo de Copenhague, estableció en el año 1993 los criterios de adhesión a la UE, denominados, por ello, “criterios de Copenhague” y que consisten en: (1) la existencia de instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías; (2) la existencia de una economía de mercado en funcionamiento y la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas del mercado dentro de la UE; (3) la capacidad para asumir las obligaciones que se derivan de la adhesión, incluida la capacidad para poner en práctica de manera eficaz las normas, estándares y políticas que forman el acervo comunitario, y aceptar los objetivos de la unión política, económica y monetaria (Los criterios pueden consultarse en Glosario de las síntesis - EUR-Lex (europa.eu)

340 “Copenhagen Dilemma”, expresión acuñada por Viviane Reding cuando era Vicepresidenta de la Comisión Europea en el debate de Pleno del Parlamento Europeo celebrado en el año 2012 sobre la situación política de Rumanía. Sobre su contenido y alcance, cfr. Entre otros, CARRERA/GUILD/HERNANZ, “Rule of law or rule of thumb? A New Copenhagen Mechanism for the EU”, en CEPS Policy Brief, n. 303, 20 de noviembre de 2013, p. 2; BÁRD/CARRERA/GUILD/KOCHENOV, “An EU mechanism on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights”, en CEPS Paper in Liberty and Security, n. 91, abril 2016, p. 2; LÓPEZ AGUILAR, J.F., “El caso de Polonia en la UE...”, op. cit., p. 107

341 Como expresa VARGAS VALDEZ, J.L., “Estado de Derecho e independencia judicial”, en CASTELLÀ ANDREU/MONTOBBIO/GRANATA MENGHINI (dirs), Estado de derecho, democracia y globalización: una aproximación a la Comisión de Venecia en su XXX aniversario, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2022, pp. 171-190, esp. p. 172.

342 En realidad, el establecimiento de estos instrumentos forma parte de la acción de la Comisión Europea, como institución encargada de velar por los Tratados, de buscar un nuevo marco destinado a garantizar una protección eficaz y coherente del Estado de Derecho en todos los Estados miembros que sirva para dar respuesta a futuras amenazas para el Estado de Derecho en los Estados miembros, antes de utilizar la vía prevista en el art. 7 TUE. El camino se inició en el año 2012 y su diseño aparece de manera clara marcado en la anteriormente citada Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho”, de 11 de marzo de 2013, COM (2014) 158 final. Se desarrolla en tres fases, evaluación, recomendaciones y seguimiento ante la existencia de amenazas graves y sistémicas, en un Estado miembro, frente al Estado de Derecho.

frente a violaciones graves de los valores comunes, incluido pues el Estado de Derecho³⁴³. Este instrumento dispone de dos mecanismos diferentes, uno de naturaleza preventiva y el otro, sancionadora y, dada la especificidad de su objeto y su alcance político global³⁴⁴ es conocido como el botón o la opción nuclear³⁴⁵. El mecanismo preventivo (fase de “baja intensidad”) tiene por finalidad constatar la existencia de un “*riesgo claro de violación grave*”³⁴⁶ en algún E.M. (art. 7.1 TUE)³⁴⁷. Como complemento, se diseña un mecanismo de naturaleza sancionadora, de modo que constatada la existencia de una “*violación grave y persistente* por parte de un Estado miembro”³⁴⁸, el Consejo puede suspender determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo (art. 7.2 y 3 TUE). Este instrumento de respuesta consta, pues, de dos fases: (1) la previa constatación de una violación grave y persistente (art. 7.2 TUE)³⁴⁹; y (2) la fase sancionadora, con la posible adopción de las medidas restrictivas de derechos ya señaladas. No obstante, la eficacia real del mecanismo sancionador

343 En concreto, señala la Comisión, “La aplicación del artículo 7 no se limita al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Ésta, por consiguiente, podría intervenir no sólo en caso de violación de los valores comunes en este ámbito limitado sino también en caso de violación en alguno de los ámbitos reservados a la acción autónoma de un Estado miembro.

El carácter horizontal y general del posible ámbito de aplicación del artículo 7 TUE se entiende fácilmente por cuanto se refiere a un artículo cuyo objetivo es garantizar que se respetan las condiciones de pertenencia a la Unión”. Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea” Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión” [COM (2003) 0606 final]

344 Este artículo no tiene como finalidad resolver casos individuales, sino en expresión de la Comisión, “remediar la violación mediante un enfoque político global”. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea” Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión” [COM (2003) 0606 final]

345 LÓPEZ AGUILAR, J.F. “El caso de Polonia...”, op. cit., p. 132.

346 A este respecto, señala la Comisión que “El riesgo de violación grave pertenece aún al ámbito de la simple posibilidad, aunque haya que calificarlo: debe en efecto quedar “claro”, excluyendo así del campo del mecanismo de prevención los riesgos demasiado hipotéticos (...) el artículo 7 TUE otorga los medios necesarios para dirigir señales de alerta adecuadas al Estado miembro en cuestión, y hacerlo antes de que el riesgo se materialice. Al mismo tiempo, impone a las instituciones una obligación de vigilancia constante, ...”. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea” Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión” [COM (2003) 0606 final].

347 Se activa a iniciativa de 1/3 de los Estados miembros del Consejo de la UE, la Comisión o el Parlamento Europeo que también debe dar su aprobación por mayoría absoluta de sus miembros, oído el E.M. concernido. En este caso, el Consejo adopta la decisión por mayoría de 4/5 de los E.M. Este mecanismo ha sido utilizado en el año 2017 frente a Polonia con la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia, de 20.12.2017 [COM(2017) 835 final]; y frente a Hungría, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión [2017/2131(INL)]

348 A estos efectos, la Comisión señala que la delimitación de esta expresión puede deducirse de varios textos internacionales, como por ejemplo, el artículo 6 de la Carta de las Naciones Unidas, que establece que “Todo Miembro de las Naciones Unidas que haya violado repetidamente los Principios contenidos en esta Carta podrá ser expulsado de la Organización por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad”; o el artículo 8 del estatuto del Consejo de Europa, que establece que “El Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá dejar en suspenso el derecho de representación del miembro del Consejo de Europa que infrinja gravemente lo dispuesto en el artículo 3 [4]...”. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea” Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión” [COM (2003) 0606 final].

349 A propuesta de la Comisión o de 1/3 de los Estados miembros del Consejo de Europa y con la aprobación de 2/3 de los votos emitidos en el Parlamento Europeo y la decisión del Consejo de la UE se adopta por unanimidad. Éste es precisamente su punto débil, pues difícilmente se puede conseguir la unanimidad de los Estados para sancionar a algún E.M.

previsto en el artículo 7 del TUE se encuentra severamente restringida debido a los elevados umbrales de apoyo exigidos para su aplicación (mayoría cualificada).

Las dificultades inherentes a la aplicación efectiva de los mecanismos sancionadores previstos en el artículo 7 del TUE han motivado la necesidad de reforzar el sistema de respuesta mediante la incorporación de instrumentos complementarios, tanto preexistentes como de reciente desarrollo. Entre los primeros destacan los instrumentos cuya ejecución compete al TJUE³⁵⁰. Entre ellos disponemos de los procedimientos por infracción contemplados en los artículos 258 y siguientes del TFUE, cuya finalidad es permitir al TJUE pronunciarse sobre la existencia de un incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones derivadas de los Tratados, con el objetivo de imponer las medidas necesarias para asegurar su observancia³⁵¹. Se trata, pues, de un mecanismo para la exacción de la responsabilidad del Estado aplicable, entre otras posibilidades, al incumplimiento de normas de derecho originario (tratados constitutivos, CDFUE) o de los principios generales de la UE³⁵².

También cabría la posibilidad de efectuar un “control indirecto”, a través de la interposición de una cuestión prejudicial cuyo objeto –indirecto– sería el enjuiciamiento de la compatibilidad con el Derecho Europeo “de una norma nacional aplicable en el proceso *a quo* (se trata de supuestos en que la compatibilidad o no con el Derecho Europeo de la norma nacional –y, por consiguiente, su aplicabilidad– depende de cuál sea la interpretación procedente del Derecho Europeo aplicable al litigio)”³⁵³.

No obstante, hay que distinguir la distinta función del TJUE según la vía utilizada. En el caso del recurso por incumplimiento, el Tribunal de Justicia debe comprobar “si la medida o la práctica nacional impugnada por la Comisión o por un Estado miembro distinto del Estado miembro interesado es, con carácter general y sin que sea necesario que se haya planteado el correspondiente litigio ante los órganos jurisdiccionales nacionales, contraria al Derecho de la Unión”. Sin embargo, en un procedimiento

350 Sobre el papel del TJUE en el proceso de integración europea, cfr. LENAERTS, K. /GUTIÉRREZ FONS, J.A., “El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración europea”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), Tratado de Derecho y Política de la Unión Europea. Tomo V. Sistema jurisdiccional de la UE, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 33-111

351 Con este instrumento se vela, pues, por la aplicación del Derecho de la UE y constituye “el corolario natural de los principios de primacía y de efecto directo” (LLOPIS CARRASCO, R.M., “El recurso por incumplimiento en el Derecho de la UE”, en Tratado de Derecho y Política de la Unión Europea. Tomo V. Sistema jurisdiccional de la UE, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 221-319, esp. p. 223). Este mecanismo ha sido utilizado en diversas ocasiones por la Comisión para solicitar la condena de Estados como Polonia, Hungría o la República Checa por incumplimientos del Derecho de la UE, que fueron efectivamente condenados por la STJUE (Sala Tercera), de 2 de abril de 2020, asuntos acumulados C-715/17 Comisión/Polonia, C-718/17 Comisión/Hungría y C-719/17 Comisión/República Checa (ECLI:EU:C:2020:257). A este respecto, la citada sentencia recuerda en el parágrafo 139: “En la Unión basada en el Estado de Derecho, los actos de sus instituciones disfrutan de una presunción de legalidad. Habida cuenta de que las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601 tenían, desde su adopción, carácter obligatorio para la República de Polonia y la República Checa, estos Estados miembros estaban obligados a observar estos actos del Derecho de la Unión y a aplicarlos durante todo su período de aplicación de dos años. Lo mismo cabe decir de Hungría, por lo que respecta a la Decisión 2015/1601, acto que revestía carácter obligatorio para este Estado miembro desde su adopción y durante todo su período de aplicación de dos años”.

352 Sin perjuicio de otras situaciones como incumplimiento de normas de Derecho derivado; de normas de Derecho internacional integradas en el ordenamiento de la UE o de las propias sentencias del Tribunal de Justicia. Sobre estos aspectos, cfr. GARCÍA PECHUÁN, M., “Tema 7. El control del cumplimiento por los Estados miembros del Derecho de la UE”, en LÓPEZ CASTILLO (dir), Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Volumen II. Derecho de la Unión Europea, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 404-472, esp. pp. 407 y ss. Este

353 BACIGALUPO SAGESSE/FUENTETAJA PASTOR, “Lección 14. La garantía jurisdiccional ...”, op. cit., p. 222. Y también se hace expresa referencia a la cuestión prejudicial como instrumento de control del Estado de Derecho en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Refuerzo del Estado de Derecho en la Unión. Propuesta de actuación, de 17 de julio de 2019 (COM(2019) 343 final).)

prejudicial, la función del Tribunal “consiste en prestar asistencia al órgano jurisdiccional remitente para que este resuelva el litigio concreto del que conoce”³⁵⁴.

Por otra parte, en marzo de 2014, la Comisión Europea adoptó un nuevo Marco para afrontar las amenazas sistémicas al Estado de Derecho³⁵⁵ antes de que se den los elementos para acudir al art. 7 TUE. Este nuevo marco, que se engloba en los instrumentos de respuesta, procura encontrar una solución a través del diálogo con el Estado miembro en cuestión; garantizar una evaluación objetiva y exhaustiva de la situación; respetar el principio de igualdad de trato de los Estados miembros; e indicar qué acciones rápidas y concretas podrían adoptarse para hacer frente a la amenaza sistémica y evitar aplicar los mecanismos del artículo 7 del TUE. El proceso se articula en tres fases: evaluación de la Comisión, recomendación de la Comisión y seguimiento de la recomendación³⁵⁶. Se trata, en realidad, de un instrumento que pretende dar una respuesta temprana a las amenazas frente al Estado de Derecho.

Entre los más recientes instrumentos de respuesta se encuentra, en vigor desde enero de 2021, el denominado “mecanismo de condicionalidad” vinculado a la protección del presupuesto de la UE³⁵⁷ y que permite a la UE adoptar medidas tales como la suspensión de pagos o correcciones financieras para proteger su presupuesto. Este instrumento tiene por objeto proteger el presupuesto de la Unión frente a vulneraciones de los principios del Estado de Derecho que afecten o amenacen gravemente con afectar a su buena gestión financiera o a la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo³⁵⁸. Este mecanismo fue objeto de dos recursos de anulación, planteados por Hungría y Polonia -asuntos C-156/21 y C-157/21- que fueron objeto de desestimación por el TJUE, por sendas sentencias de 16 de febrero de 2022 (ECLI:EU:C:2022:97 y ECLI:EU:C:2022:98) y en las que se subrayaba la clara relación entre el respeto del Estado de Derecho y la ejecución eficiente del presupuesto de la Unión de conformidad con el principio de buena gestión financiera, si bien sobre la base de que el Reglamento no tiene por objeto sancionar las vulneraciones del Estado de Derecho como tales, sino, garantizar la protección del presupuesto de la Unión. A este respecto se subraya que “el Reglamento impugnado solo permite a las instituciones de la Unión examinar las situaciones en los Estados miembros en la medida en que sean pertinentes para la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión y, por otra parte, que solo pueden adoptarse medidas adecuadas en virtud de dicho Reglamento cuando se determine que tales situaciones suponen una vulneración de alguno de los principios del Estado de Derecho que afecta o amenaza con afectar gravemente, de un modo suficientemente directo, esa buena gestión financiera o la protección de dichos intereses financieros”³⁵⁹.

3. Mecanismos de prevención y de diálogo estructurado

354 Cfr. a este respecto, entre otras, STJUE de 26 de marzo de 2020, Miasto Łowicz y Prokurator Generalny, C 558/18 y C 563/18, ECLI:EU:C:2020:234, apartado 47; STJUE (Gran Sala) de 20 de abril de 2021, Repubblika e Il-Prim Ministru, C 896/19, ECLI:EU:C:2021:311)

355 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, de 11.3.2014 [COM (2014) 158 final]

356 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, de 11.3.2014 [COM (2014) 158 final]

357 Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión

358 Cfr. a este respecto el Informe especial elaborado por el Tribunal de Cuentas Europeo “Estado de Derecho en la UE. Constituye un marco más idóneo para la protección de los intereses financieros de la UE, pero siguen existiendo riesgos”, accesible en Informe Especial 03/2024: Estado de Derecho en la UE.

359 STJUE (Pleno), Hungría contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, asunto C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, apdo. 165.

A los mecanismos de respuesta ya mencionados se han sumado progresivamente otros con un enfoque más preventivo y de diálogo estructurado orientado a la promoción activa del Estado de Derecho, así como a la detección temprana de posibles riesgos que puedan comprometer su vigencia en los Estados miembros. Entre estas herramientas complementarias³⁶⁰ destacan el *cuadro de indicadores de la justicia* en la UE (*Justice Scoreboard*)³⁶¹, el *semestre europeo*³⁶², el *mecanismo de cooperación y verificación*³⁶³, el *servicio de apoyo a las reformas estructurales*³⁶⁴, el diálogo anual del Consejo sobre el Estado de Derecho, el instrumento financiero *Next Generation EU*³⁶⁵ o, sin ánimo de exhaustividad, las medidas de acción positiva³⁶⁶.

Entre ellos destaca el *mecanismo europeo sobre el Estado de Derecho* mediante el cual la Comisión Europea elabora informes anuales sobre la situación del Estado de Derecho en todos los Estados miembros y que constituye una herramienta clave de carácter preventivo dentro del sistema europeo de protección de los valores fundamentales y que serán las bases sobre las que se fundamenta el presente estudio. Estos informes permiten identificar tendencias preocupantes, señalar vulnerabilidades estructurales y generar un debate público informado sobre la calidad institucional de los distintos Estados. Su función no se limita a la mera evaluación técnica, sino que busca anticiparse a posibles desviaciones antes de que deriven en violaciones graves, ya sea como consecuencia de crisis políticas, económicas o sociales, o como resultado de dinámicas internas que erosionan paulatinamente los principios fundamentales del Estado de Derecho. En este sentido, la Comisión ha destacado que este mecanismo debe entenderse como “la piedra angular de un proceso nuevo y dinámico”, caracterizado por su enfoque interinstitucional e interestatal, y por su apertura a la participación activa de la sociedad civil, el mundo académico y otras organizaciones relevantes, en un esfuerzo colectivo por fortalecer la cultura democrática en el seno de la Unión.

De este panorama que se acaba de esbozar se puede concluir que la estrategia institucional de la UE para la protección del Estado de Derecho se asienta sobre un enfoque integral que combina mecanismos preventivos y de respuesta con el fin de garantizar la protección efectiva de sus valores fundamentales. Esta arquitectura institucional no se limita a la reacción ante vulneraciones, sino que articula un conjunto de instrumentos operativos que fomentan el diálogo estructurado, la detección temprana de amenazas, el impulso de reformas estructurales y el desarrollo de una cultura jurídica

360 Sin perjuicio del papel desempeñado por las distintas instituciones como el Parlamento Europeo que elabora un Informe anual sobre la situación de los Derechos Fundamentales; el papel de la Agencia de Derechos Fundamentales; o, iniciativas ciudadanas como la iniciativa europea, “Wake up Europe: actuar para preservar el proyecto democrático europeo” registrada en el año 2015 y que fue retirada por entender que la vía escogida no era adecuada a la finalidad perseguida³⁶⁰, ya que se instaba a se solicita a la Comisión Europea es una consulta al Consejo sobre la situación en Hungría en virtud del artículo 7 del TUE, a fin de preservar los valores europeos definidos en el artículo 2 del TUE

361 El Cuadro de indicadores de la justicia en la UE es una herramienta de información comparativa anual destinada a ayudar a la UE y a sus Estados miembros a mejorar la eficacia de los sistemas judiciales nacionales facilitando datos objetivos, fiables y comparables sobre diversos indicadores pertinentes para la evaluación de la eficiencia, la calidad y la independencia de los sistemas judiciales en todos los Estados miembros (EU Justice Scoreboard | European Commission (europa.eu))

362 En el Semestre Europeo se consideran cuestiones relacionadas con el Estado de Derecho en la medida en que tienen una incidencia en el entorno empresarial, la inversión, el crecimiento económico y el empleo. Fue introducido en el año 2010 y su base jurídica se encuentra en los arts. 121 y 148 del TFUE.

363 Cfr. The reports on progress in Bulgaria and Romania | European Commission (europa.eu)

364 Apoyo a las Reformas Estructurales | Comisión Europea (europa.eu)

365 Se trata de un plan de recuperación para Europa de las consecuencias económicas y sociales de la COVID

366 Entre ellas, el programa ciudadanos, igualdad, derechos y valores financia iniciativas encaminadas a promover y seguir creando sociedades abiertas, basadas en derechos, democráticas, igualitarias e inclusivas, asentadas en el Estado de Derecho (cfr. Resumen del programa Ciudadanos, Igualdad, Derechos y Valores - Comisión Europea)

común entre los Estados miembros. Así, se configura un entramado institucional complejo y progresivo, en el que la supervisión continua, la cooperación entre instituciones y el acompañamiento técnico a los Estados constituyen elementos centrales. Estas medidas actúan como primera línea de defensa frente a posibles retrocesos democráticos, procurando evitar que se alcance el umbral que active respuestas más intensas desde el punto de vista jurídico o político. A esta base preventiva se añaden mecanismos de naturaleza sancionadora, como el Reglamento de condicionalidad, las posibles acciones ante el TJUE (procedimiento por infracción y la cuestión prejudicial), o el procedimiento del artículo 7 del TUE, aunque este último limitado en su eficacia por las elevadas exigencias políticas para su aplicación. Esta estrategia institucional busca, en conjunto, ofrecer una respuesta coherente, proporcionada y eficaz ante las amenazas al Estado de Derecho, mediante una combinación de medidas preventivas y reactivas que refuerzan la cohesión normativa y democrática de la Unión Europea.

III LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL, ELEMENTO CLAVE DEL ESTADO DE DERECHO

1. La evaluación de los sistemas judiciales en los Informes sobre el estado de Derecho

Uno de los pilares sobre los que se asienta el Informe es el análisis de los sistemas judiciales, junto con el marco anticorrupción, el pluralismo y la libertad de los medios de comunicación, y los equilibrios institucionales y contrapesos. La selección no es baladí, puesto que éstos son esenciales para sustentar el Estado de Derecho. En este contexto, la evaluación de los sistemas judiciales permite obtener una visión integral sobre la salud democrática de los Estados miembros. Como ha reiterado el Parlamento Europeo, la independencia judicial constituye “la columna vertebral” del Estado de Derecho y una condición indispensable para garantizar una tutela judicial efectiva frente a vulneraciones de derechos y principios democráticos³⁶⁷. Subraya su relevancia tanto para la democracia como para la aplicación del Derecho de la Unión, recordando que la Comisión depende de los órganos jurisdiccionales nacionales para hacer cumplir dicho Derecho. Asimismo, advierte sobre los riesgos de injerencia política, captura del poder judicial o nepotismo, incluso en sistemas que, formalmente, parecen sólidos.

Los parámetros evaluados son la independencia, la calidad y eficiencia de la justicia, elementos esenciales de un sistema judicial eficaz, con independencia del modelo jurídico o la tradición legal de cada país. En concreto, en los Informes la Comisión se centra en aspectos clave como la reforma de los consejos del poder judicial, los procesos de nombramiento de jueces y fiscales, y la independencia del Ministerio Fiscal. También se pone el foco en cuestiones como la integridad, la rendición de cuentas y los avances en digitalización. Constituyen asimismo elementos de valoración los esfuerzos para mejorar la calidad y eficiencia de la justicia.

Por último, se reconoce el papel fundamental de las profesiones jurídicas, especialmente de los abogados, en la protección de los derechos fundamentales y el fortalecimiento del Estado de Derecho. Para garantizar un sistema judicial eficaz, resulta esencial que los abogados puedan ejercer su labor con plena libertad, con el respaldo de colegios profesionales que velen por su independencia e integridad.

367 Cfr. Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de febrero de 2024, sobre el informe de la Comisión sobre el Estado de Derecho en 2023 (2023/2113(INI)) (C/2024/6743)

2. La independencia judicial como garantía estructural en la UE: su delimitación desde la jurisprudencia del TJUE

La independencia del poder judicial representa un elemento esencial del Estado de Derecho, consagrado en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y concretado en los artículos 19.1 TUE y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). No se trata únicamente de una garantía institucional, sino de un requisito indispensable para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva, elemento inherente al Estado de Derecho y también garantía del derecho a un proceso equitativo³⁶⁸.

Desde su reconocimiento como principio general del Derecho de la Unión en la jurisprudencia clásica del TJUE -como en Johnston (C-222/84) y posteriormente en Unibet (C-432/05)-, la tutela judicial efectiva ha adquirido una dimensión estructural. A este respecto, recientes decisiones, entre las que destacan las SsTJUE C-156/21 y C-157/21 enfatizan que la tutela judicial efectiva no solo se configura como un derecho subjetivo de los individuos, sino que también posee una dimensión objetiva que impone a los Estados miembros la obligación de asegurar que su sistema judicial garantiza la aplicación efectiva del derecho de la Unión, conforme a las exigencias del Estado de Derecho establecidas en el artículo 2 del TUE. De este modo, no solo se considera un derecho subjetivo o garantía de protección individual, sino muy especialmente, un valor esencial o componente estructural de la organización del poder y del orden constitucional, definiendo su carácter³⁶⁹. Ello significa disponer de recursos y de un control judicial efectivos, como se deriva de lo dispuesto en los artículos 19.1 del TUE y 47.1 de la CDFUE, que constituyen concreciones precisas del valor del Estado de Derecho mencionado en el artículo 2 del TUE. Consecuentemente, los Estados deben asegurar que los órganos que actúan como “tribunales”, cumplan con los requisitos de tutela judicial efectiva, en particular, en lo relativo a las garantías de su independencia e imparcialidad, aspectos que han cobrado especial relevancia en el contexto de los desafíos a la independencia judicial en algunos Estados miembros, como Polonia y Hungría, donde las reformas del poder judicial han sido objeto de críticas por parte de las instituciones europeas.

El art. 47 CDFUE reconoce el derecho del justiciable a un juez (a) independiente; (b) imparcial y (c) predeterminado por la ley. Todos estos caracteres tienen por finalidad común la necesidad de que la decisión del órgano jurisdiccional se lleve a cabo en ausencia de “prejuicios” es decir, de cualquier vínculo objetivo o subjetivo que pueda perturbar la neutralidad de la decisión y su necesaria adopción conforme al marco jurídico aplicable y las circunstancias concretas del caso. No obstante, cada una de ellas opera en diferentes niveles al objeto de contribuir, desde distintas perspectivas, a la garantía de la señalada neutralidad.

Por lo que se refiere al primero de los elementos, la independencia es una garantía que opera respecto a la estructura y conformación del órgano jurisdiccional. Exige que el ordenamiento establezca un marco jurídico tal que garantice la separación de los poderes del Estado, sin que, por tanto los jueces queden vinculados a órdenes o mandatos del Legislativo o del Ejecutivo y que se garantice la ausencia de vínculo o mandato con la sociedad (de ahí que habitualmente los ordenamientos jurídicos prohíban a los jueces pertenecer a partidos políticos; se regule la forma de acceso y duración del mandato y otras garantías frente a posibles intromisiones externas). Es además una garantía que

368 En concreto, el TJUE ha precisado que la existencia de garantías en cuanto a la composición del tribunal constituye la piedra angular del derecho a un juicio justo (STG (Sala de Casación) de 13 de diciembre de 2012, asunto T-199/11 P, Guido Strack contra Comisión Europea, ECLI:EU:T:2012:691)

369 Ugartemendia Eceizabarrena, J.I. “Tutela judicial efectiva y Estado de derecho en la Unión Europea y su incidencia en Administración de Justicia de los Estados miembros”, en Teoría y realidad constitucional, Nº 46, 2020, pp. 309-341, esp. p. 310.

opera *ad intra*, con relación a los propios órganos del Poder Judicial conforme al cual, por un lado, un juez, cuando ejerce potestad jurisdiccional, debe hacerlo sin estar sujeto a órdenes de sus superiores; y, por otro, se impide que los órganos superiores puedan corregir o modificar las decisiones de los inferiores salvo que sea consecuencia del ejercicio de la potestad jurisdiccional al resolver un recurso³⁷⁰.

La imparcialidad se refiere a una característica individual del responsable de una decisión, que tiene como finalidad evitar la existencia de vínculo alguno con un asunto concreto y cubre, por su parte, dos aspectos. En primer lugar, el tribunal debe ser subjetivamente imparcial, que ninguno de sus miembros debe manifestar parcialidad o sesgo personal, imparcialidad personal que se presume salvo que se demuestre lo contrario. En segundo lugar, el tribunal debe ser objetivamente imparcial, que debe ofrecer suficientes garantías para excluir cualquier duda razonable al respecto³⁷¹.

Por último, la “predeterminación por la ley” supone el colofón a las garantías anteriormente señaladas. Esta garantía de predeterminación exige que, tanto la previsión de la existencia del órgano, como de su composición, jurisdicción, competencia y reparto de asuntos esté previamente determinada en la ley, de modo que se impide que un juez o Tribunal pueda seleccionar los asuntos de que va a conocer.

Así lo ha reafirmado el TJUE en decisiones clave como Comisión c. Polonia (C-192/18), donde se estableció que los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar el Derecho de la Unión deben gozar de plena independencia e imparcialidad. De igual modo, en Repubblica (C-896/19) y en el conjunto de sentencias relativas a la independencia judicial en Rumanía (Asociația «Forumul Judecătorilor din România» y otros, C-83/19 y acumulados), el Tribunal ha precisado que los Estados deben garantizar no solo la apariencia formal de independencia, sino también su efectiva realización en la práctica. Se subraya que la independencia judicial es esencial para garantizar que los jueces puedan ejercer sus funciones sin presiones externas, asegurando así un juicio justo, de modo que toda interferencia que comprometa la independencia vulnera las exigencias del art. 47 y, por ende, los principios fundamentales del Estado de Derecho [Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16)].

En particular, para apreciar si un órgano cumple con las exigencias del derecho a la tutela judicial, «hay que tener en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia» [STJUE, de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, ap. 23,] y, además, el proceso ante este órgano debe concluir «con resoluciones de naturaleza jurisdiccional» [ATJUE (Sala Quinta), de 24 de marzo de 2011, Dan Bengtsson, Ap. 18 y la jurisprudencia citada; STJUE, de 19 de abril de 2012, Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura, ap. 21; STJUE de 17 de julio de 2014, Angelo Alberto Torresi y Pierfrancesco Torresi, ap. 17; STJUE de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, ap. 17; STJUE de 16 de febrero de 2017, Ramón Margarit Panicello, ap. 27].

De modo más preciso, el derecho a un juez independiente e imparcial del art. 47.II consta de dos aspectos. El primer aspecto, externo, implica que el órgano esté protegido contra injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios de los que conozcan. Es decir, desde esta perspectiva la independencia garantiza que el órgano en cuestión ejerce sus funciones

370 Sobre estos aspectos, cfr. SANZ HERMIDA, Á.M., “Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”, en LÓPEZ CASTILLO (dir.), La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 1403-1457, esp. pp. 1451 y ss.

371 STG, de 13 de diciembre de 2012, asunto T-199/11 P, Guido Strack contra Comisión Europea, ECLI:EU:T:2012:691

jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido contra las citadas injerencias o presiones externas a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones. A esta independencia contribuyen garantías como la inamovilidad [STJUE de 19 de septiembre de 2006, *Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, ap. 51], junto con la percepción de un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen [STJUE de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ap. 45], si bien no constituyen una injerencia en la independencia las medidas de reducción salarial cuando se producen en un contexto generalizado, como lo que sucedió con las medidas de bajada salarial de los miembros el Tribunal de Cuentas portugués, cuando dichas medidas «fueron adoptadas en función de las exigencias imperativas de supresión del déficit presupuestario excesivo del Estado portugués y en el contexto de un programa de ayuda financiera de la Unión a dicho Estado miembro y fueron medidas que se aplicaron no sólo al Tribunal de Cuentas, sino a diversos cargos públicos y personas que ejercen funciones en el sector público, incluidos representantes de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial» [STJUE de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aps. 46-48].

El segundo aspecto se asocia al concepto de «imparcialidad» y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquél. Este aspecto, que el órgano jurisdiccional remitente teme que se pase por alto en este caso, exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica [STJUE de 19 de septiembre de 2006, *Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, ap. 52; STJUE de 9 de octubre de 2014, *TDC A/S*, ap. 31]. En primer lugar, el tribunal debe ser subjetivamente imparcial, que ninguno de sus miembros debe manifestar parcialidad o sesgo personal, imparcialidad personal que se presume salvo que se demuestre lo contrario. En segundo lugar, el tribunal debe ser objetivamente imparcial, que debe ofrecer suficientes garantías para excluir cualquier duda razonable al respecto³⁷².

Las garantías de independencia e imparcialidad demandan la existencia de reglas, referentes a la composición del órgano, al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio [STJUE de 19 de septiembre de 2006, *Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, ap. 53,]. Para considerar cumplido el requisito relativo a la independencia del órgano de que se trate, la jurisprudencia exige, en particular, que los supuestos de cese de sus miembros estén previstos en disposiciones legales expresas [STJUE (Sala Tercera), de 9 de octubre de 2014, *TDC A/S contra Erhvervsstyrelsen*, apdo. 32].

Junto a ello, la necesidad de independencia exige igualmente que el régimen disciplinario que se aplique a quienes tienen la misión de juzgar presente las garantías necesarias para evitar cualquier riesgo de que dicho régimen pueda utilizarse como sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales, lo que exige establecer normas que definan tanto los comportamientos constitutivos de infracciones disciplinarias como las sanciones aplicables concretamente, que prevean la intervención de un órgano independiente con arreglo a un procedimiento que garantice plenamente los derechos consagrados en los artículos 47 y 48 de la Carta, especialmente el derecho de

372 STG, de 13 de diciembre de 2012, asunto T-199/11 P, *Guido Strack contra Comisión Europea*, ECLI:EU:T:2012:691

defensa, y que consagren la posibilidad de impugnar judicialmente las decisiones de los órganos disciplinarios da lugar a un conjunto de garantías esenciales para preservar la independencia del poder judicial [STJUE de 25 de julio de 2018, LM, apdo. 67].

La independencia resulta esencial además para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial, uno de los elementos sobre el que se asienta el ELSJ³⁷³.

Asimismo y como ya se ha puesto de manifiesto, al resolver los recursos de anulación contra el Reglamento de condicionalidad, el Tribunal de Justicia ha destacado que la independencia judicial, como manifestación del principio del Estado de Derecho, es esencial para asegurar la protección del presupuesto de la Unión y de sus intereses financieros, resaltando la relación existente entre este valor fundamental y la identidad misma de la Unión como un sistema jurídico común³⁷⁴.

La imparcialidad y la independencia no son, por tanto, exigencias meramente técnicas, sino garantías esenciales para la confianza en el sistema judicial, la protección efectiva de los derechos fundamentales y el cumplimiento uniforme del Derecho de la Unión. El TJUE subraya la necesidad de contar con tribunales independientes e imparciales que puedan asegurar un control judicial efectivo sobre las decisiones administrativas y legislativas, destacando la importancia de la dimensión objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, el TJUE sostiene que el valor del Estado de Derecho implica, para todos los Estados miembros, la existencia de un sistema judicial y administrativo imparcial, independiente y eficaz, adecuadamente preparado [STJUE de 21 de diciembre de 2021, apdo. 218].

Por otro lado, la configuración institucional del Ministerio Público resulta clave para el funcionamiento equilibrado del sistema de justicia y la protección del Estado de Derecho y es un elemento importante también en el informe del Estado de Derecho. La Comisión de Venecia ha subrayado que, si bien no existe un modelo uniforme en Europa respecto a su organización interna o al procedimiento de nombramiento de los fiscales, debe garantizarse una autonomía suficiente frente a posibles interferencias políticas. Esta autonomía no solo se refiere a la institución en su conjunto, sino que también debe extenderse a su funcionamiento interno. En consecuencia, los fiscales deben poder resistirse a órdenes ilegales, y ejercer sus funciones conforme al principio de legalidad³⁷⁵.

3. El caso de España: diagnóstico europeo sobre el sistema judicial.

Desde la publicación del primer informe sobre el Estado de Derecho en la Unión Europea en 2020, la Comisión Europea ha prestado especial atención a la situación del sistema judicial en España, especialmente en lo relativo a su independencia y eficiencia.

Uno de los aspectos más recurrentes y críticos ha sido la situación del CGPJ. La Comisión expresó desde el primer informe su preocupación por la falta de renovación del órgano desde diciembre de 2018, lo cual afecta negativamente a la percepción de independencia judicial. Asimismo, se cuestionó el sistema de elección de sus vocales, ya que todos son designados por el Parlamento, contraviniendo los estándares europeos que recomiendan que al menos la mitad sean elegidos directamente por los propios jueces.

En los informes de 2021 y 2022, la Comisión reiteró estas advertencias y advirtió sobre el riesgo de politización de la justicia debido al bloqueo institucional. Además, se formularon recomendaciones claras: renovar urgentemente el CGPJ, reformar su sistema de elección, y garantizar la autonomía del Ministerio Fiscal. Se señaló que el

373 STJUE, de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117; STJUE (Gran Sala) de 25 de julio de 2018, L.M. , C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586

374 Lenaerts, K. , “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, 2022, 351-368

375 Comisión de Venecia, Informe sobre la lista de criterios del Estado de Derecho, CDL-AD(2016)007

mantenimiento de la interinidad del CGPJ tenía un efecto paralizante sobre el conjunto del sistema judicial, al impedir también el nombramiento de altos cargos judiciales.

Otro punto de preocupación ha sido la relación entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno. La coincidencia de mandatos generó dudas sobre la independencia de la Fiscalía, motivo por el cual la Comisión ha insistido en desvincular ambos cargos y reforzar el estatuto del Fiscal General. También se ha solicitado mayor transparencia en la comunicación con el Ministerio de Justicia.

En cuanto a la eficiencia y recursos del sistema judicial, los informes han detectado problemas estructurales como una baja *ratio* de jueces por habitante, importantes retrasos en la resolución de casos -especialmente en el Tribunal Supremo- y desigualdades territoriales en la digitalización judicial. Si bien se reconocen algunos avances, como la implantación de herramientas digitales, la Comisión considera que los recursos humanos y materiales siguen siendo insuficientes.

En el informe de 2023, la Comisión reconoció que España había abordado total o parcialmente un 65% de las recomendaciones formuladas el año anterior. No obstante, persistían preocupaciones, entre ellas la falta de avances en la renovación del CGPJ a la que se nos decía que debería darse carácter prioritario e, inmediatamente después de la renovación, dar inicio a un proceso para adaptar el nombramiento de sus vocales elegidos entre jueces y magistrados, teniendo en cuenta las normas europeas relativas a los consejos del poder judicial. Se recordaba cómo el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) había manifestado reiteradamente su gran preocupación por el prolongado bloqueo en la renovación del CGPJ, subrayando que esta situación compromete la confianza en la independencia del poder judicial y puede generar una percepción de politización de la justicia.

También se nos señalaba la necesidad de un fortalecimiento del estatuto del Fiscal General. Y se recomendó aprobar una ley sobre la actividad de los grupos de interés y mejorar la eficiencia en los casos de corrupción de alto nivel.

Por centrarnos en el último informe de 2024 se señala que la valoración de la independencia judicial en España sigue siendo baja tanto entre la ciudadanía como entre las empresas.

Aunque se valoran positivamente los avances significativos logrados en la renovación del CGPJ, gracias a la intermediación de la Comisión, se insiste en que la falta de renovación del CGPJ ha lastrado la labor del TS y perjudicado al sistema judicial en su conjunto.

También se subraya sigue siendo necesario reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal con otras medidas como disociar en el tiempo el mandato del fiscal general del Estado y el del Gobierno y se recuerda que, en el acuerdo sobre la renovación del CGPJ, de 25 de junio de 2024, se contempla una reforma del EOMF con la que se pretende establecer la prohibición de que los ciudadanos que hayan ejercido cargos políticos en los últimos años, puedan convertirse en fiscales generales del Estado, y se establece que el fiscal general del Estado no pueda actuar en asuntos en los que tenga un interés personal.

Asimismo se presta atención al hecho de que el CGPJ y otras partes interesadas sigan expresando su preocupación por las declaraciones públicas realizadas por políticos en relación con el poder judicial. A este respecto, recuerda que ya en los Informes sobre el Estado de Derecho de la Comisión Europea correspondientes a 2022 y 2023, aunque el poder judicial puede ser objeto de críticas y de control público, es esencial que mantenga un alto nivel de confianza ciudadana, dado el papel especialmente relevante que desempeña en la sociedad. La pérdida de esa confianza resulta particularmente preocupante cuando proviene de manifestaciones realizadas por representantes del poder legislativo o ejecutivo, ya que todos los poderes del Estado comparten la responsabilidad

de promover y proteger la credibilidad de las instituciones constitucionales, incluido el propio sistema judicial.

Junto a ello, la Comisión Europea reitera su preocupación por el mantenimiento de la competencia del Tribunal Supremo para juzgar penalmente a altos cargos públicos, una cuestión que ya había sido señalada en informes anteriores. Aunque las autoridades españolas se comprometieron a abordar esta situación, los denominados "aforamientos" siguen generando inquietud, ya que permiten que miembros de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial no sean juzgados por tribunales ordinarios, incluso cuando los delitos cometidos no guardan relación con el ejercicio de sus funciones oficiales. Diversos actores e instituciones nacionales han cuestionado la legitimidad y la proporcionalidad de este régimen, alertando sobre su posible impacto en la igualdad ante la ley y en la percepción de justicia,

Se destaca avances en el acceso a la justicia en España, especialmente en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita, que continúa siendo una de las más amplias de la Unión Europea, según el Cuadro de Indicadores de la Justicia de 2024. Se han incrementado los recursos económicos destinados a este servicio, a través de subvenciones al Consejo General de la Abogacía Española y al de Procuradores. También se han adoptado medidas específicas para mejorar el acceso a la justicia de colectivos vulnerables, como menores, víctimas de violencia de género y personas en riesgo de discriminación. Paralelamente, se han creado nuevas plazas judiciales para hacer frente a la escasez de personal, aunque España sigue teniendo una de las *ratios* más bajas de jueces por habitante en la UE.

También entre los aspectos positivos, se afirma que la digitalización de la justicia en España ha avanzado significativamente, especialmente en lo que respecta a la tramitación electrónica de los procesos judiciales. Según se destaca en el Informe sobre el Estado de Derecho de 2023, España ha alcanzado una fase avanzada en este ámbito, con el uso extendido de herramientas informáticas dentro del sistema judicial.

A pesar de la tendencia positiva en los indicadores de eficiencia judicial, se ha registrado un ligero empeoramiento en ciertos aspectos. En particular, la duración de los procesos en el Tribunal Supremo sigue siendo una preocupación, y el tiempo de tramitación de los asuntos sigue siendo excesivamente largo, lo que sigue siendo motivo de preocupación para las partes interesadas. A pesar de esto, se han implementado nuevas medidas para mejorar la eficiencia del sistema judicial.

En conjunto, los informes de la Comisión Europea reflejan una preocupación creciente por la necesidad de una reforma integral del sistema judicial español. Esta debe garantizar la independencia efectiva del poder judicial, la autonomía del Ministerio Fiscal y una mejora sostenida de la eficiencia del sistema a través de inversiones en recursos humanos, formación y digitalización.

IV A MODO DE CONCLUSIÓN

El Informe sobre el Estado de Derecho subraya que Europa enfrenta retos importantes que amenazan los principios fundamentales del Estado de Derecho. Este principio, base esencial para la cohesión y estabilidad de la UE, debe ser respetado de manera coherente por todos los Estados miembros. Su vulneración compromete no solo la integridad del sistema judicial, sino también la confianza de los ciudadanos en las instituciones europeas.

El informe pone en evidencia una creciente disparidad entre los Estados miembros, dividiendo a aquellos cuyos sistemas judiciales siguen respetando los principios democráticos fundamentales y aquellos que, al implementar reformas que debilitan garantías esenciales, generan dudas sobre su capacidad para cumplir con los estándares exigidos. Esta brecha podría tener consecuencias graves en la cooperación judicial entre Estados y en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La UE no puede permitirse un retroceso en la protección del Estado de Derecho. La crisis de confianza que esta situación está generando en los sistemas judiciales de algunos países requiere una acción firme y urgente por parte de las instituciones europeas. El futuro de la integración europea, la confianza ciudadana en la justicia y el correcto funcionamiento del ELSJ dependen de la capacidad de la UE para preservar y fortalecer los principios democráticos que han sido la base de su construcción.

En el caso de España, el Informe sobre el Estado de Derecho destaca tanto avances como retos persistentes. Si bien se han logrado importantes progresos, como la renovación parcial del CGPJ y el fortalecimiento de la asistencia jurídica gratuita, persisten serias preocupaciones sobre la independencia judicial y la eficiencia del sistema. Aspectos referidos a los aforamientos, la escasez de medios o la inacabada reforma del estatuto del MF continúan siendo temas críticos, afectando la confianza en la justicia y el correcto funcionamiento de los tribunales. A pesar de los esfuerzos por digitalizar la justicia y mejorar el acceso para colectivos vulnerables, la escasez de recursos humanos y las desigualdades en la tramitación de casos siguen afectando la efectividad del sistema judicial. En este contexto, es fundamental que España mantenga su compromiso de reformar sus estructuras judiciales conforme a los estándares europeos para evitar que los problemas existentes sigan afectando la calidad y la percepción de la justicia en el país.

TERCERA PARTE. JUECES INDEPENDIENTES E IMPARCIALES

LUCES Y SOMBRAS DEL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL EN ESPAÑA Y ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO



Inmaculada Sánchez Barrios
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

MENCIÓN CURRICULAR

Ha impartido *DOCENCIA* en Licenciaturas, Grados, Másteres y Cursos de Postgrado y Extraordinarios, como los Cursos de Asesores Jurídicos en Consumo (de los que fue directora); el Master en Derecho español para juristas extranjeros (del que fue coordinadora en varias ediciones), el Master en Estudios de Género o el de la Abogacía. Igualmente ha impartido numerosos Cursos de Doctorado (tanto en la USAL como en las universidades París XI y La Sapienza), dirigiendo a su vez varias Tesis Doctorales. Le ha sido concedida en varias ocasiones la *Excelencia* en su labor docente (*PROGRAMA DOCENTIA*)

Ha realizado numerosas *ESTANCIAS DE DOCENCIA E INVESTIGACIÓN* en prestigiosas universidades como París XI, París II “Panthéon-Assas”, Bologna, L.U.I.S.S., La Sapienza, Institute Of Advanced Legal Studies-University of London, Nacional de Bogotá, Buenos Aires, Río de Janeiro, Libre de Bruselas, Coímbra, etc.

Es autora de seis *monografías* y de más de setenta *capítulos y artículos doctrinales*, colaboradora en varios textos legales concordados, habiendo realizado también traducciones jurídicas. Igualmente es *directora* de cuatro *libros colectivos* e investigadora en veinte *PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN I+D*, tanto europeos, como nacionales y regionales, habiéndole sido concedidos tres *SEXENIOS* de investigación.

Ha impartido casi doscientas *CONFERENCIAS Y PONENCIAS* tanto en universidades españolas como extranjeras y en diversas instituciones internacionales.

Ha desempeñado, entre otros, los cargos de *Directora de la Unidad de Igualdad de la USAL* (desde 2016 hasta hoy), *Vicedecana de la Facultad de Derecho USAL* (2004-2012), Presidenta de la Comisión de Plazas, Directora del Aula Aranzadi, Presidenta de la Comisión de Premio Extraordinario de Doctorado, de la Junta Electoral y de otras comisiones, y ha formado parte del Jurado de numerosos Premios.

Ha dirigido treinta y cinco Congresos y Jornadas, nacionales e internacionales; y formado parte de numerosos comités organizadores; y le han sido concedidas varias becas, ayudas y subvenciones.

Es miembro de varias asociaciones, órganos y grupos de investigación (“Iudicium”, Grupo de Investigación de Excelencia de CYL; “EMEDEU Proyect” de la Unión Europea; de APDPUE, de “Proceso y garantías”, Mujeres del Sector Público o AMIT)

La regulación de nuestro Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) por la Constitución Española de 1978 siguió la estela de órganos similares de otros países de nuestro entorno más próximo. Fue tras la II Guerra Mundial cuando fueron naciendo los consejos superiores de la magistratura en Francia (Constitución de 1946 y Constitución de 1958), en Italia (Constitución de 1947) o en Portugal (Constitución de 1976), sobre los que haremos algunas referencias en nuestra ponencia, principalmente para destacar las semejanzas y diferencias entre ellos y nuestro CGPJ, incluyendo también las últimas recomendaciones de la Unión Europea y el Consejo de Europa y los criterios de la Red Europea de Consejos de Justicia en cuanto a la regulación de estos órganos.

Aunque ya hubo con anterioridad otros tímidos órganos de gobierno de Juzgados y Tribunales en España, no es hasta el CGPJ creado por la Constitución Española de 1978 y cuya regulación fue desarrollada por primera vez con la LO 1/1980, de 10 de enero, del CGPJ, cuando realmente podemos hablar de un órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial. El CGPJ es un órgano constitucional del Estado, no jurisdiccional, garante de la independencia del Poder Judicial y que asume el gobierno del mismo, sustituyendo en esta función al Ejecutivo.

Aquellos momentos pueden calificarse como de época de “luces”. A partir de 1978 contábamos con un órgano similar al de otros países europeos que disfrutaban de democracias consolidadas. Nuestro recién nacido CGPJ presentaba una composición y forma de elección de sus miembros muy adecuadas y poseía unas competencias importantes, sustraídas al Ejecutivo en mayor medida incluso que en muchos de los países que constituyeron un referente para nosotros.

Nuestra Norma Suprema creó el Consejo con el fin de que el gobierno del Poder Judicial quedara confiado a un órgano constitucional *ad hoc*, situado por la propia norma constitucional en una «*posición autónoma y no subordinada a los demás poderes públicos*». La configuración constitucional del CGPJ como garantía de la independencia judicial ha sido plenamente reconocida por el Tribunal Constitucional. Pero su regulación en estos cuarenta y cinco años de existencia ha presentado importantes variaciones, incluso en lo que podríamos denominar su núcleo duro, y no pocas polémicas. Se avecinaban momentos de “sombras”, como iremos viendo.

Así pues, el punto de partida indiscutible al referirnos al CGPJ es la CE de 1978. Su art. 122 recoge la composición y forma de elección de este órgano además de una relación de competencias básicas indisponibles e intransferibles (nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario), a las que se han ido sumando o restando otras varias en las sucesivas reformas de las que ha sido objeto.

Como es conocido, uno de los aspectos más problemáticos de su regulación ha sido y sigue siendo el de la forma de elección de sus miembros. El contenido del art. 122.3 CE determinó toda la posterior regulación del CGPJ en esta materia y la pretendida ambigüedad de este precepto constitucional desembocó en las importantes polémicas que iremos analizando en la ponencia.

La composición mixta del CGPJ —tanto jueces y magistrados, por un lado, como otros juristas, por otro— no planteó problemas tan graves como la forma de elección de sus miembros. Su composición siguió la tónica general de los países que cuentan con órganos similares, pues en todos existen vocales de diversa procedencia, no sólo judiciales. De todas formas también llegaron a plantearse controversias sobre la composición del mismo y se debatió sobre algunas cuestiones al respecto: sobre el número concreto de miembros que debería tener el CGPJ, sobre cuántos jueces o magistrados de cada categoría judicial deberían formar parte de este órgano, sobre la proporción de Jueces y Magistrados con respecto a los vocales juristas no pertenecientes a la carrera judicial, sobre la posibilidad de que los miembros del Ministerio Fiscal, los Secretarios Judiciales (ahora Letrados de

la Administración de Justicia) e incluso otros funcionarios de la Administración de Justicia fueran tanto miembros elegibles como electores del CGPJ e incluso se debatió sobre si algunos otros colectivos de juristas debían estar obligatoriamente representados, como ocurrió con los abogados, llegando al final a indicar expresamente el art. 122.3 CE que entre los juristas debía haber algún Abogado.

Así pues, se buscó que los miembros Jueces y Magistrados pertenecieran a todas las categorías judiciales y reflejaran las diferentes fuerzas y corrientes de opinión existentes en la carrera judicial, pero también debería incluir, como contrapartida correctora del posible corporativismo y endogamia, una apertura de su órgano de gobierno a otros juristas: Abogados, Procuradores de los Tribunales, Secretarios Judiciales, Fiscales, Profesores de Universidad de materias jurídicas, y otros profesionales del Derecho. A lo largo de todos estos años se ha mantenido el número de miembros del CGPJ y su procedencia (doce de entre Jueces y Magistrado y ocho abogados y otros juristas), pero por lo respecta a los doce miembros procedentes de la carrera judicial los cambios han sido significativos en algunas de las reformas.

Por ejemplo, en la LO 1/1980, del CGPJ, se primaba a las categorías “más altas”, pero un amplio sector doctrinal opinaba que incluso la judicatura se mostraba contraria a la proporcionalidad rigurosa y entendían que el baremo establecido en el art. 82 de esta norma no desvirtuaba la importancia de la representatividad de la Carrera judicial, aunque obviamente no todos eran de la misma opinión. Así, esos doce puestos se distribuyeron de tal forma que al final se eligieron como miembros del CGPJ a tres Magistrados del Tribunal Supremo, seis Magistrados y tres Jueces.

También se expresaba en la LO 1/1980 que no podrían ser candidatos para formar parte del CGPJ los Jueces o Magistrados que no se hallaren en servicio activo al producirse la convocatoria, de manera que quien se encontrara en cualquier otra situación, sin importar la causa en virtud de la cual no estuviera en activo, no podría ser nombrado miembro del CGPJ, lo que generó algunas críticas.

La anterior Ley fue derogada por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), que no especificó cuántos miembros judiciales de cada categoría debían formar parte del CGPJ y ni siquiera se abordó esta cuestión en su discusión parlamentaria. Pero ello no significaba que las Cámaras hubieran podido proceder con completa discrecionalidad a la hora de los nombramientos. Tal y como se expresa en la STC 108/1986, de 29 de julio, el consenso constitucional implícito fue que los doce vocales procedentes de la carrera judicial “expresasen no sólo diferentes niveles de experiencia por su función y su edad, sino las distintas corrientes de pensamiento existentes en aquella”. El mandato constitucional no impone un reparto exactamente proporcional entre las categorías y las corrientes de pensamiento, pero sí un reparto que no sea claramente desproporcionado.

Con posterioridad, la L.O. 2/2001, de 28 de junio, modificó la LOPJ, pero esta reforma no varió la composición original del CGPJ. El art. 112 de la LOPJ que resultó de la reforma volvió a insistir en su nueva redacción sobre que los Jueces y Magistrados que resultaran elegidos miembros del CGPJ deberían serlo de todas las categorías, aunque sí se produjeron algunos cambios en la forma específica de ser elegidos.

Con la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, se creó la figura del Vicepresidente e introdujo profundas modificaciones en su organización y funcionamiento. En opinión de algunos autores, esta regulación dio lugar a una verdadera refundación del CGPJ. Lo más llamativo de esta novedosa regulación es que convierte a la mayoría de los vocales del CGPJ en vocales a tiempo parcial (ya que estos van a poder compatibilizar las funciones vinculadas al Consejo con el ejercicio de la que resulte ser su actividad). Solamente los vocales que forman parte de la Comisión Permanente se encuentran en situación de dedicación exclusiva, y los demás compaginan

sus funciones jurisdiccionales o profesionales en general con el cargo de vocal del CGPJ. Con el este sistema se hablaba de un mejor funcionamiento de la institución -lo que no está nada claro-, pero sí se vislumbran los importantes riesgos que podía generar esta fórmula. Este cambio no pudo ser calificado de inconstitucional, pero quizás pudo provocar un mayor automatismo en la toma de decisiones del Pleno, al no poder estudiar muchos de los vocales los asuntos por falta de tiempo e inclinarse por apoyar la opinión de los más afines que formaran parte en cada momento de la Comisión Permanente, atribuyendo un excesivo poder a los miembros de esta Comisión. Como dato positivo se arguyó que se preveía su renovación anual, estableciendo la posibilidad de que todos los vocales, con excepción de los que integraran la Comisión Disciplinaria, pudieran llegar a formar parte de la misma.

Con esta Ley también se permitió que se eligieran -dentro del grupo de los ocho juristas- a Jueces y Magistrados que no se encontraran en situación de servicio activo, lo que puede desvirtuar lo marcado por la Constitución, pudiendo vulnerarse el Texto Constitucional ya que rompería el equilibrio del órgano, exigido por la CE precisamente para evitar el predominio corporativo.

Estas son solo algunas de las cuestiones conflictivas que se han ido planteando sobre el CGPJ, y sin haber entrado aún en el que probablemente sea el problema más agudo: el de la elección de sus miembros.

La forma de elección de los miembros del CGPJ fue y sigue siendo objeto de las mayores y encendidas discusiones, y ha constituido por ello una de las materias sobre las que más se ha escrito y se ha debatido, sobre la que apuntaremos algunos de los aspectos que nos parecen más trascendentes, partiendo de la fórmula inicial de elección de los miembros del CGPJ y las sucesivas reformas que han tenido lugar desde el primer desarrollo de la CE por la L.O. 1/1980, hasta la actualidad.

Es una constante el observar, repetida una y otra vez por todos los medios imaginables, cuál es la forma de elección recogida por la CE de 1978. Seguimos la tendencia y la hacemos constar una vez más: según expresa su art. 122 CE, el CGPJ está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo preside, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. *“De estos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”*.

La pretendida ambigüedad en la redacción de este precepto fue la excusa para más adelante modificar en diferentes reformas el sistema de elección de los miembros del CGPJ. Puede comprenderse fácilmente que existe una gran diferencia entre el nombramiento de sus miembros por los propios Jueces y Magistrados, o por éstos y en parte también por el Congreso y el Senado, y cuando lo son por las Cámaras en su totalidad, lo que consideramos que no está de acuerdo con lo expresado en la CE.

El primer desarrollo legal de las disposiciones constitucionales realizado por la L.O. 1/1980, recogió al pie de la letra la forma de elección de sus miembros, entendiendo sin problema que la Constitución marcaba que los doce vocales de procedencia judicial serían elegidos por los propios Jueces y Magistrados mediante un sistema electoral mayoritario entre todos los jueces y magistrados que se encontraban en servicio activo; y los juristas de reconocida competencia lo serían por el Congreso y el Senado. Aunque tampoco puede olvidarse que también surgieron ciertas tensiones de tipo corporativo entre los propios jueces y magistrados por el sistema electoral empleado, que supusieron una de las causas para reformar la futura forma de elección de estos últimos, como hizo en 1985 la LOPJ al modificar esta forma de elección, pues pasaron a ser elegidos todos los miembros, los

veinte, por ambas Cámaras: por el Congreso, diez, y por el Senado, los otros diez. Las críticas no se hicieron esperar y más por la forma en la que se produjo el cambio, es decir, al final de trámite parlamentario de la LOPJ, por una enmienda *in voce* no esperada, que dio la vuelta completa al sistema de elección de los miembros del CGPJ. Se consideró por muchos como un hecho muy grave la designación de todos los miembros del CGPJ por las Cámaras, entendiendo que ello podría constituir tanto una agresión a la Constitución, al Estado de Derecho en ella consagrado y al sistema de libertades constitucionalmente garantizado como a la propia Magistratura y a los mismos ciudadanos, pudiendo atentar contra la independencia y el autogobierno judicial.

Existió una gran polémica sobre la constitucionalidad de esta fórmula, que se trasladó al Tribunal Constitucional, pero éste, en la STC 108/1986, de 29 de julio, como es sabido, interpretó que la forma de elección de los vocales del Consejo no era contraria a la Constitución, aunque recomendó al legislador su cambio, lo que no deja de ser muy significativo. Expresaba el TC que la existencia del riesgo de frustrar la finalidad de la norma constitucional e incluso su probabilidad, parecían aconsejar la sustitución de este sistema, pero que ello no constituía fundamento bastante para declarar la inconstitucionalidad del art. 112.3 de la LOPJ. Realmente, aunque dicho sistema de designación no implicaba de forma directa vulnerar la CE, sí existía un alto riesgo de frustrar la finalidad de la norma constitucional, mayor que con el anterior sistema y por ello pensamos que era más adecuada la fórmula mixta que existía y que ya no ha vuelto.

No hubo en esta materia ninguna otra reforma hasta que se aprobó la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del CGPJ, que modificó la LOPJ instaurando un nuevo procedimiento de designación de los vocales del CGPJ. En definitiva, de aquellos que habían de ser propuestos entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales para su nombramiento por el Rey de acuerdo con un procedimiento complejo que puede resumirse indicando que son los propios Jueces y Magistrados los que designan a treinta y seis candidatos, como máximo, y con posterioridad las Cámaras son las que, de entre ellos, eligen a los doce miembros de procedencia judicial (seis el Congreso y seis el Senado). Esta fórmula parece más acertada que la anterior, pero no acabó con los riesgos de politización del CGPJ.

Se dijo entonces que el “Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia”, firmado el 31 de mayo de 2001 entre el PP y el PSOE, como las dos fuerzas políticas con mayor representación parlamentaria de entonces, fue el que originó la reforma apuntada, estableciendo un modelo electivo de los vocales de procedencia judicial de carácter “intermedio”. Veremos si realmente fue así o si constituyó una “*fake news*” de aquel momento.

Podría considerarse positiva la mayor transparencia de la selección de los vocales judiciales que algunos destacaban, aunque por el contrario se potenció el protagonismo de las asociaciones profesionales de la judicatura, que adquirieron una trascendencia mayor de la deseada, según otros.

Años después se produjo la reforma llevada a cabo por la L.O. 4/2013, de 28 de junio, de reforma del CGPJ. En su Exposición de Motivos señala, respecto de la elección de los miembros del Consejo, que se trataba de introducir un sistema electivo que garantizara la máxima participación posible de todos los Jueces y Magistrados. En la LOPJ se produjo el cambio de ubicación y de numeración de los preceptos que lo regulan, los arts. 566 y ss., cambio que no se entendió por muchos y que no fue nunca justificado. También implicó otro cambio al regular un nuevo sistema de elección, de tal forma que para ser candidato a vocal del CGPJ de procedencia judicial había que contar con un aval de una asociación profesional de Jueces y Magistrados o, en su defecto, con un aval de veinticinco compañeros. Luego nos encontramos con un sistema abierto, en el que cada Juez o Magistrado puede presentarse con veinticinco avales o con el aval de una

asociación. Sobre la base de estas candidaturas el Congreso y el Senado luego elegirían a los vocales judiciales, haciendo mención a que no se podría contravenir la proporción de tres Magistrados del Tribunal Supremo, tres Magistrados con más de veinticinco años de antigüedad en la Carrera Judicial y seis Jueces o Magistrados sin sujeción a antigüedad y que tanto el Congreso como el Senado debían valorar la proporción entre afiliados y no afiliados a las asociaciones judiciales, lo que podía generar algún problema o directamente acabar por no ser valorado según ese criterio.

Ha habido más reformas, operadas por las siguientes leyes:

- Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (modifica composición de la Comisión Permanente del CGPJ, cambios en recursos sobre candidaturas...)
- Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (sobre la presencia paritaria de hombre y mujeres entre los miembros del CGPJ...)
- L.O. 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones.
- Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (a fin de introducir entre las facultades conferidas al CGPJ en funciones la de proponer a los dos magistrados del Tribunal Constitucional que conforme a la Constitución le corresponde designar).
- Ley Orgánica 3/2024, de 2 de agosto, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de reforma de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, etc.

¿Podemos decir que las mismas representan una oportunidad perdida y un riesgo para la independencia judicial? ¿Seguimos con un desapoderamiento competencial del CGPJ? ¿Podemos hablar como algunos lo han hecho de que estamos ante la “crónica de una muerte anunciada” del CGPJ? ¿El CGPJ está politizado o solo se ha extendido la creencia de que lo está? ¿Qué ha pasado con el Informe de 2025 del Pleno del CGPJ, con una comparativa sobre los sistemas de elección de los Consejos de la Magistratura en Europa y una propuesta de reforma que garantizará la independencia judicial, la participación directa de Jueces y Magistrados y el alineamiento con los estándares europeos?

Se irá desgranando brevemente el contenido de cada reforma y contestaremos estos interrogantes.

Y finalizamos, insistiendo en dos aspectos sobre esta materia que nos preocupan especialmente. Hemos sido testigos del gran retraso, de varios años, en la renovación del CGPJ, lo que significa, desde luego, un incumplimiento de lo marcado por la CE de 1978, pero también el sistema de reparto por cuotas políticas de la composición del Consejo vulnera nuestra Constitución, preocupándonos más, si cabe, este segundo aspecto porque ha instalado desde hace ya demasiado tiempo una imagen de politización del Poder Judicial inadmisibles en un Estado de Derecho como el nuestro.

CUESTIONES PENDIENTES EN LA CONFIGURACIÓN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE JUECES Y MAGISTRADOS



Francisco J. Garrido Carrillo
*Profesor Titular de Derecho Procesal
(Acreditado a Catedrático)
Universidad de Granada*

MENCIÓN CURRICULAR.

Profesor Titular de Derecho Procesal (Acreditado a Catedrático), Abogado, Criminólogo, Máster en Derecho Comunitario Europeo y Experto en Derecho Ambiental.

Ha desempeñado múltiples cargos y responsabilidades en gestión Universitaria, en la UNED y en la Universidad de Granada: Vicedecano de la Facultad de Derecho, Director de Empleo y Prácticas, Director del Centro Cultural Universitario Casa de Porras, y Director de Asociacionismo; Es el Coordinador del Máster Oficial en Criminalidad e Intervención Social con Menores.

Otras responsabilidades y membrías: Presidente de la Red de excelencia en Investigación Internacional “*Justicia, Derecho, Constitución y Proceso*”; Miembro del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología; Responsable del área jurídica del Laboratorio de Criminalística de la Universidad de Granada; Miembro del Centro de Investigación Biccoca (Universidad de Milán); Miembro del Instituto di Studi Penalistici “ALIMENA”, Centro di Ricerca Interdipartimentale dell’Università della Calabria; varios comités editoriales y evaluador de publicaciones nacionales e internacionales.

Premios obtenidos: XXII Premio del Ilustre Colegio de Abogados de Granada; Premio de EXCELENCIA DOCENTE 2020 de la Universidad de Granada.

IP de dos proyectos internacionales (LUCDELOR y RUECO) y un proyecto Nacional (Crimen organizado y la recuperación y gestión de activos derivados del delito). Investigador en numerosos proyectos de investigación, titular de cinco contratos de transferencia, y director de tres tesis doctorales

Ponente en numerosos congresos nacionales e internacionales, múltiples movilizaciones docentes e investigadoras en Universidades europeas y americanas. Autor de abundantes publicaciones entre las que destacan:

- *La Oficina Judicial. Análisis de su nuevo diseño*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.
- *El Estatus de Jueces y Magistrados*. Ed. UGR, Granada 2009.
- *La aportación de España a la institución de una jurisdicción penal internacional. La Corte Penal Internacional*. Garrido Carrillo y Faggiani. Ed. Comares, Granada 2013.
- *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*. Ed. Dykinson, Madrid 2019.
- *Principios y Garantías del Proceso penal de Menores*. Aranzadi, 2023.
- *Instrumentos contra el Crimen Organizado. Cuestiones pendientes para que el delito no resulte provechoso*. Ed. Aranzadi 2024.

I INTRODUCCIÓN.

Como punto de partida, y antes de adentrarnos en el proceloso mundo de “los derechos de participación política de Jueces y magistrados”, hemos de convenir que, en el análisis de la realidad del Juez existen una serie de interrelaciones entre el juez-persona, el juez-funcionario y la función del juez, que es preciso deslindar y clarificar.

En este sentido, y como frontispicio, tomo prestadas las palabras de TOMAS Y VALIENTE que dejó dicho que “los conceptos de independencia del Poder, de la función, y de la persona integrada en aquél y titular de ésta, están íntimamente vinculados, pero no se corresponden con la misma realidad jurídica, ni son la misma cosa, ni están protegidas por los mismos mecanismos de garantía, aun cuando todos ellos se hallan encaminados en último término a que la figura del juez imparcial sea una realidad”. Dicho esto, no cabe duda de que, en el análisis de la realidad del Juez, el elemento transversal es el ejercicio de la función que tienen encomendada, la función jurisdiccional (Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, art. 117 CE), y las condiciones en que esta ha de llevarse a cabo, es decir con independencia e imparcialidad.

Hoy día esa independencia ha de circunscribirse tanto a la libertad de acción del juez, como a las garantías de esa libertad. Y en el análisis del Estatuto de Jueces y magistrados, y desde la perspectiva de su independencia, hemos de ser conscientes de su doble naturaleza; por un lado, como titulares de la función que desarrollan, y, por otro lado, como sujetos de una relación dinámica de servicios de la función pública, es decir como funcionarios.

Por lo tanto, podemos distinguir dos tipos de derechos vinculados al ejercicio del cargo; unos corresponden a Jueces y Magistrados como titulares de la función judicial, y otros los ostentan como titulares de situaciones subjetivas de empleo (es decir como funcionario público). Y, esta doble naturaleza de los Jueces y Magistrados, se proyecta sobre los denominados derechos de participación de los mismos, en cuanto funcionarios públicos.

II LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE JUECES Y MAGISTRADOS.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Juez es integrante de un Poder del Estado y también funcionario público con una relación de servicios con la Administración del Estado, nuestra Constitución realiza un tratamiento diferenciado de esta relación específica de servicios de los jueces y magistrados, para los que prevé una reserva a favor de la LOPJ (art. 122 CE), mientras que para el resto de funcionarios prevé una remisión en bloque a la Ley en el art. 103.3 CE.

Y en el ámbito de los derechos que corresponden a jueces y magistrados en cuanto funcionarios públicos podemos distinguir tres perspectivas de los denominados derechos de Participación.

2.1. La primera perspectiva, se concreta en el derecho de asociación profesional y de afiliación a las mismas.

Respecto de esta cuestión, lo que ha generado más polémica ha sido la prohibición de pertenencia de jueces y magistrados a partidos políticos y sindicatos (art. 127 CE), por lo que, como cuestión previa, hemos de plantearnos es si esta limitación es excesiva o no lo

es. Tengamos en cuenta que, hoy en día, hay un sector que entiende que lo que se intenta prohibir no es la política, ni tampoco su “politización”, sino más bien el pluralismo político, la posible adscripción de los administradores de la justicia a otras opciones que no sean las dominantes. Y, por otro lado, sobre este tema existen contradicciones constitucionales o contrasentidos, por ejemplo, se prohíbe a los jueces afiliarse a partidos, después de haber aceptado previamente que éstos, según el art. 6, expresan el pluralismo político que, a su vez, se erige como uno de los valores superiores del ordenamiento en virtud del art. 1.1.

En definitiva, el ejercicio del derecho de asociación por parte de jueces y magistrados “es la forma precisa de participación de los jueces en el asunto público de la política de la Justicia. Una forma peculiar de participación, como es particular también el estatuto de las propias asociaciones judiciales y el del mismo juez como ciudadano”. Es la única forma de evitar que el contenido del artículo 23 de la CE no quede vacío de contenido.

2.2. La segunda perspectiva de los derechos de participación de jueces y magistrados, se concreta en el derecho a participar en los órganos de gobierno del poder judicial.

Desde esta segunda perspectiva, los jueces y magistrados son directamente órganos gubernativos y a la vez participan en los órganos de gobierno de Juzgados y Tribunales, siendo electores y elegibles para el CGPJ, las Salas de gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y para determinados decanatos.

2.3. La tercera perspectiva se centra en las asociaciones de jueces y el derecho de huelga.

En relación a esta tercera perspectiva, hemos de considerar que, los jueces y magistrados participan de la vida política judicial mediante las asociaciones profesionales, por lo que la prohibición de pertenencia a un sindicato no supone que no puedan defender sus intereses profesionales. Y, conectado de forma directa con esta cuestión se encuentra la posibilidad de hacer uso de determinados instrumentos para la defensa de estos intereses profesionales, y más en concreto el que supone el ejercicio del derecho de huelga.

A estas tres perspectivas podríamos añadir una cuarta que trataría del ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas, como por ejemplo cargos políticos.

III EL DERECHO DE HUELGA DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS.

En relación a la huelga, “Los jueces como colectivo y la huelga como fenómeno jurídico” en nuestra experiencia y en nuestra cultura, también jurídica, casan mal, por lo que, hasta los últimos años, hablar de huelga de jueces parecía algo extraordinario, a pesar de que ya hemos vivido alguna, disfrazada de reunión simultánea de Juntas de Jueces (y así fue el 21 de noviembre de 2008, y posteriormente otra huelga tuvo lugar el 14 de noviembre de 2012, que según datos del CGPJ fue seguida por un 23’57 % de Jueces). Por último, el pasado año 2023, fue noticia de portada la huelga prevista en principio para el 16 de mayo, que finalmente se suspendió por el acuerdo de las Asociaciones profesionales con el gobierno, habiendo aceptado (salvo la Asociación profesional de la magistratura) la oferta de 46,7 millones de euros que se traduce en unos 450 euros más al mes que se aplicarán a toda la carrera. Aunque sigue siendo un tema de poco consenso.

La primera cuestión que nos podemos plantear al hablar de Derecho de Huelga de jueces y magistrados es si ¿existe un vacío normativo o no? sobre esta cuestión. Una parte

de la doctrina mantiene que existe este vacío normativo si se entiende por él la inexistencia de una disposición específica, constitucional o legal, sobre esta materia, sin que esto signifique que el ordenamiento jurídico no pueda ofrecer una respuesta normativa que explique el aparente vacío dejando de ser tal. Otra parte, por el contrario, mantiene que no hay ningún vacío en el ordenamiento español respecto del derecho de huelga de jueces y magistrados. Lo que hay es mucho más que una prohibición expresa. La huelga de un juez o magistrado es la negación de su propia condición como poder del Estado.

Tengamos en cuenta que el art. 28 de la CE concede el derecho de huelga a los trabajadores, y es una cuestión pacífica para la doctrina y la jurisprudencia que dentro de este término se incluyen los funcionarios y, por lo tanto, estos, están legitimados para el ejercicio del mencionado derecho. Por otro lado, el derecho de huelga es un derecho social y por lo mismo un instrumento para la consecución de los fines que persigue hasta el punto de que esos fines pueden dar sentido y convertirse en instrumento de otros mandatos constitucionales, como la igualdad y participación social, debidamente promovidos por los poderes públicos, y a los que hace referencia el art. 9.2 de la propia CE.

Hasta la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988 no se dispuso de una primera referencia legal expresa a la huelga de los funcionarios. Hoy, es el artículo 15. c) del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), el que reconoce expresamente a los empleados públicos el derecho individual que se ejerce de forma colectiva, consistente en: “el ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”. Este Estatuto básico del empleado público recoge expresamente, en su art. 4, que como “...c) Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia” disponen de legislación específica propia, “este Estatuto sólo se aplicará directamente cuando así lo disponga su legislación específica” (art. 4. c. RDL 5/2015).

Ahora bien, en la LOPJ, no hay la más mínima referencia al ejercicio de la huelga para Jueces y Magistrados ni remisión alguna al Estatuto básico o cualquier otra norma que pudiera regular este derecho³⁷⁶. Con este panorama, se ha llegado a negar que jueces y magistrados sean funcionarios, por la naturaleza del cometido que desempeñan, como titulares de un poder del Estado y la imprescindible nota de independencia que el mismo exige, que es, conceptualmente incompatible con la configuración del juez como funcionario público, por definición dependiente de una organización administrativa. Esta negación pone de manifiesto la doble naturaleza de los jueces y magistrados como trabajadores pertenecientes a una organización administrativa y como titulares y ejercientes de la potestad jurisdiccional.

El problema técnico surge del difícil equilibrio entre la laboralidad originaria del derecho de huelga y la participación funcional en uno de los poderes del Estado. Esta doble naturaleza del juez funcionario y del juez titular del poder del Estado es la que

376 Tengamos también en cuenta otro dato, como es que la disposición adicional 1ª del Proyecto de Ley de Huelga de 1993, nunca aprobado, señalaba que “la presente Ley no es de aplicación a los miembros de las Fuerzas Armadas, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, ni a los Jueces, Magistrados y Fiscales mientras se hallen en activo, los cuales se regirán por su normativa específica”. Esta disposición dio lugar a que la Asociación de Jueces y Magistrados “Jueces para la democracia” reaccionara manifestando que “Ante la exclusión expresa de los Jueces y Magistrados del ejercicio del derecho de huelga en el proyecto de Ley que lo regula, Jueces para la Democracia considera que tal exclusión vulnera un derecho fundamental sin que medie justificación objetiva y razonable”.

Ante esto señalar que el proyecto de ley no excluía el derecho de huelga, sino que lo que dice es que no se aplicará esta ley, sino su normativa específica, dejando abierta la cuestión

planea a la hora de abordar la problemática del derecho de huelga de los jueces y magistrados, debiendo de entender que una faceta no anula o hace desaparecer a la otra.

Como punto de partida, el derecho de huelga es un derecho fundamental siendo la norma general, que todos los ciudadanos tienen derecho a su ejercicio y que las restricciones al mismo tendrán carácter excepcional y naturalmente motivado. Dicho esto y para justificar que los jueces y magistrados no pueden ejercer ese derecho, en un primer momento se argumentó que la titularidad del derecho de huelga no reside en las personas físicas individuales sino en los sindicatos, pues estos carecerían de sentido si no tuvieran la exclusividad para convocar todas las huelgas, por ello se decía que al prohibir el art. 127 de la CE la sindicación de los jueces y magistrados, se estaría prohibiendo por esta vía el derecho de huelga de los mismos. Esta cuestión fue resuelta por el TC en su ST de 8 de abril de 1981 (RTC 1981\11) en la que definió el derecho de huelga “como un derecho de titularidad individual, aunque de ejercicio colectivo” (FJ nº 11), distinguiendo el tribunal entre la titularidad del derecho, que únicamente corresponde a los trabajadores y las facultades que integran el mismo que corresponderían tanto a los trabajadores individuales como a los sindicatos.

Por otro lado, el artículo 28.2 CE se refiere específicamente a los trabajadores, personas físicas como titulares del derecho de huelga, sin que el precepto haga referencia alguna a las organizaciones sindicales. Y es que el art. 28 CE consagra en su nº 1 la libertad sindical, y en su nº 2 el derecho de huelga, de manera autónoma, como dos derechos fundamentales con sede propia y distinta, sin que el derecho de huelga como instrumento de defensa haya de estar vinculado de forma exclusiva a los sindicatos, es decir los sindicatos pueden convocar una huelga, pero para convocar una huelga no son imprescindibles los sindicatos.

Por otro lado, la LOPJ regula el derecho de huelga en su artículo 496 apartado d)³⁷⁷ ahora bien, este precepto se encuadra en el capítulo I del Título IV, dedicado a los derechos, deberes e incompatibilidades, del Libro VI de la LOPJ que se ocupa de los “Cuerpos de Funcionarios al

Servicio de la Administración de Justicia y de otro personal”, es decir, del personal al servicio de la Administración de Justicia, excluyéndose por tanto a los jueces y magistrados.

No obstante, todo lo dicho hasta aquí, no podemos deducir que el legislador haya querido privar a Jueces y Magistrado del ejercicio del derecho de huelga, puesto que como señala el TC, el ejercicio de un derecho fundamental no depende del desarrollo legislativo que del mismo se haga, ya que las normas constitucionales en las que se encuentran recogidos son directamente invocables ante los tribunales ordinarios de justicia, siendo título suficiente para su ejercicio³⁷⁸.

Por otro lado, el derecho de huelga no tiene carácter ilimitado pudiendo el legislador prohibirlo o imponerle limitaciones o condiciones para su ejercicio. En este sentido en

377 El art. 496 de la LOPJ fue modificado por la LO 19/2003, señala que “Los funcionarios tienen los siguientes derechos colectivos, en los términos establecidos por la Constitución y las Leyes: a) A la libre asociación profesional; b) A la libre sindicación; c) A la actividad sindical; d) De huelga, en los términos contenidos en la legislación general del Estado para funcionarios públicos, garantizándose el mantenimiento de los servicios esenciales de la Administración de Justicia; e) A la negociación colectiva, a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo para lo cual se establecerán los marcos adecuados que permitan una mayor y más intensa participación de los representantes de los funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia, a través de grupos de trabajo, mesas o cualquier otro foro de diálogo y negociación; f) De reunión”

Para la huelga de LAJ, habrá de estarse al 444 LOPJ, art. 496 LOPJ, y 468 bis LOPJ. Es interesante contrastar esto, con lo dispuesto en el art. 453 LOPJ, que señala que corresponde a los LAJ con exclusividad y plenitud el ejercicio de la fe pública judicial. Y a la vista de lo dispuesto en la legislación orgánica analizar la nota de la Abogacía General del Estado. Dirección General de lo Contencioso de 17.03.2023, sobre la posibilidad de celebración de vistas grabadas durante la huelga de los LAJ.

378 Vid. Fundamento jurídico Número 7 de la STC 8 abril de 1981.

España hay funcionarios como la policía (LO 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado³⁷⁹) y el personal militar (Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas³⁸⁰) que lo tienen prohibido.

3.1. La Cuestión no es la Titularidad del Derecho sino a qué límites está sometido el mismo

Por lo tanto, a la vista de todo lo expuesto, la cuestión no es si los jueces y magistrados son titulares de los derechos fundamentales que la Constitución consagra, que lo son, sino a qué límites se hallan éstos sometidos, dónde están contemplados estos límites, cómo operan, y con qué criterios han de ser interpretados. Una primera limitación afectaría a ¿quién controla la legalidad de las huelgas de este personal?. *¿Quid custodiat custodes?*. Aunque se nombren servicios esenciales y se cumplan escrupulosamente, si los magistrados de la Audiencia Nacional van a la huelga y les compete a ellos declarar su licitud o ilicitud ¿no tendrían que ser recusados para este menester?”.

Una segunda limitación constitucionalmente implícita sería la de que no caben huelgas judiciales “políticas”. Dicho de otra manera, las Asociaciones Profesionales no pueden pretender hacer uso de la huelga como forma legítima de articular su participación en la vida política judicial, ni, en consecuencia, como medio de presión encaminado a favorecer o imponer su propio modelo de política judicial.

Y una tercera limitación, muy discutible, como argumento que se ha utilizado para razonar la imposibilidad del ejercicio de la huelga por los Jueces y Magistrados es la necesidad permanente de sus servicios. Sin duda alguna la función que desarrollan el personal juzgador es de una importante trascendencia para toda la sociedad. Pero entonces no se podría entender que al personal funcionario de las oficinas judiciales si se les reconozca el derecho de huelga, puesto que la misma también impediría la prestación del servicio de la administración de justicia, habida cuenta que su inactividad paraliza plenamente el funcionamiento de los juzgados. Por todo lo expuesto, aquellos que defienden la posibilidad del ejercicio de la huelga por Jueces y Magistrados señalan que es precisa una completa y detallada regulación de los servicios mínimos necesarios, pero que no cabría imposibilitar el ejercicio del derecho. No obstante, hemos de recordar que el personal destinado en las oficinas judiciales no es titular del Poder Judicial.

Y, por último, una cuarta limitación o consideración tendría que ver con que los jueces y magistrados son titulares de un poder del Estado, el Poder Judicial, y son Poder Judicial todos y cada uno de los jueces y magistrados considerados individualmente cuando ejercen jurisdicción.

Desde este punto de vista, el Juez como titular de un poder del Estado parece inadmisibles que pueda ejercitar el derecho de huelga, pues el ejercicio de la misma para poder hacer efectivas sus pretensiones relativas a la determinación de sus condiciones de trabajo conlleva una situación de dependencia, ya que la huelga reivindicativa se ejerce por el subordinado respecto de su empleador.

Otra cuestión distinta es la realidad constatada de esa relación de dependencia por cuanto existe la incidencia del poder ejecutivo en los ingresos económicos de jueces y

379 Art. Sexto número “8. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios”

380 Es el art. 7 dedicado a la neutralidad política y sindical el que señala en su apartado 2, párr. 2º que “Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas”

magistrados, y por lo tanto podemos decir, que “es notablemente distinto el trato que reciben los titulares de los otros poderes del Estado, parlamentarios y miembros del gobierno, fijando unos sus propias retribuciones y proponiendo los otros las mismas, directamente a las Cortes, y efectuando ellos materialmente el pago”.

Parte de la doctrina mantiene que el derecho de huelga de un poder del Estado es algo constitucionalmente impensable, en su opinión de los poderes del Estado son portadores personas físicas que tienen que tener la condición de ciudadanos. Hay que ser ciudadano español para ser presidente del Gobierno o ministro, o diputado o senador o juez o magistrado. Pero una vez que un ciudadano se convierte en portador de un poder del Estado, es esta perspectiva y no la condición de ciudadano la determinante para la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales. Y, entienden estos autores que, el primer mandato que contiene la Constitución para todos los poderes del Estado, es que el poder no puede dejar de ser ejercido, es decir ha de haber continuidad en el ejercicio del mismo, y esta es una de las premisas sobre las que descansa el Estado en cuanto forma de organización del poder.

Por ello, los que participan de esta posición doctrinal consideran que los jueces y magistrados son conocedores de que no pueden ejercer el derecho de huelga, puesto que no son titulares del mismo y porque sería incompatible con su propia condición de juez, entendiendo que “están recurriendo a –tretas- para convocar la huelga obviando el control de las juntas de gobierno de los TTSSJJ de las CCAA y del CGPJ, que constituyen un burdo fraude de ley, ya que una asamblea de jueces no es una asamblea de trabajadores de las que se contempla en el Real Decreto-ley 17/1977”.

Por último y en esta línea de argumentación, el TC en su ST de 8 de abril de 1981 (FJ nº 12), concretaba que el art. 28 de la CE no es de aplicación a los llamados trabajadores independientes, auto-patronos o profesionales, es decir no son trabajadores por cuenta ajena. Esta concepción del ejercicio del derecho de huelga, derivada del art. 28 de la CE, sería de aplicación a jueces y magistrados si tuvieran una dependencia exclusiva del CGPJ en todo lo que se refiere a su estatuto personal y asumiendo este órgano, de conformidad con el art. 122 de la CE, más competencias y específicamente las que afectan al pago de sus retribuciones, haciéndolas efectivas e incluyendo la facultad de propuesta de las partidas que se consideren necesarias para su aprobación por las Cortes Generales en la correspondiente ley de presupuestos.

En definitiva, de lo que se trata aquí no es de la prohibición del ejercicio del derecho de huelga para jueces y magistrados, sino de la imposibilidad de aplicación del art. 28 de la Constitución a los mismos.

3.2. ¿Qué ha pasado en las situaciones precedentes?

Las denominadas “huelgas” o paros que tuvieron lugar hace ya más de 10 años, dieron lugar a los Acuerdos Adoptados por el Pleno del CGPJ en sesión extraordinaria de 9 de febrero de 2009, y reiterados por la Comisión Permanente del CGPJ en su reunión de 13 de noviembre de 2012 con motivo de la Huelga convocada para el 14 de noviembre de ese mismo año.

En dicha sesión el Pleno del CGPJ respondió a una serie de peticiones y comunicaciones recibidas en relación al seguimiento de una jornada de huelga prevista para el día 18 de febrero siguiente, y resolvió que no procedía tener por anunciada la convocatoria de huelga y por lo tanto tampoco había lugar para fijar servicios mínimos.

En definitiva, el Pleno del CGPJ consideró la huelga ilegal o, más exactamente, sin soporte normativo alguno. El FJ 2º del acuerdo que comentamos expresa textualmente los siguientes argumentos: “(...) lo cierto es que el ejercicio de ese posible derecho carece, en el momento actual, de soporte normativo. Ninguno de los escritos presentados contiene

una referencia al marco regulador del referido ejercicio, limitándose a una simple mención a los artículos 3 y 4 del Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo, cuya posible aplicación a las peticiones que se efectúan, aparece huérfana de cualquier motivación. Esta norma se refiere a un tipo distinto de relaciones jurídicas, sin que por tanto puedan encuadrarse en ellas las medidas que se pretenden”.

Y continua el Pleno del CGPJ en su FJ 3º, que es conclusión obligada de lo expuesto que no puede proceder a la fijación de servicios mínimos ni tener por tales aquellos que pudieran señalar quienes suscriben los escritos. Y, por último, en el FJ 4º del acuerdo referido, el Pleno del CGPJ dice que “el Consejo, en el cumplimiento de sus funciones, velará siempre para que, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se garantice el derecho a la tutela judicial de los ciudadanos”.

Finalmente, el Pleno del CGPJ aprobó, en un segundo punto del mencionado acuerdo una declaración institucional, que es digna de mención por cuanto que una vez declarado que la huelga carece de soporte normativo, mostró en esta declaración su apoyo a las peticiones de jueces y magistrados. Como se suele decir, da una cal y otra de arena, para terminar diciendo que “el CGPJ, como el órgano de gobierno del Poder Judicial, por tanto, no comparte medidas de presión que perjudiquen el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva y cuyo ejercicio no tiene una específica cobertura legal”.

En definitiva, los jueces y magistrados participan de la vida política judicial mediante las Asociaciones Profesionales, por lo que la prohibición de pertenencia a un sindicato no supone que no puedan defender sus intereses profesionales. Ahora bien, una vez dicho esto, la cuestión es, si en esta defensa se puede hacer uso de determinados instrumentos y en concreto, de la huelga, es decir, la cuestión no es la titularidad de la huelga sino la concreción de su posible ejercicio. Y, como ya hemos señalado, en esta cuestión es esencial partir de la naturaleza bifronte de los Jueces y Magistrados que son, al mismo tiempo, funcionarios públicos y titulares de un poder del Estado, sin que uno de los perfiles pueda anular o minorar al otro. Desde esta perspectiva nuestro marco jurídico actual no permite, ni reconoce el ejercicio del derecho de huelga por jueces y magistrados.

Ahora bien, cabría una posibilidad. Un CGPJ con autonomía presupuestaria y con competencias plenas en la materia. En el supuesto de una autonomía presupuestaria del CGPJ con competencias plenas en la materia, podría ser criticado desde la óptica que esta autonomía escaparía del control parlamentario. Y no hemos de olvidar que de la gestión de los fondos públicos se deriva una responsabilidad política basada en las competencias que el artículo 97 de la CE residencia de forma irrenunciable en el Gobierno de la Nación. Por ello podría pensarse que al concebirse el CGPJ como un órgano políticamente irresponsable no puede exigirse la misma, quebrando un principio general del sistema parlamentario, y conformándose un Estado dentro de otro Estado.

Ante esta situación y aunque no está previsto constitucionalmente un mecanismo que permita a las Cortes forzar la dimisión del Consejo por una mala gestión de los fondos públicos, esta no ha de ser necesariamente la única forma de control y de exigencia de responsabilidad posible. Tengamos en cuenta que el Tribunal de Cuentas, y demás órganos de fiscalización del

Estado, así como la comparecencia ante las Cámaras de los vocales del Consejo para responder de su gestión, pueden entenderse como medios de fiscalización suficientes. Así mismo también quedan las facultades de las Cortes de aprobación anual de la ley de presupuestos, y las consecuencias políticas que tendría para el CGPJ una aprobación a la baja de sus asignaciones por una mala gestión de los fondos.

CUARTA PARTE. EL FUTURO DEL MINISTERIO FISCAL

LA CRISIS DE LA DEPENDENCIA Y LA JERARQUÍA EN EL DISEÑO DEL FUTURO MINISTERIO FISCAL



Ana María Rodríguez Tirado
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz

MENCIÓN CURRICULAR

Doctora en Derecho (1998) por la Universidad de Cádiz y **Premio Extraordinario de Doctorado (1999)** por la Universidad de Cádiz. Profesora Titular (2004) y Catedrática (2025) de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz.

Líneas de investigación desarrolladas con resultados en publicaciones científicas (más de 80), ponencias (34) y comunicaciones: secretario judicial (funciones procesales), MASC y vulnerabilidad, vivienda habitual, proceso y vulnerabilidad; procesos penales por delitos leves; sobreseimiento y art. 324 LECrim.; procesos penales por delitos sexuales y protección de la víctima menor vulnerable; prueba en el proceso; el juicio verbal; eficiencia procesal y nuevas tecnologías e IA; procesos penales por delitos de corrupción económica; diligencias de investigación penal; vulnerabilidad, ODS y Reglas de Brasilia en menores y en la vivienda; actos procesales de comunicación.

Investigación básica e investigación aplicada en proyectos competitivos de investigación I+D en los que ha participado cuyos resultados se han transferido mediante numerosas publicaciones en revistas y editoriales de reconocido prestigio, congresos y jornadas nacionales e internacionales, seminarios, cursos de doctorado o de posgrado en universidades nacionales y extranjeras. Directora o codirectora de congresos y seminarios, obras colectivas; líder de grupos de trabajo en proyecto I+D de generación del conocimiento, y en un red temática financiada por el ministerio, además de dirigir o codirigir dos obras colectivas.

Ha codirigido tres tesis (2006, 2022, 2025. Dirección/codirección actual de tres tesis doctorales.

Estancias de investigación postdoctorales en Pisa (Italia, 2001) y Resistencia (Argentina, 2001). Estancias ERASMUS en Salerno, Pisa, Caserta, Camerino, Coimbra y Ferrara.

Miembro del **grupo de investigación** SEJ-287 IURISDICTION. Miembro de la Asociación APDPUE y de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal “Proceso y Garantías” (Secretaría de la Junta, abril 2022 a abril 2025). Investigadora del IAIC de la Universidad de Cádiz.

Directora de la Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos y miembro del Consejo Editorial desde 2020. Directora de la Colección de Derecho Procesal, Editorial Reus (2023).

Evaluadora en renovación de títulos universitarios oficiales: Fundación para el conocimiento Madri+d (2015 y sigue), AQU Catalunya (en 2021) y en ACCUEE Canarias (2024 y sigue).

Cargos universitarios desempeñados: Secretaria General (5 años), Directora de Departamento (3 años, 11 meses), Secretaria de Departamento (6 años), Directora de Secretariado de Procesos de Contratación (1 año y 7 meses) y, en la actualidad, Defensora Universitaria (desde 01/02/2021 y sigue).

Docencia: Docencia en todas las asignaturas de Grado y Máster de la UCA. Dos informes favorables con Mención de Excelencia en la evaluación del programa Docencia (2009, 2022). Responsable y miembro de proyectos de innovación docente.

Más información: <https://produccioncientifica.uca.es>, ORCID: 0000-0003-2723-511X, Dialnet: 79842.

I LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA DEL MINISTERIO FISCAL EN SUS ORÍGENES.

Si se busca algún antecedente al que se pueda relacionar el afianzamiento de la institución del Ministerio Fiscal, cabe situar al posible antecesor del fiscal como alguien cercano al monarca y que custodiaba su patrimonio (el fisco), incluido el ejercicio de acciones³⁸¹. Se vinculó a la figura del Procurador Fiscal, del Promotor Fiscal³⁸², en definitiva, un representante del monarca y protector del fisco o patrimonio del monarca, adquiriendo con el tiempo otras funciones civiles y penales en el marco judicial y consolidándose en el ejercicio de la acción penal en su consideración de acción pública³⁸³. Inicialmente, no estaba disponible en todos los órganos judiciales -entiéndase con los que existían en la Baja Edad Media y en la Edad Moderna-, sino sólo en los tribunales superiores (audiencias, chancillerías, consejo real...) con toda la prudencia que ha de tenerse en una época en que no había separación de poderes. Durante la monarquía de Felipe V, se creó una Fiscalía en el Consejo de Castilla con la pretensión de “organizar el Ministerio Público, con el fin de ejercer un control mayor sobre el mismo (el monarca) al ser una pieza clave en la gobernabilidad del reino. De esta forma se crea una Jefatura de la que dependían todos los Abogados fiscales que resultaban necesarios para el despacho de los asuntos. El cargo de Procurador Fiscal lo ostentaba cualquiera de los procuradores auxiliado por un letrado”³⁸⁴.

En la Constitución de 1812 no se contiene mención al Ministerio Fiscal³⁸⁵ al igual que ocurre en la Constitución de la Monarquía española de 18 de junio de 1937, que no se contiene referencia alguna al Ministerio Fiscal o al Fiscal del Reino. Tampoco se encuentran referencias al Ministerio Fiscal o a las Promotores Fiscales en la Constitución

381 DORESTE ARMAS, Delia Carolina, considera que “sería completamente erróneo buscar una figura cercana al perfil que posee actualmente. Por tanto ¿Cuál es su rasgo característico en el devenir de la historia? La cercanía a un Emperador, Príncipe o Rey y ser custodio de su patrimonio, incluso pudiendo en algunos casos acudir a juicio y defender la causa real, que coincidía con la defensa del fisco, como institución que representaba los intereses del monarca o a lo sumo podía representar “una incipiente Hacienda Pública” (Las Responsabilidades del Ministerio Fiscal, tesis doctoral, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2015, pág. 14, https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/19850/4/0729993_00000_0000.pdf) (Último acceso: 3/6/2025).

382 MONTERO AROCA, Juan, señala que “en el Antiguo Régimen existieron, más o menos desde la Baja Edad Media, los llamados promotores fiscales, que eran los abogados del rey, los que defendían ante los tribunales los intereses de la Corona (en este caso llamada patronatus fisci), que podían sostener la acusación en un procedimiento penal cuando en el mismo aquélla tuviera un interés que defender”. Este autor coincide en que la aparición del Ministerio Fiscal, como antecedente inmediato y próximo a como lo conocemos, en el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 (Proceso penal y libertad, Thomson-Civitas, 2008, pág. 120).

383 DORESTE ARMAS, Delia Carolina, Las Responsabilidades del Ministerio Fiscal, tesis doctoral, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2015, pág. 20, https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/19850/4/0729993_00000_0000.pdf (Último acceso: 3/6/2025).

384 DORESTE ARMAS, Delia Carolina, Las Responsabilidades del Ministerio Fiscal, tesis doctoral, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2015, págs. 22-23, https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/19850/4/0729993_00000_0000.pdf (Último acceso: 3/6/2025). Esta autora señala que, “posteriormente, con los Austrias y sobre todo con la dinastía de los Borbones, se produce una uniformización de los órganos encargados de ejercer la función judicial. No obstante y pese a esos cambios, la institución del M.F. continúa sin sufrir alteraciones sustanciales en tanto que sus esfuerzos se destinaban a la defensa del interés particular del monarca” (ibidem).

385 Se alude a que “se establecerán partidos proporcionalmente iguales, y en cada cabeza de partido habrá un juez de letras con un juzgado correspondiente” (art. 273).

de la Monarquía española de 23 de mayo de 1845³⁸⁶ y en la Constitución de la Nación Española de 6 de junio de 1869. Ello no obsta a que fueran reconocidos Fiscales adscritos al Tribunal Supremo de Justicia (Decreto de 13 de marzo de 1814 por el que se aprueba su reglamento).

Sin embargo, sí que el ordenamiento jurídico español contenía referencias al Fiscal, de modo que, a partir de 1812, el Fiscal no se ciñe a “defensor exclusivo de la causa real, de los intereses Fisco o del patrimonio del monarca para comenzar a asumir una nueva función como es la defensa de la causa pública”³⁸⁷.

En 1835, con la aprobación del Reglamento Provisional de la Administración de Justicia, instituyó el Ministerio Fiscal en el Tribunal Supremo y en las audiencias. Comentado en 1869, se afirma que “puede decirse que parte la organización del Ministerio Fiscal, funcionario encargado de velar por la recta administración de Justicia, de representar los intereses Fiscales y de ser una parte necesaria en todo procedimiento a nombre de la Sociedad ofendida por la comisión de los delitos”³⁸⁸.

Se vincula a este Reglamento de 1835 la creación del Ministerio Fiscal, “concebido de modo jerarquizado, integrado en el Poder Ejecutivo y al que se atribuyó como función más importante convertirse en acusador en los procedimientos penales” por delitos públicos como referidos “a los que perjudican a la sociedad”³⁸⁹.

En palabras de DORESTE ARMAS, “la gran aportación del Reglamento Provisional, es que valiéndose de una institución existente en nuestro país y que estuvo tradicionalmente, a lo largo de la historia, vinculada al poder real y a la defensa de su patrimonio, asumiera el nuevo papel de convertirse no solo en el defensor de los intereses del Estado (la causa pública) sino además en el titular del ejercicio de la acción penal en la represión de los delitos. De esta forma nace la figura del fiscal, de manera definitiva y permanente en su nueva faceta de defensor de un nuevo orden social y político. Su presencia se hace permanente en los juzgados inferiores (juzgados de primera instancia) con la figura del promotor fiscal así como en las Audiencias y en el Tribunal Supremo”³⁹⁰.

La Constitución Española de 1876 situaba al Ministerio Fiscal como órgano de comunicación entre el Poder Ejecutivo y el Judicial (art. 101), reconociendo la figura del Fiscal de la República.

La Ley provisional del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 atribuyó al Ministerio Fiscal como funciones principales las de promover la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial (art. 763). La regulación contenida en los arts. 764 y siguientes fueron sustituidos al aprobarse el Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926 y el Reglamento de 28 de febrero de 1927, además de las reformas parciales de que fueron objeto estas normas.

En esta línea, el art. 1 del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Real Decreto de 21 de junio de 1926³⁹¹, completa la previsión de la Ley de 1870 al incidir en que el

386 Con la salvedad hecha los Ministros y sus Fiscales de los mismos en relación a los elegibles para ser senadores (art. 15).

387 DORESTE ARMAS, Delia Carolina, Las Responsabilidades del Ministerio Fiscal, tesis doctoral, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2015, pág. 28, https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/19850/4/0729993_00000_0000.pdf (Último acceso: 3/6/2025).

388 En Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, explicado especialmente por un Abogado del Colegio de Madrid, Madrid, Imprenta J.J. Lapuente, 1869, pág. IX.

389 MONTERO AROCA, Juan, Proceso penal y libertad, Thomson-Civitas, 2008, pág. 121.

390 DORESTE ARMAS, Delia Carolina, Las Responsabilidades del Ministerio Fiscal, tesis doctoral, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2015, pág. 31, https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/19850/4/0729993_00000_0000.pdf (Último acceso: 3/6/2025). “Sin embargo sería a través de otro Real Decreto de 26 de abril de 1844 por el que se “entroniza los principios de unidad y dependencia” (ibidem, pág. 32).

391 En 1926, se separó la carrera fiscal de la judicial.

Ministerio Fiscal “tiene por misión esencial velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a organización de los Juzgados y Tribunales, promover la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y representar al Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial, procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social”.

En el Estatuto de 1926, se preveía que los funcionarios fiscales no pudieran ser recusados, si bien debían abstenerse al disponer que “deberán, sin embargo, excusarse de intervenir en los actos judiciales cuando concurran en ellos algunas de las causas de recusación señaladas en las leyes procesales aplicables a cada caso” (art. 41); por ejemplo, las previstas para jueces y magistrados. Formalmente, no se preveía la recusación³⁹², pero sí se permitía recurrir al superior jerárquico por parte del agraviado. En caso de aceptar la queja por entenderla fundada, decidía su sustitución y por quién, sin posibilidad de recurrir su decisión. Es una clara manifestación del principio de dependencia jerárquica.

El Título IV del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926 se intitulaba “De la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal”. Así, en su art. 42, el Fiscal del Tribunal Supremo asumía la jefatura del Ministerio Fiscal, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia. Los Fiscales de las Audiencias territoriales asumía la jefatura de sus respectivos territorios y los de las Audiencias provinciales la de sus respectivas provincias.

¿Qué obligaciones incluía? El art. 43 de dicho Estatuto establecía cinco obligaciones en los siguientes términos:

- “Dar cuenta a su inmediato superior de los delitos y faltas de que tenga conocimiento, ya se hayan promovido a instancia de parte agraviada, ya de oficio, ya por requerimiento, haciéndolo en el tiempo y forma que se ordene por las disposiciones legales y reglamentarias o por las que sus superiores en el orden jerárquico”.
- “Cumplir exacta y lealmente las instrucciones que sus superiores jerárquicos le comuniquen, en lo que se refiere al ejercicio del Ministerio Fiscal”.
- “Consultar a su inmediato superior jerárquico cuando la gravedad del asunto, la dificultad del caso o cualquiera otra circunstancia lo hiciere necesario o conveniente”.
- “Hacer respectivamente a su superior jerárquico las observaciones que estime conducentes relativas a las órdenes e instrucciones que considere contrarias a las leyes o que por apreciaciones equivocadas o por cualquier otro motivo estime improcedentes; pero sin que pueda separarse de ellas hasta que así se lo ordene su superior”. El superior jerárquico lo resuelva: si las encuentra ajustadas, reformará o dejará sin efecto las órdenes o instrucciones; si provienen de otro superior jerárquico, se las remite; si el superior no encuentra ajustadas dichas observaciones o las considerase improcedentes, dará al inferior las instrucciones que considere e, incluso, puede decidir su sustitución en los asuntos a que se refiera las observaciones realizadas (art. 46)
- “Interponer en tiempo y forma, cuando no tuviere instrucciones en contrario, los recursos procedentes en los asuntos en que sea parte, sin perjuicio de lo que su superior resuelva acerca de su seguimiento”.

392 La razón de que no se prevea la recusación responde, en palabras de MONTERO AROCA, a que la imparcialidad ha de concebirse desde el desinterés subjetivo en el caso concreto, puesto que habrá de interpretar cuál es el interés general a proteger en el caso concreto (existe interés objetivo), debiendo tomar una decisión con respecto a algo que no le es ajeno (MONTERO AROCA, Juan, *Proceso penal y libertad*, Thomson-Civitas, 2008, pág. 121) atendiendo a lo que interprete como interés general. Sí habría de tener desinterés subjetivo en el caso concreto para que no exista un interés personal en el asunto a través de la abstención y, en su caso, la recusación o queja al superior.

Otra manifestación de la dependencia jerárquica se reflejaba en la elaboración de la Memoria anual del Ministerio Fiscal al poder censurar y realizar observaciones sobre los datos enviados por los inferiores jerárquicos (art. 47). Además, el mantenimiento de la unidad de criterio fiscal vendrá determinado por las resoluciones y medidas que los Fiscales de las Audiencias territoriales adopten a partir de la información (datos y noticias) solicitada a los Fiscales de las Audiencias o provinciales de su territorio de los datos y noticias, de lo que darán conocimiento al Fiscal del Tribunal Supremo.

Se disponía, asimismo, que el Fiscal del Tribunal Supremo, a la sazón Jefe del Ministerio Fiscal, podría designar un funcionario fiscal especialmente dedicado a un determinado asunto en caso de que se estimase conveniente su actuación. Lo mismo haré en los ámbitos de las Audiencias territoriales y de las Audiencias provinciales por la respectiva jefatura del Ministerio Fiscal con sus subordinados (art. 49).

El art. 104 de la Constitución Española de 9 de diciembre de 1931, incluye como la vigente Constitución, referencia a la institución del Ministerio Fiscal (Título VII “Justicia”). En dicho precepto, se atribuye al Ministerio Fiscal la función de velar por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Ya se consideraba como un solo cuerpo (unidad) y con las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia, a diferencia de la actual. Preveía la figura del Fiscal de la República, que tenía atribuida legitimación para acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (art. 123).

En cuanto a la referencia a las mismas garantías de la Administración de Justicia y en la medida en que pudieran ser de aplicación al Ministerio Fiscal, el art. 94 Constitución de 1931 declaraba que los jueces eran independientes en el ejercicio de su función y que sólo estaban sometidos al imperio de la ley. En garantía de la independencia judicial, se declaraba que “los jueces y magistrados no podrán ser jubilados, separados ni suspendidos en sus funciones, ni trasladados de sus puestos sino con sujeción a las leyes, que contendrán las garantías necesarias para que sea efectiva la independencia de los tribunales” (art. 104). Previsión que no tuvo efectividad real.

El Estatuto de 1927 fue sustituido por el Reglamento Orgánica de 21 de febrero de 1958 sin cambios en la configuración del Ministerio Fiscal, más allá de la adaptación a la nueva normativa administrativa del momento. Este Reglamento dio paso al nuevo aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de febrero, en la misma línea de la dependencia del Ministerio Fiscal.

La regulación inmediatamente anterior a la aprobación de la Constitución Española de 1978 dio soporte a la institución del Ministerio Fiscal, si bien instrumentalizada por la Dictadura. Se reconoció en la Ley Orgánica del Estado de 1967, configurado sobre la dependencia orgánica y definido como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia.

Así, la Ley Orgánica del Estado 1/1967, de enero, instituyó que “el Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social”. Las funciones encomendadas serían ejercidas “por medio de sus órganos, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica” (art. 35).

Es la Ley 42/1974, de 28 de diciembre, de Bases, Orgánica de Justicia, mantuvo que “el Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, ejerce sus funciones por medio de órganos propios, ordenados conforme a principios de unidad y dependencia jerárquica y con sujeción a los de legalidad o imparcialidad” (Base decimoquinta), si bien es nueva la mención a los principios de legalidad e imparcialidad. Ya adelanta parte del contenido del art. 124 CE al ser misión

del Ministerio Fiscal, entre otras, la de promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social. Para cumplir con esta misión se establecieron funciones, algunas de las cuales podemos encontrar en esencia en el vigente Estatuto de 1981:

El análisis de los antecedentes normativos sirve de marco para afrontar la cuestión planteada como título de este trabajo, que más bien habría que formular en términos interrogativos y no aseverativos.

II EL MINISTERIO FISCAL Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA CON LA CONSTITUCIÓN DE 1978. EL FUTURO MINISTERIO FISCAL. PLANTEAMIENTO.

La redacción del art. 124 CE mantiene algunos de los postulados recogidos en la Ley provisional del Poder Judicial de 1870 y del Estatuto de 1926 al atribuirle la promoción de la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, eliminándose la atribución expresa de la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial; procurar la satisfacción del interés social, promover la acción de la justicia del interés público o, con cambios notorios, velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a organización de los Juzgados y Tribunales. El art. 1 del Estatuto de 1926 a la misión del Ministerio Fiscal. El art. 124 CE utiliza la misma referencia a la misión de esta institución.

En concreto, el art. 124.1 CE atribuye al Ministerio Fiscal la misión de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos del interés público tutelado por la ley, de oficio a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social”.

Para el ejercicio de las funciones que permitan desarrollar esta misión, el Ministerio Fiscal dispondrá de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad (art. 124.2 CE). La jefatura del Ministerio Fiscal está ocupada por el Fiscal General del Estado que es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno (art. 124.3 CE), previa audiencia no vinculante del Consejo General del Poder Judicial.

A partir de la Constitución de 1978, deja de ser órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales, si bien será el que defienda el interés general.

Desde hace años, se habla del fiscal instructor y de la necesaria independencia del Ministerio Fiscal, lo que ha llevado a varios intentos prelegislativos de la atribución de esta función al Ministerio Fiscal. Sin ahondar en este punto, puesto que no es objetivo de este trabajo, sí se hace necesario destacar búsqueda de la independencia, o más bien autonomía como ARMENTA DEU³⁹³ plantea y sobre lo que volveremos, para el adecuado ejercicio de la función instructora. No olvidemos que dirige los expedientes en los procesos penales de menores desde hace décadas sin cambios en su configuración.

En este sentido, el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con Las Cortes ha publicado el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en el que entiende que la reforma proyectada “consolida la independencia de quien ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal en aras de garantizar la imparcialidad de una institución llamada a dirigir la investigación criminal en armonía con los sistemas

393 Jueces, fiscales y víctimas en un proceso en transformación, Marcial Pons, 2023, págs. 121-124.

procesales de nuestro entorno cultural y geográfico más cercano” (parágrafo II de la Exposición de Motivos)³⁹⁴.

A partir de este planteamiento inicial y en atención a las reformas que se proyectan sobre la configuración del Ministerio Fiscal, cabe plantear algunas cuestiones que servirán de guía en la ponencia:

- ¿Está realmente en crisis la dependencia del Ministerio Fiscal?
- ¿Tiene claro el legislador las diferencias entre independencia, autonomía e imparcialidad?
- ¿Si el Ministerio Fiscal es independiente significará que habrá de establecerse criterios que permitan su predeterminación en paralelismo al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley como una garantía?
- ¿La unidad de actuación es factible sin dependencia jerárquica?
- ¿Cabe fiscal, que no deja de ser un representante del Ministerio Fiscal, no va a recibir influencia alguna de los superiores jerárquicos en el asunto concreto que se le asigne ni del exterior? ¿Se eliminan las órdenes e instrucciones que se reciben en el ejercicio de la función de los fiscales?
- ¿Cómo y quién velará por el interés general si no puede recibir indicaciones del Gobierno? ¿El Abogado del Estado?
- ¿Por qué y para qué la independencia del Ministerio Fiscal? ¿Si no se integra en el Ejecutivo, dónde se integrará? ¿Formaría parte del Poder Judicial con unas funciones específicas diferentes de la jurisdiccional?
- ¿Es necesaria la independencia del Ministerio Fiscal para que asuma nuevas funciones?
- ¿El futuro Ministerio Fiscal debe ser independiente... para asumir la instrucción?

Son algunas cuestiones que surgen y, por supuesto, no todas son de fácil respuesta, pero que ha de tenerse en cuenta a la hora de abordar la crisis de la dependencia jerárquica hacia una configuración de esta institución bajo el paraguas de la independencia, que nada tiene que ver con el principio de imparcialidad o de la imparcialidad en el ejercicio de las funciones propias.

394 <https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/normas-tramitacion#166820> (Último acceso: 2/6/2025). El trámite de participación pública está abierto hasta el 9 de junio de 2025.

Se alude a que la reforma es coherente con la pertenencia al espacio normativo de “libertad y justicia” de la Unión Europea, atendiendo así a la creación de la Fiscalía Europea y los cambios estructurales con la necesidad de la articulación de un nuevo sistema procesal, todo ello a juicio del proyectado cambio en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

EL FUTURO MINISTERIO FISCAL COMO DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL



Leticia Fontestad Portalés
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Málaga

MENCIÓN CURRICULAR:

Catedrática de Derecho procesal de la Universidad de Málaga.

Consejera Académica de Guerrero Abogados. Responsable del Grupo de Investigación Garantías procesales en un Estado de Derecho (SEJ 252).

Miembro de la Comisión de calidad y evaluación del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la universidad de Málaga y *Coordinadora de las Prácticas externas* del Máster en Acceso a la Abogacía de la UNED desde el curso 2018/2019.

Ha sido Vicedecana de Relaciones internacionales y movilidad de la facultad de derecho de la UMA; Directora del Departamento de Ciencia Política, Derecho Internacional Público y Derecho Procesal; Coordinadora del Grado en Derecho y Presidenta de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal “Proceso y garantías” desde 2022 hasta 2025.

Ha realizado estancias de investigación en la Universidades de Bolonia, Partenope de Nápoles, Salerno, John Marshall Law School de Chicago, Illinois en Chicago y Federal Fluminense de Niteroi en Brasil.

Ha impartido docencia en las Universidades de Urbino y de Salerno (Italia), Molde (Noruega), Federal Fluminense de Niteroi (Brasil), de Buenos Aires (Argentina), John Marshall Law School de Chicago (EEUU) y Dalian Maritime University (China).

Ha sido IP del Proyecto de I+D+i «universidades y entidades públicas de investigación de ámbito autonómico sobre “El Uso de las Tics en la Cooperación Jurídica Penal Internacional: Construyendo la Sociedad Digital Andaluza del Futuro (PY18-1059)” y del Proyecto de I+D+i Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020 sobre “Mediación y derecho colaborativo: vías emergentes de solución extrajudicial de litigios en la Sociedad digital”.

Autora de múltiples publicaciones: monografías, artículos de revista, capítulos de libros y manuales de Derecho procesal civil y Derecho procesal. Sus principales líneas de investigación están relacionadas con los aspectos procesales del derecho marítimo y del derecho de la competencia, la cooperación judicial penal internacional y métodos adecuados de solución de conflictos.

La transformación del sistema procesal penal sobre la que llevamos décadas debatiendo pasa por la conveniencia de asignar la instrucción penal al Ministerio Fiscal. Esta idea de transición de la figura del fiscal, que tradicionalmente ha asumido la función de la inspección de la instrucción encomendada al órgano jurisdiccional, a director de la investigación del proceso penal se ha ido asentando a lo largo de los años como vienen a demostrar los distintos intentos de reforma de la LECrim en este sentido: Anteproyecto de LECrim de 2011 e, incluso, la propuesta de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, hasta llegar al actual Anteproyecto de reforma de la LECrim de 2020.

Como todos sabemos, esta propuesta que pretende aproximar nuestro proceso penal a otros sistemas procesales afines como, por ejemplo, el de Portugal, ha suscitado desde siempre el debate en torno a la necesidad de garantizar, lógicamente, la protección de los derechos fundamentales del investigado. De ahí que en el desarrollo de esta fase de instrucción que – previsiblemente- dirigirá el Ministerio Fiscal, intervendrá el que se configura como un Juez de Garantías que decidirá sobre las propuestas que le lleguen, fundamentalmente, en lo que a la intervención y disposición de los Derechos Fundamentales se refiere, esto es, en el momento de adoptar medidas cautelares o, por ejemplo, cuando haya que practicarse diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales.

Adicionalmente a la función de control ejercida por el Juez de Garantías, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 contempla la intervención de una figura procesal diferenciada: el Juez de la Audiencia Preliminar (que será un Magistrado de la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia y que, posteriormente, no intervendrá en el desarrollo del juicio oral). Este último, en el citado Anteproyecto ostenta la competencia para resolver sobre las propuestas de sobreseimiento y archivo formuladas durante la fase intermedia, en la que las actuaciones adquieren carácter jurisdiccional, así como para dictaminar sobre la procedencia de la apertura del juicio oral, decisión que, en caso afirmativo, conduciría la causa a la fase de enjuiciamiento. Sin embargo, a nadie escapa que el legislador ha perdido la oportunidad de materializar esta reforma cuando la LO 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia modifica el artículo 785 LECrim regulando la audiencia preliminar, pero omite cualquier referencia a la figura del Juez de la Audiencia Preliminar. En su lugar, se limita a establecer la preceptiva citación del Ministerio Fiscal y las partes, así como a los acusados o acusadas.

Es cierto que la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma de LECrim de 2020 advertía en relación con el Juez de la Audiencia Preliminar que “El alcance de este trámite es, sin embargo, mucho más ambicioso en el proceso penal que en cualquier otro procedimiento jurisdiccional. La misión del juez en la audiencia preliminar del nuevo modelo de proceso es la de proceder al juicio de acusación y determinar, por tanto, si la acción penal interpuesta está suficientemente fundada”.

En consecuencia, la nueva regulación del artículo 785 LECrim resultante de la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2025, exige un seguimiento exhaustivo de la ulterior actuación del legislador en relación con el Anteproyecto de reforma de la LECrim de 2020 al objeto de determinar si la modificación implementada en el citado precepto se ha configurado como una mera regulación transitoria, a la espera de la aprobación del mencionado Anteproyecto de reforma de la LECrim, que contemplaba la creación del Juez de la Audiencia Preliminar o, por el contrario y lo que parece más lógico, que el legislador ha optado por descartar definitivamente la bifurcación de las competencias judiciales en esta fase del proceso, probablemente, como consecuencia de las críticas recibidas.

Ahora bien, este nuevo modelo procesal dirigido a potenciar la figura del Ministerio Fiscal como nuevo director de la investigación en el proceso penal y que relega al juez de sus tradicionales funciones instructoras transformándolo en el citado Juez de Garantías, suscita como problema fundamental el hecho de que la dirección de la fase de instrucción pasa, precisamente, de un juez de instrucción que goza de independencia reconocida constitucionalmente (artículo 117 CE), a una institución como el Ministerio Fiscal, de relevancia constitucional y con personalidad jurídica propia integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, pero que no goza de la independencia e inamovilidad de un órgano jurisdiccional.

Si bien es cierto que el artículo 124 CE, por su parte, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, atribuye al Ministerio Fiscal la misión de promover, de oficio o a instancia de los interesados, la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como de velar por la independencia de los tribunales y procurar ante ellos la satisfacción del interés social, y teniendo en cuenta que la norma básica que regula la figura del Ministerio Fiscal -el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (LO 50/1981, de 30 de diciembre)-, prevé como principios que rigen su actuación:

- el Principio de legalidad – que supone que el Ministerio Fiscal actúa con sujeción a la CE, a las leyes y a las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, y
- el Principio de imparcialidad -por el que el Ministerio Fiscal actúa con plena objetividad y, según afirma la propia institución, con independencia en defensa de los intereses que le están encomendados-,

tampoco podemos dejar de lado que a la regulación sobre la adquisición y pérdida de la condición de miembro de la Carrera Fiscal, incapacidades, situaciones administrativas, deberes y derechos, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades de los mismo, cuando no está expresamente regulado en el Estatuto Orgánico, se aplica de forma supletoria lo dispuesto para los jueces y magistrados en la LOPJ, lo que atribuye a los miembros del Ministerio Fiscal un estatuto asimilado al de Magistrado, salvo las peculiaridades propias de la Institución.

Efectivamente, la aplicación supletoria de la citada normativa confiere a los miembros del Ministerio Fiscal un estatuto asimilado al de los Magistrados, reconociendo, no obstante, las singularidades inherentes a la propia Institución Fiscal. En consecuencia, si bien se establece una asimilación, es importante no olvidar que no se configura una identidad absoluta entre ambas figuras.

Es en este marco de los principios rectores que definen la actuación de los fiscales en el ordenamiento jurídico español, y en consideración a la función del Fiscal General del Estado como ostentador de la Jefatura superior y representación del Ministerio Fiscal, en el que, como decíamos, desde hace décadas, se plantea la posibilidad de encomendar a este órgano la dirección de la fase de investigación en los procesos penales en España.

En este sentido, y pese a que no constituye una cuestión a tratar en esta intervención, consideramos imperativo subrayar que si bien el Fiscal General del Estado, como decíamos, investido de la Jefatura superior y representación del Ministerio Fiscal y nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno, debe actuar con imparcialidad e independencia, estando exento de recibir instrucciones u órdenes por parte del Gobierno proponente o de cualquier otro órgano administrativo o judicial, la capacidad del Gobierno para solicitar al Fiscal General del Estado la promoción de actuaciones judiciales en defensa del interés público introduce una potencial tensión en dicho marco.

La potestad del Fiscal General del Estado para resolver sobre la viabilidad o procedencia de la actuación interesada, si bien salvaguarda formalmente su autonomía, no obsta para que la solicitud gubernamental genere un contexto susceptible de influir en

su percepción de la necesidad y oportunidad de la misma, lo que justifica una constante reflexión sobre los límites y equilibrios necesarios para preservar la independencia funcional del Ministerio Fiscal.

Ante esta perspectiva, resulta ineludible considerar la necesidad de una revisión y adaptación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con el fin de delimitar con precisión el alcance de las competencias y responsabilidades inherentes a esta nueva configuración procesal, salvaguardando su independencia y objetividad en el ejercicio de la función investigadora.

Por razones lógicas que a nadie escapan, no abordaremos en nuestra exposición esta última cuestión que es la que más preocupa a la hora de encomendar la dirección de la investigación del proceso penal al Ministerio Fiscal, esto es, la independencia e imparcialidad del fiscal instructor. No obstante, consideramos que resulta imprescindible enfatizar la necesidad de examinar detenidamente no ya la ineludible reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, sino la forma en la que el legislador aborda dicha modificación. Es cierto que la Disposición final segunda del Anteproyecto de LECrim rubricada *Proyecto de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* prevé la mencionada reforma cuando determina que “El Gobierno, en el plazo de un año (el subrayado es nuestro) a partir de la publicación de la presente ley en el Boletín Oficial del Estado, elevará al Parlamento un proyecto de ley de reforma de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a fin de adecuar la organización del Ministerio Fiscal a lo establecido en la presente ley”.

Sin embargo, como hemos tenido la posibilidad de comprobar en más ocasiones de las que hubieran sido deseables, esa previsión de un año se puede convertir perfectamente en 15 años (véase a modo de ejemplo, la Disposición final decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el Proyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria, según la cual, “En el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria”)... y esta es, precisamente, otra de las cuestiones que genera desconfianza, en general, entre la doctrina, incluso entre aquellos que apoyan la transformación de la investigación judicial en el proceso penal por la instrucción penal a cargo del Ministerio Fiscal, pues poco sentido tiene hablar y profundizar en la actuación del Ministerio Fiscal como director de la investigación en el proceso penal con la incertidumbre acerca de cuándo acometerá el legislador la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y la certidumbre de que, sin duda alguna, empezará la casa por el tejado encomendándole esta nueva función al Fiscal con anterioridad a la reforma de su Estatuto orgánico.

Esta desconfianza e incertidumbre desaparecería, lógicamente, si el legislador hiciera lo contrario de lo que pretende en la actualidad, es decir, acometer la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con carácter previo a la reforma de la LECrim, es decir, previa a la encomendación de la dirección de la investigación en el proceso penal.

Si de verdad existe el pleno convencimiento en encomendar tales funciones de instrucción al Ministerio Fiscal, no nos debería bastar con que el legislador determine la futura reforma de su Estatuto Orgánico en el plazo de 1 año tras la entrada en vigor de la reforma de la LECrim. Todo lo contrario, el legislador debería reformar primero el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, blindando al fiscal frente a posibles injerencias del poder ejecutivo y, entonces, solo entonces, plantear la posible reforma de nuestro proceso penal dejando en manos del fiscal, por otra parte, posible parte acusadora en el mismo, la dirección de la investigación.

Solucionado el que, a nuestro modesto modo de ver, sería el primer error de base en el planteamiento de la futura reforma de nuestro sistema procesal penal, esto es, acometerla con anterioridad a la materialización de la reforma orgánica, y tras detenernos a reflexionar, por un lado, en el porqué de este cambio en la dirección de la investigación

y, por otro, en las palabras del propio legislador cuando pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de ley que “El actual juez de instrucción es parcial”, lo cual no deja, como poco, de sorprender atendiendo, aunque solo sea, a que nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que el Juez de instrucción es imparcial dado que, aunque instruye no falla y su función inquisitiva es compatible con la Constitución, son muchas las cuestiones que han generado debate en la doctrina en relación con la idea de encomendar la investigación penal al Ministerio Fiscal e implementar un sistema acusatorio puro en nuestra LECrim.

Así, son muchos los interrogantes y las cuestiones sobre las que nos debemos detener a reflexionar, entre otras:

- la interacción del futuro fiscal investigador con el Juez de garantías en la fase de instrucción, ¿supone, como advierten los más críticos con esta transformación, una desconfianza del legislador en las labores de investigación del Ministerio Fiscal?
- aunque resulte improbable que el legislador mantenga la figura Juez de la Audiencia Preliminar en un futuro Anteproyecto de reforma de LECrim, en caso contrario habría que reflexionar sobre cómo interaccionaría el fiscal instructor con este Juez de la Audiencia Preliminar, que decidiría en la fase intermedia sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral.
- el preponderante papel del fiscal instructor en la fase de investigación en relación con la participación de las restantes partes acusadoras en el proceso penal plantea un desafío significativo en relación con el principio de igualdad de armas procesales;
- ¿cuál será a partir de esta reforma la relación entre el Ministerio Fiscal como director de la fase de investigación y la actividad de la policía judicial que, funcionalmente, pasará a depender de esta institución?
- la transformación del fiscal en instructor del proceso penal, ¿conseguirá realmente agilizar la fase de investigación de estos procesos?
- ¿cuál sería el control de responsabilidad política, orgánica y personal del fiscal instructor?;
- incluso, ¿tienen verdaderamente interés los fiscales en asumir la instrucción en el proceso penal?

En suma, y a la luz de las diversas cuestiones e interrogantes que planteamos en estas breves líneas, los cuales abordaremos en un momento posterior, podemos resumir las principales preocupaciones en una reflexión final: trascender el debate acerca de la conveniencia o no de un fiscal instructor. En esencia, la clave reside no tanto en *quién* ostenta la dirección de la fase de investigación en el proceso penal, sino en *cómo* se ejerce dicha dirección. El diseño de un modelo de investigación eficaz y garantista requiere, por consiguiente, centrar la atención en los mecanismos de control, en la protección de los derechos fundamentales y en la salvaguarda de la independencia y de la imparcialidad, al margen del órgano encargado de la instrucción.

QUINTA PARTE. EL CIUDADANO ANTE LA JURISDICCIÓN ¿DÓNDE QUEDA EL JUSTICIABLE?

LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EN LA SOCIEDAD DE LA JUSTICIA INVERTEBRADA (1921-2025)



Manuel Richard González
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra

MENCIÓN CURRICULAR

Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad Pública de Navarra. Vicepresidente del Instituto de Probática y Derecho Probatorio.

Director del Grupo de investigación en Derecho Público en la Universidad Pública de Navarra. Investigador Principal en España del Grupo de Investigación Internacional sobre la Inteligencia Artificial (Réseau transfrontalier sur l'IA).

Abogado. ExMagistrado Suplente en la Audiencia Provincial de Barcelona.

Ponente en Jornadas y Seminarios de Derecho procesal en distintas Universidades, así como en actividades organizadas por el Consejo General del Poder Judicial de España. Asesor jurídico del Gobierno Español en el 24º-25º periodos de sesiones del Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas sobre la unificación del Derecho Internacional de comercio (UNCITRAL).

Consultor Jurídico en materias de Derecho procesal y comparado. Vocal coordinador de la Comisión elaboradora del Código de Procedimiento Civil de Andorra. Subdirector y Miembro del Consejo de Redacción de la Revista LA LEY Probática.

Autor de Monografías, Manuales de Proceso Civil y Penal y trabajos científicos publicados en revistas especializadas. Especialmente en materia de Derecho probatorio y tecnología aplicada al Proceso. Estancias de investigación en las Universidades de Pau (Francia), Norwich Law School (Reino Unido), Instituto MaxPlanck de Hamburgo (Alemania), UNIDROIT (Instituto Para la Unificación del Derecho Privado) Roma (Italia), Instituto de Estudios Legales Avanzados (IALS) de la London University (Londres), London School of Economics (Londres Reino Unido), Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo), Universidad de Oxford y Cambridge (Reino Unido).

I INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se presenta en el Congreso titulado: «*repensando la jurisdicción*» en el que se tratan distintos aspectos del concepto. Así, respecto del actual debate sobre la función y definición de jurisdicción como poder del estado a servicio público, Sobre el gobierno e independencia del poder judicial. O sobre el Ministerio Fiscal. Todas son cuestiones de gran interés que se refieren a la jurisdicción en el marco científico del derecho procesal. Pero, resulta claro, a partir del título del Congreso («repensando la jurisdicción») y el programa del mismo, que el objetivo consiste en ir más allá de los análisis formales de la jurisdicción, como presupuesto del proceso, para estudiar que sea hoy la jurisdicción y que pueda o deba ser en el futuro. Así resulta del estudio de la jurisdicción como servicio público y, fundamentalmente, del análisis de la justicia como objeto real en el que se fundamentan conceptos como el de jurisdicción o administración de Justicia.

Situar la jurisdicción como servicio público supone a mi juicio un importante avance en cuanto a la mejora del sistema democrático que se fundamenta en la adhesión de los miembros de la sociedad política a un modelo de sociedad que se pretende justo e igualitario. La democracia es el más complejo de los sistemas socio-políticos que consiste en un constructo social muy alejado de los modelos naturales de relación social más eficaces como las «*felices sociedades*» de hormigas o abejas³⁹⁵. Y también alejado de los modelos totalitarios que, no por casualidad, se parecen mucho a las eficaces sociedades animales regidas por las simples reglas de la competencia darwiniana. Efectivamente, a la naturaleza le es indiferente el modo de organización social de los seres humanos. Tanto si tiene un fundamento democrático o no. En realidad, probablemente la organización social de las hormigas responda mejor a las exigencias y retos del mundo natural que cualquier clase de organización moderna de las sociedades humanas, incluida aquí la democracia.

¿Percibe la ciudadanía la jurisdicción como un servicio público? Por otra parte, ¿identifica el ciudadano la jurisdicción con la justicia? La respuesta en ambos casos probablemente sea que no. Estas conclusiones se fundamentan en el análisis de las encuestas sobre la administración de Justicia que se analizan más adelante. Pero, más allá de los datos, a mi juicio resulta claro que para los ciudadanos la jurisdicción se asocia con los tribunales de justicia, pero no con la justicia que es un concepto distinto estudiado por la filosofía del derecho y sentido por ciudadanos como un valor determinado por el sistema social y regido por la verdad. Ello no impide que se acepte la obligatoriedad del uso del sistema de justicia como un mal menor, pero sin que ello implique la aceptación moral del sistema judicial como el representante de la idea político-social de Justicia. Esto como veremos causa una profunda desafección que puede promover el populismo político.

En este punto, queda clara la intención de la administración pública, básicamente desde el gobierno, de considerar la justicia como un servicio público entre los que se ofrecen a los ciudadanos como pueden ser el servicio de empleo, el de asistencia a la dependencia o el de salud. Sin embargo, las diferencias son muchas entre los servicios mencionados. Veamos, el servicio de salud se organiza y se presta para atender las dolencias de ciudadanos, pero con un claro efecto de mejora de la colectividad. En tanto que servicio público el servicio de salud se regula teniendo en cuenta los criterios

395 Véase sobre la organización social de las hormigas, LÓPEZ-RIQUELME G.O., RAMÓN F., El mundo feliz de las hormigas, TIP Revista Especializada en Ciencias Químico-Biológicas, 13(1):35-48, 2010. <https://www.scielo.org.mx/pdf/tip/v13n1/v13n1a4.pdf>

QIYE LI y otros, A single-cell transcriptomic atlas tracking the neural basis of division of labour in an ant superorganism, Nature Ecology&Evolution 6, 2022, 1191-1204. <https://www.nature.com/articles/s41559-022-01784-1>

científicos propios de la práctica de la medicina, pero con un reconocimiento de los derechos del paciente³⁹⁶. Con base en la regulación legal el paciente, lo que sería el justiciable en el ámbito judicial, tiene una serie de derechos que permiten entender que el derecho a la salud es un auténtico derecho prestacional que concede al usuario un estatus no visto ni reconocido en el ámbito del servicio de Justicia. Aunque, es cierto que en la actualidad existen canales de sugerencia o queja tanto con destino al CGPJ como al ministerio de Justicia³⁹⁷. Pero, la eficacia de estas quejas resulta limitada por los principios de funcionamiento del sistema de justicia. Así, en la información suministrada por el CGPJ se señala expresamente lo siguiente: *«Le recordamos que no podemos atender reclamaciones sobre el contenido de una sentencia o resolución judicial/... Le recordamos que si lo que usted desea es interponer una denuncia podrá hacerlo ante el juzgado de guardia, fiscalía o comisaría de policía más cercana. La comunicación de hechos presuntamente delictivos que resultaren falsos y atentatorios contra otros, dará lugar al ejercicio de las acciones legales procedentes»*. De modo que en un retorcido bucle jurídico que haría las delicias de KAFKA el ciudadano que se dice maltratado por el sistema judicial debe acudir al sistema judicial para reparar el daño³⁹⁸. En cualquier caso, naturalmente que entiendo que resultaría difícil arbitrar algo así como un derecho del usuario de la Justicia a prestar un consentimiento informado sobre cual pueden ser los resultados de un proceso. O que todos los que intervienen en el proceso deban cumplir las reglas de la *lex artis* jurídica que, por otra parte, habría que definir cuáles son³⁹⁹.

En cualquier caso, cierto es que el Ministerio de Justicia lo es de la Justicia, no de la jurisdicción que parece ser el negociado del CGPJ. Viéndolo así podría decirse que el departamento del gobierno que se llama de Justicia tendría alguna clase de finalidad a este respecto, Mientras que el «*ministerio*» de la jurisdicción, a saber, el CGPJ, tendría una función orientada al control del ejercicio del poder jurisdiccional. Esto puede ser así hasta cierto punto. Sin embargo, más parece que de la Justicia no se ocupa en realidad nadie, aunque el ministerio conserve esa denominación. Veamos. Una simple búsqueda en internet nos permite acceder al departamento de Justicia del Reino Unido. En la pantalla inicial de su sitio web y como primera presentación se contiene una leyenda que alude directamente a aquello que pudiera o debiera ser la justicia: *«El Ministerio de Justicia es un departamento gubernamental que trabaja para proteger y promover los principios de la justicia. Nuestra visión es brindar un sistema de justicia de primer nivel*

396 La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reconoce el derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles (art. 2). Este derecho se refuerza con la necesidad de que el medico obtenga un consentimiento informado que se prestara de forma libre y voluntaria (art. 8). A ese fin, los pacientes tienen derecho a conocer toda la información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud (art. 4).

397 El Ministerio de Justicia ha creado muy recientemente un servicio de quejas en cumplimiento de los artículos 8.2 y 10.2 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre. <https://sedejudicial.justicia.es/-/presentatus-quejas-y-sugerencias-de-la-sede-judicial-electronica>. Pero, en la información que se contiene en el sitio web, se advierte que: «Si su reclamación o sugerencia está relacionada con el funcionamiento del proceso judicial o con algún procedimiento llevado a cabo en los juzgados, le pedimos que la envíe al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) a través de este formulario y no al Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes». A ese fin, el CGPJ ha habilitado un acceso para poder formular quejas o reclamaciones: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Atencion-Ciudadana/Quejas-y-reclamaciones/Formulario-de-queja-o-reclamacion-ON-LINE/>

398 Representativa de ello es naturalmente «Der Prozess». KAFKA F., El proceso, obras completas, ed. Teorema, 1983, Barcelona. Págs. 471 y ss.

399 La determinación de cuál sea la *Lex Artis* en la práctica médica se ha trabajado ampliamente por numerosos autores. Véase, por ejemplo, el trabajo reciente de SEOANE J.A., *Lex Artis*, Anuario de Filosofía del Derecho, nº 2022, págs. 275-300. Menos fácil es determinar que pueda ser la *Lex Artis* en el ámbito jurídico. Aunque puede entenderse como una obligación contractual que determina que el operador jurídico lleve a cabo todos los actos propios de su oficio en los términos conducentes a la obtención de un resultado satisfactorio.

*que beneficie a todos en la sociedad»*⁴⁰⁰. De acuerdo. Una cosa es escribir una serie de lemas en una página web y otra distinta es el grado de cumplimiento de aquello que se proclama. En cualquier caso, una visita a la página WEB del ministerio de Justicia nos muestra en su página inicial una suerte de información actualizada del ministerio de Justicia en la que el nombre del ministro aparece nada menos que cinco veces y su imagen, en distintas fotografías, cuatro veces⁴⁰¹. Más aún cuando se busca información se hallan multitud de trámites, lo cual está muy bien, pero nada que tenga que ver con el fin pretendido de un ministerio de Justicia que debiera ser la promoción de la justicia en todos los ámbitos. De hecho, ni siquiera si se pincha en la pestaña servicio público de justicia hallamos nada que tenga que ver con el ciudadano y la justicia a la que aspira. Lo que se ofrecen son toda clase de referencias a proyectos digitales, la oficina judicial y otras cuestiones, que están muy bien, pero que no tienen como destinatario al ciudadano. Aquí puede ser que como sucede en la obra de ORWELL que el ministerio de Justicia no sea en realidad tal, sino algo ligeramente distinto⁴⁰².

Lo que puede pasar aquí es que cuando se piensa en la jurisdicción o en la justicia se está hablando de poder del estado desde el punto de vista institucional. En ambos casos el ciudadano es el usuario de un servicio público al que se halla obligatoriamente sometido, con excepción de los escasos supuestos de auto o heterocomposición en los que el ciudadano puede optar por un modo alternativo de resolución de conflictos distinto a la administración de Justicia. Más aun últimamente se denomina justiciable al ciudadano que usa la administración de justicia. Esta es una denominación que conforme con la Real academia de la lengua se aplica, con carácter general, a la: «*Persona cuyos derechos o intereses dependen de lo que resuelvan sobre ellos los tribunales de justicia*»⁴⁰³. Es decir, aquel: «*que puede o debe someterse a la acción de los tribunales de justicia*»⁴⁰⁴. Resulta claro el significado del adjetivo que refiere una situación del ciudadano de sometimiento a la administración de justicia. Aunque, es cierto que en el Diccionario panhispánico del

400 : «The Ministry of Justice is a major government department, at the heart of the justice system. We work to protect and advance the principles of justice. Our vision is to deliver a world-class justice system that works for everyone in society» <https://www.gov.uk/government/organisations/ministry-of-justice/about>

El Departamento de Justicia en el Reino Unido es un «major government departament». Es decir, uno que atiende las áreas esenciales del gobierno del país, como la economía, la seguridad nacional, y los servicios públicos, incluida la justicia. En la misma página justo a continuación se puede leer: «The organization works together and with other government departments and agencies to bring the principles of justice to life for everyone in society. From our civil courts, tribunals and family law hearings, to criminal justice, prison and probation services. We work to ensure that sentences are served and offenders are encouraged to turn their lives around and become law-abiding citizens. We believe the principles of justice are pivotal and we are steadfast in our shared commitment to uphold them». Es decir: «...El departamento trabaja para hacer realidad los principios de justicia para todos en la sociedad. Desde nuestros juzgados civiles, tribunales y audiencias de derecho de familia, hasta los servicios de justicia penal, penitenciaria y de libertad condicional. Trabajamos para garantizar que las sentencias se cumplan y que se anime a los infractores a transformar sus vidas y convertirse en ciudadanos respetuosos de la ley. Creemos que los principios de justicia son fundamentales y mantenemos nuestro firme compromiso compartido de defenderlos».

401 <https://www.mpr.gob.es/Paginas/index.aspx>. Consultada el 30 de abril de 2025.

402 Como es bien sabido en la obra de ORWELL el ministerio de la verdad era en realidad el ministerio de propaganda, entretenimiento, educación y bellas artes. Mientras que el de paz era el de la guerra y el del amor el de interior y guerra: «They were the homes of the four Ministries between which the entire apparatus of government was divided. The Ministry of Truth, which concerned itself with news, entertainment, education, and the fine arts. The Ministry of Peace, which concerned itself with war. The Ministry of Love, which maintained law and order. And the Ministry of Plenty, which was responsible for economic affairs. Their names, in Newspeak: Minitrue, Minipax, Miniluv, and Miniplenty.». ORWELL G., 1984, 1949. Free EBooks at Planet EBook.com, pág. 7. : <https://www.planetebook.com/1984/>

403 Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/justiciable>.

404 Diccionario de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/justiciable>

español jurídico se define el concepto desde un punto de vista de la finalidad y resultado esperado por el ciudadano⁴⁰⁵.

Desde mi punto de vista el ciudadano no es el sujeto de interés en la administración de Justicia, sino una suerte de cliente incomodo que se empeña en pedir justicia. Algo que, como cualquier persona «*sensata*» sabe, no existe y, por tanto, no es un objetivo a alcanzar. Discrepo de esa opinión. Tal vez la Justicia para todos sea un imposible, pero si es alcanzable una justicia de todos y especialmente un sistema de justicia regido por criterios de igualdad real ante la Ley. Porque, aunque el poder político se empeñe en mejorar el sistema de justicia mediante medidas de organización judicial, lo cierto es que eso no es suficiente. En realidad, si se atiende a la reciente LO 1/2025 de medidas de eficiencia del servicio público de Justicia lo que se contiene son cambios estéticos que, probablemente, no van a mejorar los problemas de la justicia. Incluso los pueden agravar. ¿Qué sentido tiene establecer como obligatorio el uso de un medio alternativo para la solución de controversia? Esta es una medida que se implementó en el pasado y que se eliminó porque sencillamente representaba un aumento de los costes en tiempo y dinero. para los ciudadanos. La mejora del sistema de justicia pasaría por otra clase de medidas más simples y directas. ¿Qué tal proveer un sistema judicial libre de injerencias políticas? O un sistema judicial más rápido. Y, especialmente en el ámbito penal, ¿qué tal un sistema judicial que proteja de forma eficaz a los ciudadanos victimas de delitos que no son vistos como tales desde determinadas posiciones políticas? O un sistema judicial en el que desde la moderación se persiga de forma eficaces los delitos al objeto de conseguir que los ciudadanos vivan en auténtica libertad. El problema consiste en el hecho que más allá de la percepción subjetiva la corrupción política ocupa el tiempo y esfuerzo de los Jueces de instrucción. También las ocupaciones y preocupaciones de los altos tribunales de este país. Y esto no se puede ocultar porque los medios de comunicación informan continuamente de nuevos casos de intolerable corrupción política.

En definitiva, entiendo que resulta necesario un acercamiento a los problemas de la Justicia desde la preocupación e interés del ciudadano. De hecho, desearía no citar en este trabajo ni una sola norma jurídica. No se trata de despreciar la norma jurídica, sino de obviarla para intentar atender a los temas apuntados sin apriorismos ni influencia proveniente del sistema jurídico vigente. El objeto de esta ponencia, desde ese punto de vista, en analizar cuál es el concepto vigente de justicia desde la perspectiva de los ciudadanos que componen la sociedad política y no desde el punto de vista jurídico-institucional. Más concretamente, pretendo atender las expectativas de los ciudadanos frente a aquello que se viene a llamar sistema judicial. A ese fin, voy a intentar conducir un diálogo. O si se prefiere una conversación destinada a examinar la vertebración de la sociedad política en España en torno al sistema público de resolución de conflictos y las amenazas que le acechan en el inmediato futuro⁴⁰⁶.

405 «2. Proc. Dicho de un hecho, un objeto o una persona: Que tiene las características necesarias para que pueda ser llevado ante los tribunales. Es un vocablo que se encuentra unido al concepto de justicia, pues no solo implica la idoneidad de llevar ante los tribunales dichos, hechos, objetos o personas, sino que se espera una sentencia justa, que respete los principios procesales y de equidad, así como los derechos humanos». Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/justiciable>.

406 Como dice acertadamente HARARI la sociedad política se conforma por medio de una suerte de conversación en la que confluyen los distintos elementos de la sociedad aportando cada uno de ellos distinta información. La democracia empezó como un mito colectivo al igual que la religión o la astrología que, sin embargo, contra pronóstico ha enraizado en muchos lugares del mundo. Véase HARARI Y.N., Nexus Abrief History of information networks from the stone age to AI, New York 2024.

Sin embargo, la democracia es débil no sólo porque se opone a las sociedades felices de insectos y a los dictados de la evolución. También se opone la democracia al segundo principio de termodinámica que introduce la función de estado entropía como una situación progresiva de pérdida de orden del sistema político que sólo se puede mantener aportando energía adicional. En este caso mejoras políticas adicionales y progresivas tendentes a extender la justicia social y la igualdad ante la Ley.

En este punto, quiero introducir el concepto de vertebración de la sociedad política del S. XXI como elemento central de mi análisis. A ese fin, quiero contextualizar este trabajo atendiendo a su título en el que además de apuntar a los derechos de los ciudadanos respecto a la justicia también alude a la falta de vertebración de la sociedad en el período temporal que transcurre desde 1921 al momento presente en 2025. El «*dies a quo*» nos lleva al año de publicación de la obra “*La España invertebrada*” de ORTEGA Y GASSET⁴⁰⁷. El «*dies a quem*» nos lleva a nuestros días. Aunque obviamente 2025 no es un plazo de caducidad, sino un especial momento temporal. Probablemente, el más singular desde la finalización de la segunda guerra mundial originada en los conflictos derivados del colonialismo y la evolución social, política y económica. Esta situación se refleja perfectamente en las reflexiones de ORTEGA al tiempo de publicar la obra citada 1921. La primera guerra mundial había acabado hacía tres años. Ciertamente, el mundo se recomponía de una forma convulsa, pero todo era posible. EINSTEIN obtuvo el premio nobel en 1921 y B. RUSSELL que ya había publicado «*Principia Mathematica*» en 1910, publicaba también en 1921: «*The analysis of mind*»⁴⁰⁸. Al mismo tiempo, en ese mismo año de 1921, MUSSOLINI preparaba su marcha sobre Roma y HITLER asumía el liderazgo del partido obrero alemán antecedente inmediato del partido nazi. Es también en 1921 cuando ORTEGA publica «*La España invertebrada*» en la que el filósofo compartía con los lectores sus reflexiones respecto a la situación política de España al momento de escribir su obra y especialmente reflexiona sobre las causas de la decadencia de España.

Para ORTEGA la frágil situación política y social de España sería producto, entre otras razones, de la ausencia en nuestro país de un auténtico sistema feudal que habría producido: «*minorías selectas y poderosas*» que más tarde se dedicarían al comercio y la industria⁴⁰⁹. Esa es, a su juicio, una de las causas de la enfermedad que decía aquejar a la sociedad española⁴¹⁰. Naturalmente, las reflexiones de ORTEGA hay que ponerlas en el contexto de la época en la que las posiciones políticas eran antagónicas y, en gran medida, buscaban justificar el orden y la supremacía política de países, clases sociales e incluso etnias determinadas⁴¹¹. Así, la raza y las minorías selectas son para ORTEGA un elemento esencial de análisis de las sociedades políticas. Desde ese punto de vista, las ideas de ORTEGA no soportarían ahora un análisis político-moral riguroso. Ello no es óbice para otorgar utilidad a su obra como un ejemplo de reflexión político social que retrata la sociedad española de los primeros años del S. XX que para él se podía caracterizar como de invertebrada. Además, no debe olvidarse el sentido universal que otorgaba ORTEGA a la política y al derecho. Aunque, ciertamente, la universalidad de ORTEGA quedaba limitada al referirse únicamente al mundo occidental. Pero en ese

407 ORTEGA Y GASSET, J., *La España invertebrada*. Bosquejo de algunos pensamientos históricos, Ed. Calpe. Madrid 1921.

https://www.sas.upenn.edu/~cavitch/pdf-library/Ortega_y_Gasset_Espana%CC%83_invertebrada.pdf

408 Esta obra es de especial interés para el entendimiento de la psicología de los testigos y otros intervinientes en el proceso jurisdiccional. RUSSELL B., *The analysis of mind*, Penn State Electronic Classic Series Publication. <https://dhsprory.org/kenny/PhilTexts/Russell/analysis-mind.pdf>

Véase también GARCIA J.E., A un siglo de “El análisis de la mente”, *Revista de Psicología*, V. 18, nº 36, 2022, págs.60-82. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/15372/1/siglo-an%C3%A1lisis-mente.pdf>

409 ORTEGA Y GASSET, J., *La España invertebrada*. Ob. Cit., pág. 157-163.

410 Para ORTEGA la sociedad española es en sí misma una enfermedad: «Peor que tener una enfermedad es ser una enfermedad ...» ORTEGA Y GASSET, J., *La España invertebrada*. Ob. Cit., pág. 110.

411 ORTEGA cita en varias ocasiones el concepto de selección social y concretamente señala que: «... no existe otro medio de purificación y mejoramiento étnicos que este eterno instrumento de una voluntad que opera selectivamente. Usando de ella como un cincel es preciso forjar un nuevo tipo de hombre español» ORTEGA Y GASSET, J., *La España invertebrada*. Ob. Cit., pág. 169-170.

marco queda absolutamente clara la idea de Europa como entidad superadora de diferencias políticas y jurídicas⁴¹².

Las reflexiones de ORTEGA parten de su estilo personal de hacer filosofía que la entendía como un elemento de debate y avance social y que debe ser explicada del modo más simple posible. A ese fin, escribe de forma clara y concisa renunciando a conceptos imprecisos, oscuros y/o difíciles de entender por el público general⁴¹³. Su planteamiento filosófico se completa con su método analítico que consiste en adoptar un punto de vista subjetivo. La denominada «*doctrina del punto de vista*». En realidad, todo autor aplica determinada subjetividad a su razonamiento. Desde la elección del problema a su análisis y conclusiones. La diferencia es que ORTEGA lo asume como una característica de su pensamiento. Así, entiende y da por supuesto, que el entendimiento de la realidad se obtiene por la suma de las perspectivas individuales.

Este trabajo pretende seguir el método de ORTEGA para analizar la situación de la Justicia en la España del S. XXI desde los problemas fácticos y prácticos que la aquejan. Las conclusiones de este análisis ya les anuncio que no permiten afirmar ser tan pesimistas como lo era ORTEGA. Pero, sí que podemos advertir un peligro futuro de descomposición que amenaza la vertebración de la sociedad política española por efecto de causas externas, internas y las que podríamos llamar tecnológicas. Las causas externas son por todos conocidas. La elección en 2024 de un nuevo presidente en los Estados Unidos de América ha demostrado, en unos pocos meses, que los Tratados internacionales, e incluso el orden mundial, dependen finalmente del humor (malo o siniestro) de personas mediocres e ignorantes. De poco o nada sirven los mecanismos jurídico-políticos creados a partir de la segunda guerra mundial ante la acción política directa de los estados con suficiente poder económico y militar. Las causas internas tienen que ver con la disociación progresiva entre los ciudadanos y el sistema de impartición de justicia que teóricamente debe servir como un elemento esencial de cohesión entre los integrantes del cuerpo social. A ello contribuye el puro interés político que afecta de una forma clara a la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial como un instrumento neutro e independiente de defensa del sistema democrático. Finalmente, la tecnología se ha convertido en un factor que afecta de un modo directo a la evolución de las sociedades políticas en todos los aspectos. Basta con atender a las profundas modificaciones en el modo de investigar, recibir y obtener información, comunicarnos, negociar y, también por supuesto, relacionarnos socialmente. La tecnología también está teniendo y va a tener una importancia esencial en el sistema de justicia. Especialmente por medio de la introducción de la Inteligencia artificial. Tecnología que, a pesar de las advertencias que se hacen desde diferentes personas, enfoques y perspectivas, parece introducirse sin remedio en el sistema judicial, en el que ya se habla de los fantástico que va a ser disponer de Jueces robot. Todas estas cuestiones se tratan en este trabajo que pretende reflexionar,

412 «la exaltación de las masas nacionales y de las masas obreras, llevada al paroxismo en los últimos treinta años, era la vuelta que ineludiblemente tenía que tomar la realidad histórica para hacer posible el auténtico futuro, que es, en una u otra forma, la unidad de Europa». ORTEGA Y GASSET, J., *La España invertebrada*. Ob. Cit., pág. 6. Prologo a la segunda edición.

413 Decía ORTEGA: « Siempre he creído que la claridad es la cortesía del filósofo, y, además, esta disciplina nuestra pone su honor hoy más que nunca en estar abierta y porosa a todas las mentes, a diferencia de las ciencias particulares, que cada día con mayor rigor interponen entre el tesoro de sus descubrimientos y la curiosidad de los profanos el dragón tremebundo de su terminología hermética. Pienso que el filósofo tiene que extremar para sí propio el rigor metódico cuando investiga y persigue sus verdades, pero que al emitirlas y enunciarlas debe huir del cínico uso con que algunos hombres de ciencia se complacen, como Hércules de feria, en ostentar ante el público los bíceps de su tecnicismo». ORTEGA Y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?* 1919, Lección 1. pág. 6.

<https://ia903105.us.archive.org/33/items/QuEsFilosofa/%C2%BFQu%C3%A9%20es%20filosof%C3%ADa%C2%BF.pdf>

desde la perspectiva del ciudadano, en las causas internas que acechan el sistema de justicia y los problemas derivados de la aplicación de la tecnología en el sistema judicial.

II ¿JURISDICCIÓN O JUSTICIA? ¿PODER DEL ESTADO O SERVICIO PÚBLICO? ¿DE QUIÉN ES LA JUSTICIA?

La jurisdicción y la justicia. ¿Poder del Estado o servicio público? ¿Derecho o deber del ciudadano? ¿Existe un derecho a la jurisdicción? ¿Y a la Justicia? Y si el ciudadano tiene alguno de estos derechos, ¿Cuál es su contenido? Estas son preguntas normales que se pueden plantear en un debate doctrinal sobre la Justicia en el marco especializado del estudio de la jurisdicción y el proceso. Probablemente la primera pregunta tiene una significación más procesal, mientras que las restantes se aproximan más al ámbito de la teoría política y de la Justicia, incidiendo en el aspecto concreto y personal de la justicia como un derecho de todos los que integran la sociedad política. En este punto volvemos a ORTEGA que se planteaba si el derecho como manifestación del estado era anterior o no a la persona. Es decir, si el derecho existe como atributo de la persona o de la sociedad en la que habita el individuo. En este punto el autor distinguía entre la comunidad política, que denominaba municipal, romana y los estados germánicos devenidos en Europa tras la caída de Roma y decía que *«Para la conciencia contemporánea es evidente que el derecho es anterior a la persona, y, como el derecho supone sanción, el Estado será también anterior a la persona. Hoy un individuo que no pertenezca a ningún Estado no tiene derechos. Para el germano, lo justo es lo inverso. El derecho sólo existe como atributo de la persona»*⁴¹⁴. Aquí cuando ORTEGA se refiere a persona debe entenderse comunidad política. En cualquier caso, ORTEGA ha sido superado por la evolución socio-política, ya que en la actualidad no se puede mantener que el derecho sólo es aplicable y privilegio de los que tienen la consideración de ciudadanos de una determinada comunidad política. Por el contrario, el derecho y los principios que impone deben poder ser aplicables a todos los seres humanos desde una perspectiva filosófica humanista. Ello sin perjuicio de las limitaciones políticas transitorias que puedan existir para cumplir ese fin. Queda claro que cuando me refiero al derecho hago referencia al aceptado de forma general por las sociedades políticas del planeta. Y para poder tener un punto de referencia nos podemos quedar como ejemplo de reglas jurídicas básicas y aceptadas, aunque sea nominalmente por prácticamente todos los países del mundo, las de Naciones Unidas. Especialmente la Declaración universal de derechos humanos y los pactos y protocolos complementarios que establecen el marco jurídico general de los derechos del hombre⁴¹⁵. En su conjunto los instrumentos de Naciones Unidas reconocen el derecho al acceso al sistema de justicia y a un juicio justo⁴¹⁶.

En este punto, debo manifestar mi disconformidad con el uso extendido del término jurisdicción en lugar del de Justicia. La razón del rechazo se halla en el fundamento y características de la jurisdicción que se asocia a los poderes del estado en lugar de hacerlo de forma directa con los derechos y garantías de los integrantes de la comunidad política entendida como la suma de sus componentes individuales y no con una suerte de ente formal inorgánico. Como es bien sabido, el origen inmediato del concepto jurisdicción trae causa de la clásica división de poderes en el pensamiento de MONTESQUIEU para el que la jurisdicción se identificaba como un poder del estado, junto con el legislativo y

414 ORTEGA Y GASSET, J., La España invertebrada. Ob. Cit., pág. 155-156.

415 https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CoreInternationalHumanRightsTreaties_sp.pdf

416 Arts. 8, 9, 10, 11, 12 Declaración de derechos del hombre 1948. Arts. 2, 9, 10, 11, 14, 15 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) 1966.

el ejecutivo. Desde este punto de vista el Poder Judicial es uno de los tres poderes del Estado y en él se incluyen todo el conjunto de órganos que ejercitan su actividad fundada en la unidad jurisdiccional⁴¹⁷. Es desde ese punto de vista que tanto desde el Derecho constitucional como el procesal la Jurisdicción se ha utilizado como el concepto clave al que se ha supeditado el concepto justicia⁴¹⁸. Así, lo justo es lo legal. Y los derechos de los ciudadanos en este ámbito se limitan al cumplimiento por parte de los tribunales de justicia de la ley y el respeto a los derechos procesales de los ciudadanos. Desde mi punto de vista el problema que se plantea es el los límites de la jurisdicción como concepto técnico-jurídico ajeno a los derechos, intereses y preocupaciones de los ciudadanos. Así la jurisdicción es un atributo del estado que se atribuye constitucionalmente a unos determinados órganos, a los que se les encomienda exclusivamente el ejercicio de la función jurisdiccional.

En realidad, la jurisdicción no es un concepto absoluto, válido para todos los tiempos y para todos los pueblos, sino que es un concepto relativo⁴¹⁹. Esta relatividad en el tiempo y en el espacio del concepto ha permitido que, desde que se atribuyó la función jurisdiccional al Estado moderno, con base en la clásica teoría de la división de poderes, hayan sido diversas las concepciones de los autores en torno a la jurisdicción. Estas concepciones doctrinales pueden ser agrupadas en diferentes teorías, destacando especialmente las llamadas teorías subjetivas y las llamadas teorías objetivas⁴²⁰. Las teorías subjetivas, centran el objeto y finalidad de la jurisdicción en la tutela de los derechos subjetivos⁴²¹. De modo que al centrar el objeto de la jurisdicción sólo en la tutela de los derechos subjetivos, excluyen de la jurisdicción otros intereses jurídicos, igualmente merecedores de tutela. Las teorías objetivas, -que son las que se han impuesto sostienen que lo que, en mayor medida caracteriza la jurisdicción es la actuación y aplicación del Derecho objetivo. Su principal escollo es que la actuación del Derecho objetivo no es una característica diferenciadora de la Jurisdicción frente a la Administración, la cual también actúa el Derecho objetivo con su actividad en favor del bien común. Esta confrontación conceptual es expuesta con claridad por CALAMANDREI que señala que: «la concepción, que ve en la jurisdicción civil

417 Más tarde CALAMANDREI afirmará que el Código de Derecho Procesal está fundado en: «...tres nociones fundamentales de orden sistemático, que no están definidas, sino presupuestas por las leyes positivas: Jurisdicción, Acción y Proceso». CALAMANDREI, Instituciones de Derecho Procesal civil, según el nuevo Código. Trad. Sentís Melendo. Buenos aires 1962, pág. 21.

418 Efectivamente, desde la dogmática procesalista que ha considerado que la jurisdicción es el concepto clave en el que debe apoyarse el Derecho Procesal. Véase ALLORIO, Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la Ciencia Procesal, en Problemas de Derecho Procesal, Buenos aires 1963, T I, pág 118 .

419 CALAMANDREI, Instituciones de Derecho Procesal civil, según el nuevo Código, edic. cit. pág 23.

420 PRIETO CASTRO clasifica estas teorías del siguiente modo: 1.- Teorías que consideran el fin fundamental. Entre estas se encontrarían las siguientes: a) Teorías objetivas: Lo que persigue la jurisdicción es la actuación y efectividad del Derecho objetivo. b) Teorías subjetivas: Centran el objetivo de la jurisdicción en la declaración de lo que sea derecho entre las partes, en la tutela de los derechos subjetivos de los particulares. c) Teorías mixtas: La jurisdicción garantiza la efectividad del Derecho objetivo, y en el caso particular tutela los derechos subjetivos. 2.- Teorías que contemplan un fin mediato: a) La jurisdicción pretende dar seguridad a las relaciones jurídicas entre los particulares que se hallan en estado de incertidumbre. b) La jurisdicción tiene como objetivo resolver los litigios que puedan surgir en el ámbito del Derecho. c) La función jurisdiccional actúa en aquellos casos en los que la conducta de un sujeto se desvía de la línea normal respecto al derecho ajeno. d) La conocida concepción de CARNELUTTI, según la cual la jurisdicción, mediante el proceso, logra la justa composición de la litis. 3.- Teoría del medio: Dentro del fin general de efectividad del Derecho perseguido por la jurisdicción, la declaración jurisdiccional se caracteriza por el predominio del momento del juicio lógico. 4.- Teoría formal: Caracteriza esta teoría a la jurisdicción por la forma y requisitos de su actuación (órganos, procedimiento). Véase PRIETO CASTRO, Derecho de los Tribunales; organización, funcionamiento, gobierno, Madrid 1986, pág 85 y ss,

421 Este es, al menos, el parecer de, SERRA DOMINGUEZ, en Jurisdicción. Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona 1969, pág. 22 y ss..

principalmente la defensa de los derechos subjetivos, parte de las premisas propias del Estado liberal, para el cual la función del Derecho mira, en primer lugar, al mantenimiento del orden entre los coasociados y a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales, y la justicia aparece así como un servicio público puesto a disposición de ellos. Viceversa, cuando se parte de la concepción autoritaria, que ve en el Derecho, ante todo, la voluntad del Estado, y en la observancia del Derecho, el respeto a la autoridad, resulta que también, en la definición de la finalidad de la jurisdicción, queda en la sombra el interés individual en la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del Derecho objetivo»⁴²².

Nuestra Constitución se refiere a la Justicia y a la administración de Justicia como elementos complementarios de un mismo objeto: «*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey, por jueces y magistrados integrantes del poder judicial...*» (art. 117.1 C.E.), a los que corresponde: «*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*» (art. 117.3 C.E.). Por su parte el art. 122 CE se refiere al Consejo General del Poder Judicial como: «*órgano de gobierno del mismo*». Se reconoce aquí un trípode en el que el elemento esencial que es la justicia queda superado por los elementos complementarios como son el poder judicial y la administración de justicia. El problema se halla en la inconveniencia del llamado poder judicial que no puede significar poder político. Así sucedería si el poder judicial se constituyera en fuerza o presión política y social del colectivo de jueces. Tampoco, cabe como sucede en la actualidad que el poder judicial sea la correa de transmisión de los intereses políticos. Es por ello que probablemente hubiera sido más adecuado que la Constitución no hubiera introducido la expresión poder judicial, que tantas confusiones puede producir. Del mismo modo la misma existencia del Consejo General del Poder Judicial plantea más problemas que soluciones. Problemas que son evidentes cuando se observa la excesiva politización que actualmente existe en el CGPJ y en el Tribunal Constitucional. E indirectamente en los tribunales de mayor rango (TS de Justicia de las CCAA y el Tribunal Supremo) cuyos miembros son sometidos a votación en el CGPJ (art. 107 LOPJ sobre las competencias del CGPJ).

Visto lo anterior, mi interés se centra en analizar el concepto justicia y su materialidad real en nuestra sociedad política. A ese fin, es necesario trascender la formalidad de los conceptos para postular por un derecho a la justicia de los ciudadanos que incluye el aspecto objetivo y subjetivo de la jurisdicción. A ese fin no es necesario que la Constitución se refiera a la Jurisdicción como poder del Estado, sino que sería suficiente con establecer los principios de actuación de la potestad jurisdiccional y las garantías inherentes a la misma. Tanto para los Jueces y Magistrados como para los ciudadanos que solicitan tutela jurisdiccional. Y, porqué no, hacer residir la defensa de la Justicia en el Tribunal Supremo con la supresión del tribunal constitucional institución probablemente ya amortizada por el paso del tiempo y la simple evolución política. Nótese que el hecho que la justicia se caracterice como un poder o no o cuales sean las características de ese poder son cuestiones que escapan al directo interés y beneficio de los ciudadanos. Especialmente, si lo que se pretende es atribuir a la justicia una suerte de poder político radicado en el CGPJ. Otra cosa distinta es el poder que corresponde a cada uno de los Jueces que sirven en la administración de Justicia. En su virtud, la legitimación última de la actuación de los tribunales de justicia no se fundamenta en la potestad jurisdiccional como expresión de la fuerza del estado, sino en la plena vigencia de los derechos subjetivos y objetivos reconocidos en la Constitución y en la Ley junto con los principios que rigen la función jurisdiccional, que son en esencia los de independencia y sumisión a la ley (art. 117.1 CE). Es ese, a mi parecer, el fundamento de la legitimidad

422 CALAMANDREI, Instituciones de Derecho Procesal civil, según el nuevo Código, edic. cit., pág 57.

de la función jurisdiccional que precisa, además de la potestad o fuerza estatal, de un atributo que es la «*auctoritas*». De ahí que se haya podido afirmar que «*aunque no esté directa y expresamente declarada en ningún texto normativo, la «auctoritas», debe constituir una nota esencial de la jurisdicción, puesto que su concurrencia determina el paso de una justicia autoritaria a otra consentida y refrendada por la sociedad entera*»⁴²³. Debe tenerse presente el tan distinto cometido que desempeñan los jueces, frente al de otros funcionarios, consistente en decir el derecho, - "*iuris dictio*" -, en el caso concreto. Cometido que sólo puede ser desempeñado por quién esté investido de lo que desde los tiempos del Derecho Romano ha venido conociéndose como "*auctoritas*" (saber o verdad socialmente reconocida, según D'Ors⁴²⁴). Faltando esta "*auctoritas*", difícilmente cabe hallar una solución justa que se imponga por la bondad de su contenido y por la autoridad y prestigio del sujeto del que emana⁴²⁵.

III ¿CABE EXIGIR DE UNA SOCIEDAD QUE SEA ALGUNA OTRA COSA ANTES QUE JUSTA?

Consideraba ORTEGA que la justicia era una característica esencial de la sociedad política, preguntándose: «¿*Cabe exigir de una sociedad que sea alguna otra cosa antes que justa?*»⁴²⁶. La respuesta obviamente es no. Una sociedad para que pueda prosperar en términos de progreso social, que no natural, debe proveer de un sistema justo respecto a las cargas y obligaciones de los ciudadanos. Pero no es suficiente con un sistema formalmente justo, sino que se requiere que sea esencialmente justo. Y que además de ser justo sea percibido de ese modo por el conjunto social con la aspiración de ser un valor compartido por cada uno de los individuos que conforman la comunidad política. Como se ha dicho con anterioridad los ciudadanos de los estados modernos como es el nuestro no quieren vivir en la arcadia feliz del hormiguero o el enjambre, sino en un sistema social justo. Entendiendo por tal aquél en el que su legislación respeta los principios de la democracia: legalidad, igualdad y, porque no, fraternidad, que se contienen en prácticamente todas las Constituciones del mundo. Aunque en algunas lo sea simplemente a efectos teóricos. Los ciudadanos además esperan que esta regulación constitucional y legal se respete y defienda en el caso concreto cuando un tribunal deba pronunciarse. Ese sería un estado democrático justo.

IV ¿QUÉ PIENSAN LOS CIUDADANOS DE LA JUSTICIA?

¿Y qué piensan los ciudadanos del sistema judicial? Esta es una cuestión importante si realmente pretendemos servir a los ciudadanos y no al puro concepto técnico-jurídico de Justicia o al sistema judicial. Porque, la actividad de los jueces y magistrados juzgando está dirigida al conjunto de la sociedad política. Desde dos aspectos. El general con relación al conjunto de actuaciones que desarrollan los tribunales de justicia. Y el particular respecto a la concreta experiencia de los ciudadanos cuando utilizan el servicio público de la justicia. Se trata de dos actividades distintas. En la primera el sistema judicial protege en su conjunto la integridad del sistema democrático. En la segunda se resuelven los conflictos personales de los ciudadanos en el marco de la Ley. La opinión de los ciudadanos se refleja en las encuestas específicas en las que se pregunta sobre su opinión/experiencia respecto del sistema de administración de Justicia. Concretamente,

423 GIMENO SENDRA, Fundamentos del Derecho Procesal, Madrid 1981, pág. 33.

424 D'ORS. Una introducción al estudio del Derecho, Pamplona 1963, pág. 50.

425 CARRERAS, Las fronteras del juez, en Estudios de Derecho Procesal (con FENECH), Barcelona 1962, pág. 113.

426 ORTEGA Y GASSET, J., La España invertebrada. Ob. Cit., pág. 127.

me parecen de especial interés las encuestas del CIS y el CGPJ. Ello sin perjuicio de otros estudios, como los de la Unión Europea que me parecen menos significativos a los efectos aquí pretendidos⁴²⁷

El CIS ha preguntado sobre la justicia en el marco de sucesivos estudios denominados de opinión pública y política fiscal. En estas encuestas no siempre se ha preguntado por la opinión de los ciudadanos sobre el sistema judicial. Pero sí en algunos estudios como el nº 3290 de 2020, el nº 3374 de 2022 y finalmente, el más reciente, el nº 3469 de 2024. La secuencia temporal nos permite conocer cuál es la evolución de la opinión pública en esos cuatro años. Otra ventaja de los citados estudios del CIS es que dirigen una pregunta clara y precisa: ¿En qué medida diría Ud. que funcionan muy, bastante, poco o nada satisfactoriamente cada uno de los siguientes servicios públicos? Se trata de una pregunta que se realiza también respecto de otros servicios públicos como la educación, la policía y otros. Como veremos los resultados no son nada satisfactorios. Peor aún se observa un notable descenso en la satisfacción de los ciudadanos con el sistema de justicia desde la encuesta de 2020 a la de 2024.

Los datos son muy claros. En el estudio nº 3290 del CIS de julio de 2020 a la pregunta citada sobre su grado de satisfacción con la Administración de Justicia el 1,9 % entendía que funcionaban muy satisfactoriamente; el 17,1 % bastante satisfactoriamente; el 12,2 % regular; el 42,5 % poco satisfactoriamente y, finalmente, el 18,4 nada satisfactoriamente. Es decir, el 31,2 % de los encuestados entendía que el funcionamiento de la administración de justicia era bueno o muy bueno. Mientras el 50,9 % entendía que funcionaba mal o muy mal. He dejado al margen los que entienden que el funcionamiento es regular o los que no contestan⁴²⁸. Datos no demasiado positivos, pero los siguientes son peores. Así, en el estudio del CIS nº 3374 CIS de 2022 los resultados agregados son los siguientes: el 25,7 % de los encuestados entendía que el funcionamiento de la administración de justicia era bueno o muy bueno. Mientras el 66,7 % entendía que funcionaba mal o muy mal⁴²⁹. Finalmente, en el estudio del CIS nº 3469 de julio 2024 los resultados son los siguientes: el 19,1 % de los encuestados entendían que el funcionamiento de la administración de justicia era bueno o muy bueno. Mientras el 72,2 % entendía que funcionaba mal o muy mal⁴³⁰. En las tres encuestas he dejado de lado los que opinaban que su funcionamiento era regular, porcentaje por otro parte poco significativo.

No cabe duda que los resultados que ofrecen los datos son demoledores. Tanto por los porcentajes como por la progresión de un 50,9 % en 2020 hacia un 72 % en 2024 de ciudadanos que consideran que la administración de justicia funciona nada o poco satisfactoriamente. Por otra parte, se trata de una encuesta en la que no se valoran los datos, sino que se ofrecen las respuestas de los ciudadanos ante una pregunta directa.

El CGPJ también ha publicado en los últimos años dos estudios sobre la Justicia y su percepción entre los ciudadanos. El primero titulado: *«los españoles y la justicia»* de

427 Véase, The 2024 EU Justice Scoreboard (Cuadro de indicadores de la Justicia de 2024).

https://commission.europa.eu/document/download/84aa3726-82d7-4401-98c1-fee04a7d2dd6_en?filename=2024%20EU%20Justice%20Scoreboard.pdf

También los indicadores de años anteriores u otros documentos de la Unión Europea como el Eurobarómetro de 2024 sobre la percepción de la independencia de los sistemas nacionales de Justicia.

<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/3193>

428 Estudio nº 3290 del CIS de julio de 2020 de Opinión pública y política fiscal, Pág. 4.

<https://www.cis.es/documents/d/cis/es3290marpdf>

429 Estudio nº 3374 del CIS de julio de 2022 de Opinión pública y política fiscal, Pág. 4.

<https://www.cis.es/documents/d/cis/es3374marpdf>

430 Estudio nº 3469 del CIS de julio de 2024 de Opinión pública y política fiscal, Pág. 4.

<https://www.cis.es/documents/d/cis/es3469mar-pdf>

2021⁴³¹. El segundo con el título: «La imagen de la Justicia entre usuarios de sus servicios» de febrero 2023⁴³². Se trata de encuestas con preguntas relacionadas con la Justicia, pero menos precisas y con una amplia interpretación de los datos obtenidos. En la encuesta de 2021 se pregunta, entre otras cuestiones, a los encuestados cual sería la probabilidad de sobornar a un Juez o a alguien de la oficina judicial para agilizar o retrasar un asunto. A la pregunta, la mayoría de los ciudadanos considera que no hay probabilidad de ello (79 % en el caso de un Juez, 67 % en caso de la oficina judicial). También se pregunta si creen que los jueces están bien preparados y son competentes. El 74 % contesta afirmativamente. Son dos resultados positivos que hablan bien de la competencia y honradez con las que actúan jueces y magistrados. Ahora bien, cuando se pregunta sobre su impresión de cómo funciona la justicia en España, el 33 % dicen que bien, el 18 regular y el 48 % califican el funcionamiento como malo. Además, el 70 % de los usuarios afirma haberse sentido intimidados en las oficinas judiciales y juzgados. Finalmente, respecto a la independencia judicial el 54 % de los usuarios de la Justicia consideran que los jueces no actúan con total independencia (la cifra sube al 57 % cuando contestan no usuarios de la justicia). Estos últimos datos no son tan positivos y se sitúan en la línea de lo que mostraban las encuestas del CIS aunque con mejores resultados. Probablemente por la clase de preguntas realizadas, que en la encuesta del CGPJ tienden a formularse introduciendo aspectos subjetivos. Por ejemplo, preguntando: qué impresión tiene usted de.

Los datos de la encuesta de 2021 del CGPJ son difíciles de comparar con los que se contienen en el estudio de 2023 en el que se modifican las preguntas y el enfoque de las mismas. En general la diferencia se halla en la circunstancia que se pregunta a usuarios de la justicia básicamente respecto a los asuntos en los que son parte. Así, no se pregunta directamente por percepción en general de la independencia judicial, sino por el trato concreto del Juez respecto a los usuarios específicos del sistema judicial. Por ejemplo, se pregunta: ¿Y diría usted que trató de forma imparcial a ambas partes y a sus representantes legales? A lo que el 81 % contestan que sí, Pero claro esa pregunta no se puede comparar con las realizadas en la encuesta de 2021. Además, se puede apreciar como la estructura del estudio es completamente distinta, con lo que no podemos realizar una comparación útil.

A pesar de las limitaciones que ofrecen los resultados de este estudio de 2023 se aportan unos datos de interés que, a mi juicio resultan igualmente desalentadores. Estos datos tienen su origen en las respuestas ofrecidas por los usuarios de la justicia a los que se pide que contesten con base en su experiencia personal. Para el 79 % La Administración de Justicia es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitar acudir a ella. El 75 % piensan que todos los gobiernos, sean de la ideología que sean, suelen mostrar más interés por tratar de controlar a la Justicia que por proporcionarle los recursos que necesita para poder funcionar de forma rápida y eficaz. Para el 87 % (están totalmente o más bien de acuerdo) en España hoy, los políticos tratan de influir sobre el Poder Judicial y de controlarlo. Para el 90 % el empeño de los partidos políticos por tratar de controlar al poder judicial daña la imagen de España en Europa. También el 90% piensa que daña nuestra democracia. Pero, aun así, el 69 % de los encuestados considera que todos sus defectos e imperfecciones la Administración de Justicia constituye la garantía última de defensa de la democracia y de las libertades de los ciudadanos (58 %); y que

431 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Buen-Gobierno--Etica-Judicial-y-Comision-de-Etica-Judicial/Encuestas-de-satisfaccion/Encuesta--Los-Espanoles-y-la-Justicia---Mayo-de-2021>

432 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Buen-Gobierno--Etica-Judicial-y-Comision-de-Etica-Judicial/Encuestas-de-satisfaccion/Sondeo-de-opinion--La-imagen-de-la-Justicia-entre-usuarios-de-sus-servicios--Febrero-2023--Metroscopia->

pese a las presiones que puedan recibir, los jueces en nuestro país actúan, en general, según sus criterios, atendiendo únicamente a lo que para cada caso disponga a ley.

Los datos muestran claramente la confianza de los ciudadanos en el trabajo judicial en cuanto a su formación y al respeto de la Ley. Sin embargo, una amplia mayoría piensa que la administración de justicia como servicio público funciona mal o muy mal. El 75 % piensa que el poder político usa a la justicia para su interés. Finalmente, el 90 % considera que los intentos de control político de los tribunales de justicia dañan a la democracia. Y probablemente los ciudadanos no van desencaminados porque el interés político cuando no la simple y dura corrupción política está afectando a la credibilidad de la Justicia y de la democracia. En esta situación, la Justicia se erige como baluarte único frente al abuso de poder que se produce de forma constante desde las instituciones públicas controladas por los partidos políticos. Lo cual implica desde el más pequeño Ayuntamiento hasta el gobierno del Estado. Ya sé que queda poco académico ir a la arena de la realidad, pero al momento de escribir este trabajo son decenas los procedimientos abiertos por corrupción política por hechos que serían vergonzantes para cualquier persona con un mínimo decoro. Procedimientos en los que a veces el Ministerio Fiscal no sólo no colabora en el esclarecimiento de los hechos, sino que más parece que defiende a los investigados. No quiero en este punto referirme a casos concretos del conocimiento de todos, pero la situación es de tal descrédito que hasta el Fiscal general del Estado se halla investigado por el Tribunal Supremo. Ciertamente, es una imputación que, en su caso, deberá ser acreditada en el correspondiente juicio oral en el que precisamente no tengo ninguna duda que el tribunal tendrá absolutamente presente el principio de presunción de inocencia que algunos dicen que no debe aplicarse respecto a los delitos contra la libertad sexual.

V LA JUSTICIA BALUARTE Y LA JUSTICIA ASEDIADA. EL USO DE LA JUSTICIA COMO ARIETE POLÍTICO.

Los datos que ofrecen las encuestas analizadas en el apartado anterior muestran una realidad compleja. Por una parte, los ciudadanos confían en el conocimiento e independencia de los jueces (81 % encuesta CGPJ 2023). Por otra parte, el 72,2 % de encuestados opinan que la administración de justicia funciona mal o muy mal (encuesta CIS 2024). Las razones de esta suerte de disonancia cognitiva son claras. Los ciudadanos piensan que la justicia es una suerte de campo de batalla política, no por causa de los jueces y magistrados, sino por el puro interés político. Además, los ciudadanos perciben que el interés político determina los nombramientos judiciales y la sustanciación de los procedimientos por corrupción. Es por ello que se produce esa suerte de situación crítica en la que la justicia asediada es el único baluarte social frente a la corrupción política. Lo lamentable es que no creo que la corrupción política grave esté generalizada, sino que esa es la percepción ciudadana en tanto que son los propios partidos políticos e instituciones que dirigen los que hacen un casus belli respecto de cada uno de los casos que les afectan. En esa situación la justicia aparece asediada al ser incapaz de proveer soluciones políticas en el marco de los procesos judiciales.

Como se ha expuesto el 90 % de los encuestados en la encuesta del CGP de 2023 piensa que los intentos de control político de los tribunales de justicia dañan a la democracia. Y que decir de la corrupción que no sólo no disminuye, sino que aumenta. No resulta fácil medir la incidencia de este fenómeno en tanto que las estadísticas que ofrece el CGPJ no son fáciles de interpretar⁴³³. Sin embargo, sí que hay un dato que se

433 Esto es así por la forma de ofrecer la información en el denominado repositorio de datos sobre procesos por corrupción del CGPJ. En este repositorio la información se estructura por trimestres y por clase de tribunal. De modo que resulta difícil conocer los datos globales anuales y la variación en el número de procedimientos por corrupción iniciados en España cada año.

ofrece de un modo que permite una comparación de la evolución de la lacra de la corrupción en España. Este dato es el del número de personas condenadas por sentencia firme por cualquiera de los delitos que se entienden relacionados con la corrupción (a efectos del repositorio)⁴³⁴. Estos datos son los que obtenemos de los últimos trimestres de 2015 y 2024. Así, en 2015 se condenaron a 109 personas por corrupción en 129 causas. Mientras que en el último trimestre de 2024. Los números habían descendido a 43 condenados en 23 causas⁴³⁵. Las cifras no parecen responder a la realidad de la situación. Lo cual se constata por el hecho que en 2024 se abrió juicio oral a 108 personas por corrupción, mientras que en 2023 la cifra fue de 185⁴³⁶. El descenso de las causas por esta clase de delitos, podría ser una buena noticia, pero no creo que esta sea la realidad, porque lo que sucede es que la justicia asediada acaba renunciando a ejercer el rol de defensor de la democracia. Nótese que algunos de los más notables casos de persecución de la corrupción política han sido investigados por jueces próximos a la edad de jubilación (Noos, Caso Begoña Gómez). El porqué de ese hecho es muy claro. Investigar a los responsables políticos nos es bueno para la carrera de nadie. Ni siquiera para la de un humilde profesor como un servidor.

La importancia de la corrupción política se pone de manifiesto mediante criterios objetivos. Véase a este respecto los informes de GRECO (Grupo de estados contra la corrupción del Consejo de Europa) (<https://www.coe.int/en/web/greco/home>) que acaba de publicar dos informes de seguimiento del Estado español respecto a la implementación de las recomendaciones emitidas por ese organismo respecto a la prevención de la corrupción en relación con las altas funciones ejecutivas del gobierno central, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, los parlamentarios, jueces y fiscales. Son variadas las recomendaciones que se efectúan en los informes⁴³⁷. Entre ellas son de nuestro interés las que afectan, específicamente, a la Justicia.

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/Informacion--general/>

434 Se consideran delitos relacionados con la corrupción a los efectos del repositorio del CGPJ los siguientes: Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función Arts. 439, 441, 442, 443 y 445 CP. Malversación. Arts. 432, 433, 434 y 435 CP. Cohecho. Arts. 419, 420, 421 y 422 CP. Prevaricación de funcionarios públicos. Arts. 404, 405 y 408 CP. Ordenación del territorio, urbanismo. Art. 320 CP. Patrimonio histórico. Art. 322 CP. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos. Arts. 413, 414, 415, 416, 417 y 418 CP. Tráfico de influencias. Arts. 428, 429 y 430 CP. Fraudes y exacciones ilegales. Arts. 436, 437, 438 y 438 bis CP. Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores (corrupción en los negocios) Art. 286 ter. CP.

435 Los datos son accesibles aquí: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/Poblacion-reclusa-y-condenas-por-procesos-corrupcion/Condenas-por-sentencia-firme>

436 <https://www.europapress.es/nacional/noticia-jueces-enviaron-juicio-108-personas-corrupcion-2024-77-menos-ano-anterior-20250404124446.html>

437 Estos dos informes publicados el 16 de septiembre de 2025 evalúan el grado de cumplimiento de España con relación a las recomendaciones que se realizaron en el informe de 2013 respecto a la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ca049>. Posteriormente se aprobó el informe de evaluación de España de 21 de junio de 2019, publicado el 13 de noviembre de 2019.

<https://rm.coe.int/fifth-evaluation-round-preventing-corruption-and-promoting-integrity-i/168098c691>

Y el Informe de cumplimiento de España de 22 de septiembre de 2021, publicado el 29 de marzo de 2022.

<https://rm.coe.int/fifth-evaluation-round-preventing-corruption-and-promoting-integrity-i/1680a5dd9e>

Con carácter general GRECO considera que España no ha implementado satisfactoriamente ninguna de las 19 recomendaciones que se hicieron en el Informe de 2019 para prevenir la corrupción de parlamentarios, jueces y fiscales. En este sentido, el informe de 2023, publicado únicamente en inglés y francés, concluye diciendo lo siguiente: «III. CONCLUSIONS: 133. In view of the foregoing, GRECO concludes that Spain has not implemented satisfactorily or dealt with in a satisfactory manner any of the nineteen recommendations contained in the Fifth Round Evaluation Report. Of the remaining recommendations, thirteen have been partly implemented and six

En primer lugar, GRECO analiza el cumplimiento de acciones respecto a la recomendación de suprimir el aforamiento en España. Pues bien dice GRECO, como bien sabemos todos, que nada se ha hecho al respecto⁴³⁸. En segundo lugar, GRECO analiza el cumplimiento de España respecto de la prevención de la corrupción de jueces y fiscales. Específicamente, lo que GRECO pretende es garantizar la independencia de los jueces respecto de los intereses políticos. Específicamente respecto al nombramiento de magistrados por el CGPJ GRECO reconoce ciertos avances en la transparencia en el sistema de nombramiento. Sin embargo, ello no impide que el informe concluya que no se ha cumplido con la recomendación de evitar la influencia de los intereses políticos en el nombramiento de los Magistrados de los tribunales superiores⁴³⁹. Finalmente, GRECO evalúa las acciones respecto al sistema de nombramiento del Fiscal general del Estado. A ese respecto el GRECO había recomendado una reconsideración del método de selección y el tiempo de mandato del Fiscal General del Estado. También el establecimiento de requerimientos claros y transparentes para ocupar el cargo y la promoción de su autonomía respecto del gobierno. La conclusión del organismo europeo es considerar que se han producido avances, aunque parciales⁴⁴⁰.

VI AMENAZAS AL SISTEMA DE JUSTICIA (I): DESDE LA IDEOLOGÍA Y EL INTERÉS POLÍTICO.

La justicia asediada es el objetivo principal de la política cuando lo que se decide en los tribunales es contrario a la ideología política defendida por el político de turno. Así se puede comprobar atendiendo a la crítica desatinada de las resoluciones judiciales, cuando afectan intereses político-ideológicos. La lista aquí es interminable. Naturalmente no se trata de la simple crítica de determinadas resoluciones judiciales desde perspectivas que ignoran los más elementales principios del sistema judicial. Más aún no sólo se critica rozando la injuria y/o la calumnia o con absoluta ignorancia, sino que en lugar de reforzar y proteger el sistema judicial el sistema político se blindo con leyes «*ad hoc*» que de numerosas formas intenta limitar y controlar la acción de la Justicia⁴⁴¹. Ciertamente, el

have not been implemented». GRECO, Fifth evaluation round. Preventing corruption and promoting integrity in central governments (top executive functions) and law enforcement agencies. SPAIN. Adoptado el 1 de diciembre de 2023 y publicado el 16 de abril de 2025, pág. 21.

<https://rm.coe.int/greco5-2023-8-final-eng-2nd-compliance-report-spain-public/1680b547d8>

438 Específicamente el informe de GRECO señala la falta de cumplimiento por España de esta recomendación: «Recommendation X : 68. GRECO recommended ensuring that the special procedure of “aforamiento” be amended, so that it does not hamper the criminal justice process in respect of members of Government suspected of having committed corruption related offences. 69. It is recalled that this recommendation was not implemented in the Compliance Report. A study had been commissioned by the authorities to look into the matter, but no tangible outcome had taken place./.... 72. GRECO notes that there has not been any change in this area at central level, which is the subject of review of the present Fifth Evaluation Round, and concludes that recommendation X remains not implemented». GRECO, Fifth evaluation round. Preventing corruption and promoting integrity in central governments, ob. Cit., pág. 12.

439 «17. GRECO concluded in the Addendum to the Second Compliance Report that this recommendation was not implemented. GRECO again reiterated the need to remove the selection of the judicial shift from politicians». GRECO, Fourth evaluation round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. SPAIN. Adoptado el 21 de junio de 2024 y publicado el 16 de abril de 2025, pág. 4. <https://rm.coe.int/greco4-2024-10-final-eng-2nd-add-to-the-2nd-compliance-report-spain-/1680b5482c>

440 GRECO, Fourth evaluation round. Ob. Cit. pág. 5.

441 Esta no es una idea peregrina que se le ocurra a este profesor. Efectivamente, se aprueban leyes que parecen tener el claro propósito de buscar ventajas políticas aun dañando la acción de la Justicia. También lo cree así MARCHENA M., expresidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo que al ser investido Doctor «honoris causa» en 2025 señaló en su discurso de aceptación lo siguiente: «Quiero sumar la preocupación que me invade, y que no es solo mía, cuando contemplo otro fenómeno que hemos asimilado con normalidad y, sin embargo, debería ser motivo de fundada preocupación. Desde hace tiempo, la producción normativa se

daño que se hace a la Justicia y a la democracia es muy considerable. Basta observar el incremento de las ideologías populistas que cual ente vivo medran por ocupar los espacios legítimos de la democracia que quedan vacantes ante la irresponsabilidad de algunos representantes públicos. Un supuesto especialmente pernicioso es el que se refiere a la valoración de la prueba y la presunción de inocencia en los delitos contra la libertad sexual que voy a analizar a continuación.

Los principios que fundamentan el sistema de justicia no siempre son bien entendidos. En ocasiones ni siquiera son respetados. Un supuesto representativo de este problema se produce con relación a la difícil supervivencia del principio de presunción de inocencia en nuestro sistema de justicia. Este es un principio de carácter jurídico natural que como es bien sabido determina que cualquier sentencia condenatoria deba superar la exigencia de la existencia de prueba de cargo que, sin ninguna clase de duda, conduzca al tribunal a dictar una sentencia de condena. Huelga en este punto citar aquí las innumerables resoluciones judiciales que proclaman este principio. Por no hablar de la propia Constitución, Tratados internacionales y toda clase de legislación. Nótese que la presunción de inocencia, más allá de ser un principio y garantía procesal se asocia con el derecho a la libertad en sentido amplio. Sin embargo, y a pesar de sus características, cada vez son más frecuentes las críticas político-ideológicas que se emiten públicamente frente a determinadas sentencias judiciales en las que se resuelven asuntos con base en la falta de prueba de cargo que pueda enervar la presunción de inocencia.

El caso reciente, y yo diría que paradigmático, es el resuelto por la STSJ de Cataluña dictada en el conocido como caso Alves. Como es notorio el asunto se refiere a una presunta agresión sexual que habría cometido un conocido deportista. Juzgado y condenado en primera instancia la sentencia se recurrió ante el TSJ de Cataluña que en su sentencia 109/2025 de 28 de marzo de 2025 (ECLI:ES:TSJCAT:2025:879) estimó el recurso de apelación interpuesto por la defensa del condenado en primera instancia por un delito de agresión sexual y decretó su libre absolución apreciando la presunción de inocencia del acusado. La citada STSJ Cataluña ni es innovadora ni dice nada nuevo sobre la valoración de la prueba y el principio de presunción de inocencia. Sencillamente se revisa la sentencia de primera instancia para concluir que procede la absolución atendiendo a la doctrina jurisprudencial constante sobre la suficiencia probatoria y la presunción de inocencia⁴⁴². El TSJ de Cataluña con base en esa actividad de revisión de

está apartando de la fuente de legitimidad que debería definir las tareas legislativas. Cuando las leyes no responden a las notas de generalidad y abstracción, cuando el legislador aprueba leyes con nombre y apellidos se resiente otra de las notas que define a una sociedad respetuosa con los valores democráticos». https://www.eldebate.com/espana/20250317/juez-marchena-cuando-legislador-aprueba-leyes-nombre-apellidos-resiente-democracia_279682.html

442 «Partimos en este análisis de las exigencias a cada una de las hipótesis planteadas, la acusatoria y la defensiva. La sentencia del STS 23/2023 de 20 enero, fija el argumento del canon de suficiencia probatoria, recogido y ampliado en la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional STC 72/24 de 20 de junio, que analiza especialmente el alcance de la apelación respecto de las sentencias absolutorias y condenatorias. i) La primera STS 23/23 de 20 de enero, establece entre otras cosas lo siguiente, FTO.5ª "(...) Cabe recordar que cuando de lo que se trata es de declarar acreditada de manera suficiente la hipótesis acusatoria (STS 762/2022, de 15 de septiembre), el canon de suficiencia probatoria debe ser, en virtud del principio de presunción de inocencia, particularmente exigente. Los resultados probatorios deben permitir justificar que dicha hipótesis no solo se corresponde a lo acontecido sino también que las otras hipótesis alternativas en liza carecen de una mínima probabilidad atendible de producción. (...) Como consecuencia, y de contrario, surge la obligación de declarar no acreditada la hipótesis acusatoria cuando la prueba practicada arroja un resultado abierto. Lo que se dará cuando la hipótesis defensiva singular o la hipótesis presuntiva general de no participación que garantiza, de partida, el principio de presunción de inocencia, como regla de juicio, aparezcan, desde criterios racionales de valoración, también como probables, aun cuando lo sean en un grado menor que la tesis acusatoria. Insistimos, el problema se centra en el diálogo entre dos hipótesis, una acusatoria y otra defensiva, pero que no parten, ni mucho menos, de las mismas exigencias de acreditación. La primera, reclama un fundamento probatorio que arroje resultados que en términos fenomenológicos resulten altísimamente

la prueba practicada en primera instancia modificó el relato de hechos probados al entender que la víctima habría ofrecido una versión de los hechos que no se ajusta con otros hechos acreditados en la causa: «*No compartimos la argumentación de la Sala de instancia. El hecho de ofrecer un relato objetivamente discordante con la realidad interfiere de forma muy relevante en el análisis de la fiabilidad de un testigo*». (STSJ Cataluña 109/2025 de 28 de marzo de 2025. Fundamento de Derecho 6.10.5.ii). En su virtud el TSJ de Cataluña corrige la valoración probatoria de los hechos efectuada por el tribunal de primera instancia por entender que lo que hace es otorgar credibilidad al testimonio de la víctima con base en una creencia meramente subjetiva no fundada en la prueba practicada: «*A la vista de lo expuesto concluimos que el Tribunal de instancia ha optado por acoger una creencia subjetiva de lo que ocurrió en el interior del baño limitada únicamente a que la penetración vaginal fue inconsciente, como sostiene la denunciante*». (STSJ Cataluña 109/2025 de 28 de marzo de 2025. Fundamento de Derecho 6.10.5.iv). Es decir, el tribunal de apelación no acepta como criterio de valoración de la prueba el que se pretende desde determinadas posiciones ideológicas que mantienen que en el caso de delitos contra la libertad sexual debe prevalecer el testimonio de la víctima más allá que este pueda ser confuso, incompleto o contradictorio; o que no se halle confirmado por otras pruebas practicadas.

El criterio del TSJ de Cataluña se fundamenta en la aplicación del principio de presunción de inocencia que, por supuesto, no supone que se dé por cierta la versión del acusado, sino que la prueba practicada por la acusación no ha conseguido acreditar los hechos objeto de la acusación: «*La única hipótesis relevante que se somete a juicio es la acusatoria. Por tanto, no afirmamos que la hipótesis verdadera sea la que mantiene la Defensa del acusado. Lo que afirmamos es que, de la prueba practicada, no cabe concluir que se hayan superado los estándares que exige la presunción de inocencia de conformidad con el art.24.2 CE y del art 6 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 9 de marzo de 2016 "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", que expresamente establece: "1. Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. 2. Los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto"*» (STSJ Cataluña 109/2025 de 28 de marzo de 2025. Fundamento de Derecho 6.10.6.vi).

Hasta aquí nada extraño. Si la sentencia se hubiere dictado respecto a un caso que afectará otra clase de bienes jurídicos probablemente hubiese pasado desapercibida, incluso tratándose de una persona conocida. El hecho es que la sentencia trataba de una agresión sexual y resolvía el asunto aplicando la presunción de inocencia al considerar el tribunal que la prueba practicada no había enervado la referida presunción. Naturalmente, que ello no supone restar valor o desconocer la declaración de la presunta víctima, sino que esa declaración en el marco de la prueba no era suficiente para enervar la presunción de inocencia que asistía al acusado.

En ese punto, nada menos que la vicepresidenta del gobierno de España, realiza unas declaraciones en las que públicamente denigra la función jurisdiccional. No es que discrepara del fallo lo cual es perfectamente admisible, sino que dice sentir vergüenza por una sentencia en la que el tribunal, sencillamente, aplica el principio de presunción de inocencia una vez examinada la prueba practicada. Concretamente la citada responsable política manifiesta lo siguiente: «*... Qué vergüenza la sentencia de Dani Alvés .../... qué vergüenza que todavía se cuestione el testimonio de una víctima y se diga que la*

concluyentes. La segunda hipótesis, la defensiva, no. (...)» (STSJ Cataluña 109/2025 de 28 de marzo de 2025. Fundamento de Derecho 6.10.2).

*presunción de inocencia está por delante del testimonio de mujeres jóvenes valientes...»*⁴⁴³. Pues oiga ninguna vergüenza porque los tribunales de justicia cuestionan, naturalmente, el testimonio de cualquiera que declare ante un tribunal. A eso se le llama valorar la prueba. Y sí claro que la presunción de inocencia se impone ante la ausencia de prueba de cargo que más allá de duda razonable acredite la responsabilidad y culpabilidad del acusado. Lo dicho creo que lo entiende la mayor parte de la población. El problema se halla en el hecho que la persona que ataca de ese modo uno de los pilares de nuestro sistema de justicia, es nada menos que la vicepresidenta del gobierno.

Con bastante probabilidad la citada representante pública no ha leído la sentencia. Pero ello no la exime de responsabilidad por sus manifestaciones incluyendo aquí la falta de respeto con el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Resulta difícil hacer pedagogía de las virtudes del sistema de justicia y de la labor, casi siempre callada y responsable de jueces, abogados y el resto de intervinientes en el sistema judicial, cuando los representantes políticos muestran tal grado de ignorancia y falta de respeto por el trabajo judicial. Es por ello que, naturalmente, las cuatro asociaciones de jueces y tres de fiscales de nuestro país censuraron las citadas declaraciones⁴⁴⁴. También el CGPJ emitió una nota de prensa en la que, sin mencionar a la responsable de las declaraciones, se pronunciaba, por unanimidad, en defensa del sistema judicial, las víctimas de delitos y, específicamente, del trabajo judicial del TSJ de Cataluña⁴⁴⁵. En todos los casos se solicitaba a los representantes públicos ser responsables en sus manifestaciones respecto de las decisiones judiciales. Sencillamente porque de no hacerlo así se produce una erosión de la confianza de la ciudadanía en las instituciones y se pone en peligro el Estado de Derecho. Ciertamente es que la Sra. vicepresidenta poco después se disculpó diciendo que: «... *si de la expresión que utilice se puede concluir que yo he puesto en cuestión ni más ni menos que la presunción de inocencia que es un pilar de nuestro estado de derecho pues evidentemente la retiro y pido disculpas por esa expresión ...*». Pero no parece que se trate del reconocimiento de un error, sino de una disculpa forzada atendiendo a lo que a continuación dice: «... *Pero quiero ir al fondo del asunto. Decir que primero este caso fue juzgado en un tribunal que declaró culpable a esta persona, es decir, que no estamos hablando en el vacío, estamos hablando de una cuestión concreta. Y desde mi punto de vista, la presunción de inocencia no puede ser incompatible con la credibilidad y con la*

443 Las declaraciones de la Sra. Montero fueron las siguientes: «.... Qué vergüenza la sentencia de Dani Alvé, qué vergüenza .../... qué vergüenza que todavía se cuestione el testimonio de una víctima y se diga que la presunción de inocencia está por delante del testimonio de mujeres jóvenes valientes que deciden denunciar a los poderosos, a los grandes, a los famosos ...». Estas declaraciones se emiten en Jaén en un Congreso Provincial del partido político de la Sra. Montero. Y, naturalmente, son aplaudidas por un nutrido grupo de palmeros emocionados ante el discurso de la líder política.

https://www.youtube.com/watch?v=5TFp4qRTKcM&ab_channel=ElMundo

444 <https://www.vozpopuli.com/tribunales/cuatro-asociaciones-jueces-contra-montero-por-negar-presuncion-inocencia-alves.html>

445 «la revisión por tribunales superiores de lo resuelto por tribunales inferiores forma parte de la normalidad del Estado de Derecho. El sistema de recursos se establece para buscar el acierto de la decisión última. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no escapa a este principio y también está sujeta a los procedimientos de revisión previstos en las leyes procesales. En segundo lugar, la protección y apoyo a las víctimas, en especial de delitos contra la libertad sexual, no implica renunciar a la presunción de inocencia, que es un derecho fundamental. En tercer lugar, el Pleno confía en la profesionalidad y capacitación técnica de las magistradas y los magistrados intervinientes en el caso, tanto de la Audiencia Provincial de Barcelona como del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y quiere trasladarles todo su apoyo con independencia del sentido de sus decisiones. Es responsabilidad de los representantes políticos, cuando discrepan de una resolución judicial, compatibilizar su legítimo derecho a la crítica con la preservación de la confianza de la ciudadanía en las instituciones».

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/-Declaracion-institucional-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial->

fiabilidad del testimonio de las víctimas y creo sinceramente que esta sentencia es un retroceso respecto a esos avances y creo que se tiene que generar el debate social que permita ver cómo y de qué manera somos capaces de no revictimizar a las víctimas cuando hacen su declaración en los juzgados para no provocarles un doble sufrimiento»⁴⁴⁶.

Resulta muy difícil argumentar ante tanto desconocimiento y desatino. Porque, claro que las sentencias de condena se pueden recurrir, es un principio básico del sistema de justicia. Y por supuesto que la presunción de inocencia es incompatible con cualquier clase de prueba tasada que admita como verdad *«iuris et de iure»* determinada declaración en razón de la persona o de cualquier circunstancia como ser denunciante de agresión sexual. Y por supuesto que la aplicación de los principios que rigen el proceso penal nunca puede suponer un retroceso, sino la constatación fáctica de existencia de un estado democrático.

El problema más allá del desconocimiento general de los representantes públicos se halla en la adopción acrítica y el uso autoritario de la ideología como argumento de autoridad y de condicionamiento del sistema de justicia. Ello más allá de la bondad intrínseca de la ideología. Porque en este caso, la ideología que defiende la citada representante pública parece tener por objetivo reforzar la defensa de la libertad sexual de las mujeres lo cual es un objetivo lícito y deseable. El problema es que se pretende imponer ese derecho a costa del de presunción de inocencia. De hecho, se pretende que la presunción de inocencia no sea aplicable en el enjuiciamiento de determinados delitos (contra la libertad sexual). Sin embargo, es obvio que ambos derechos son absolutamente compatibles. No cabe duda, de la importancia de proteger la libertad personal de las mujeres en España que son las potenciales víctimas de la mayoría de los delitos de carácter sexual. El problema aparece cuando la protección de determinados derechos de los ciudadanos colisiona con otros derechos de los mismos u otros ciudadanos. Más concretamente cuando una determinada ideología pretende imponerse sobre los principios propios de la democracia en el ámbito del sistema de Justicia. Así se sucede cuando se pretende que cuando lo que se juzguen sean delitos contra la libertad sexual la declaración de la víctima haga prueba plena de los hechos sin permitir operar la presunción de inocencia y, mucho menos, el principio de *«in dubio pro reo»*. En ese caso, se produce una colisión de derechos que debe ser resuelta atendiendo a la supremacía de los derechos fundamentales entre los que se halla el de presunción de inocencia.

La situación actual tiene su origen en la reciente modificación de delitos contra la libertad sexual en el Código Penal que se ha basado en otorgar especial relevancia a la existencia de consentimiento. Así se refleja perfectamente en el art. 178 CP donde se incide especialmente en la existencia de consentimiento para actos de naturaleza sexual⁴⁴⁷. Nada que decir al respecto. El problema consiste cuando se debe examinar si concurría o no el consentimiento de la víctima. Y en ese punto, conforme a la ley, el tribunal constatará en el juicio la existencia de actos: *«...que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.»*. En definitiva, el tribunal debe apreciar que existe un consentimiento producto de la libre voluntad de los intervinientes en un acto de naturaleza sexual. A ese fin, la prueba de la comisión de un

446 <https://www.youtube.com/shorts/qQ4kV-C5kII>. Véase también:

https://www.elconfidencial.com/espana/2025-04-01/montero-pide-disculpas-palabras-inocencia-alves_4099701/

447 El art. 178.1 CP dispone que: «Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». Y el párrafo 2º del mismo art. 178 dispone que se considerará agresión sexual aquellos actos cometidos cuando la víctima estuviere privada de voluntad o conocimiento para consentir.

delito de agresión sexual se fundamentará en la prueba de la existencia de dos hechos: 1º un acto de carácter o naturaleza sexual. 2º La ausencia de consentimiento de uno de los partícipes (que sería la víctima). Hasta ahí la coherencia del tipo penal es adecuada. El problema aparece cuando el tipo penal penaliza cualquier acto sexual en el que no exista una manifestación libre: «*mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*». Los problemas jurídicos aquí se acumulan. En primer lugar, puede resultar extremadamente difícil hallar ese consentimiento expreso en toda relación sexual, lo que aboca a una situación de inseguridad jurídica. En segundo lugar, como resultado de lo previsto en el tipo penal, la carga de la prueba se traslada al acusado que ante la falta de evidencia de consentimiento debería acreditar por sí mismo la existencia de actos claros de voluntariedad de su pareja sexual. Esta suerte de «*probatio diabólica*» no parece plantear ningún problema para el legislador en tanto que la comisión del tipo penal se fundamenta en la declaración de la denunciante de agresión sexual quedándole al acusado como única actividad probatoria de descargo acreditar la existencia de consentimiento. Lo cual por otra parte decaería ante la simple declaración en contrario de la denunciante que podría enervar de ese modo la presunción de inocencia del acusado. Efectivamente, es el mundo al revés. No obstante, aunque sea por el momento, y con permiso de la vicepresidenta del gobierno, la carga de la prueba corresponde a la acusación. Y, en este caso, corresponderá, por lo general, a la acusación acreditar que no existió un consentimiento libre y claro de la víctima. Y aquí el problema consiste en acreditar en juicio un hecho negativo. A saber, que no existieron actos que manifestaron de forma clara la voluntad de la persona. Máxime teniendo en cuenta que las relaciones sexuales, sean de la naturaleza que sean, tienen lugar en ámbitos privados. En ese punto, probablemente la prueba se reducirá a las manifestaciones probablemente opuestas de acusado y víctima. Y si no existe ninguna clase de prueba que pueda otorgar mayor valor probatorio a una u otra declaración naturalmente debe optarse por aplicar el principio de presunción de inocencia y proceder a la absolución del acusado.

Lo anterior puede parecer un galimatías, pero es el proceso probatorio al que nos conduce una regulación legal errónea. Y siendo así cuando los tribunales de justicia resuelven asuntos de esta clase aplicando razonamiento jurídico basado en el respeto de los derechos fundamentales los promotores de la legislación se sienten desconcertados. Pero, diga lo que diga nuestra ilustre representante pública y le pese a quien le pese, la presunción de inocencia es un principio jurídico esencial del sistema procesal de las democracias occidentales. Más aún, la presunción de inocencia junto con el del derecho a guardar silencio son ampliamente reconocidos por los ciudadanos. Probablemente por la constante alusión que se hace a los mismos en toda clase de libros, películas y series de televisión. Por eso sorprende que personas aparentemente formadas puedan mostrar tal falta de respeto no sólo respecto de una sentencia, sino del sistema de principios y derechos del proceso penal.

Todo lo expuesto expone con total crudeza lo endeble de una democracia en la que ni siquiera los miembros del gobierno parecen entender ni respetar el trabajo judicial. Y esto es un gran problema de la Justicia y del sistema democrático. Probablemente, el problema debe hallar solución aunando esfuerzos en defensa del sistema de Justicia como un fundamento de la democracia. Por cierto, en algunos países se hace. Sin ir más lejos en Francia se plantearon hace años la necesidad de reforzar el principio de presunción de inocencia. Es por ello que en el año 2000 se dictó la Ley 516/2000 de 15 de junio para reforzar la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas, y otras normas complementarias⁴⁴⁸. Y en 2021 la LOI n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire⁴⁴⁹. Se trata de dos normas cuyo objeto directo es la

448 <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000765204/>

449 <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044545992>

protección de la presunción de inocencia para lo que se modifican no sólo normas de naturaleza procesal penal, sino también el código civil y la Ley de libertad de prensa de 1881, entre otras normas. Precisamente, la modificación de la Ley de 1881, por la loi 516/2000, prevé la imposición de multas de 15000 euros a aquellos medios de comunicación que difundan la imagen: *«de una persona identificada o identificable imputada con ocasión de un procedimiento penal pero que no ha sido objeto de un enjuiciamiento de condena y haciéndola aparecer como esposada o ubicada en situación de prisión provisional»* (art. 35 ter Ley de libertad de prensa francesa de 1881)⁴⁵⁰. Tal vez ese sea el camino y lo que se debe prever es la imposición de sanciones para las conductas que socaven los principios del sistema judicial. Sin bien se mira este puede ser el correlato lógico de lo previsto en el art. 17.2 que obliga a todos, particulares y a la administración pública, a respetar las sentencias y las demás resoluciones judiciales. Y el art. 14 LOPJ que prevé que: *«1. Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico. 2. El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial»*. Naturalmente que en un caso como el aquí citado el Fiscal debería haber abierto unas diligencias informativas ante las declaraciones de la vicepresidenta del gobierno. O plantear la posibilidad de que el CGPJ pueda imponer multas gubernativas de entidad a aquellos que inquieten la independencia judicial⁴⁵¹. Sin embargo, nos tenemos que conformar con la declaración de la presidenta del Tribunal Supremo que en un acto con futuros jueces les solicitó que exijan respeto frente a sus decisiones⁴⁵². Sí, muy bien de acuerdo. ¿Pero quién es el encargado de hacer valer ese respeto por las decisiones judiciales? Con toda seguridad debería ser el CGPJ, pero no parece que tenga ninguna voluntad de ejercer esa potestad en tanto que esa clase de declaraciones y comportamientos producen una clara desafección de los ciudadanos con el sistema de justicia. Los ejemplos se acumulan mostrando un uso absolutamente partidista del sistema judicial. Y claro si los representantes públicos no respetan las decisiones judiciales porque tienen que hacerlo los ciudadanos ordinarios.

En definitiva, no me cabe ninguna duda de la influencia, mala, que distintas narrativas político-ideológicas tienen en el sistema de Justicia. Lo erosionan en múltiples y variadas formas que afectan la percepción de la Justicia por parte de los ciudadanos. El ejemplo expuesto es únicamente uno de los muchos que se pueden señalar. Porque en general la ideología política utiliza el sistema judicial para sus propios fines, sin ningún interés aparente en reforzarlo y mejorarlo en beneficio del sistema democrático.

450 Véase sobre esta cuestión RIAÑO BRUN, I., «Principio de presunción de inocencia: Iniciativas de protección en el derecho francés y su aplicación en el ordenamiento jurídico español». Rev. General de Derecho Procesal. Nº 64. 2024, pág. 6.

451 Un ejemplo serían las multas gubernativas que se imponen por ejemplo por infringir el deber de neutralidad en período electoral. Por ejemplo, de 2200 euros a Pedro Sánchez por ensalzar los logros de su gobierno y desacreditar a los adversarios políticos en 2023. Sin embargo, las declaraciones de representantes políticos frente a los órganos judiciales quedan absolutamente impunes, porque se admite ampliamente que el ejercicio de la política admite ampliamente las declaraciones que van más allá de la crítica, para deslegitimar el sistema judicial.

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Novelties/El-Tribunal-Supremo-confirma-la-multa-de-2-200-euros-que-la-Junta-Electoral-impuso-al-presidente-del-Gobierno-por-infringir-el-deber-de-neutralidad-en-periodo-electoral>

452 Nota de prensa del CGPJ de 8 de abril de 2025.

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Panorama/La-presidenta-del-TS-y-del-CGPJ-pide-a-los-futuros-jueces-y-juezas-que-exijan-respeto-a-sus-decisiones-y-que-extremen-los-deberes-de-motivacion-y-la-calidad-de-la-argumentacion-juridica>

VII AMENAZAS AL SISTEMA DE JUSTICIA (II): DESDE LA IMPOSICIÓN GENERAL Y ACRÍTICO DE LA TECNOLOGÍA.

No quería finalizar este trabajo sin atender al problema de la introducción acrítica, no consensuada y poco meditada de la tecnología en el sistema de justicia. En realidad, resulta difícilmente explicable la adhesión entusiasta de gobiernos de todas las orientaciones políticas a las tecnologías de la información y la computación que como una suerte de bálsamo de fierabrás que va a solucionar todos los problemas de la justicia⁴⁵³. No me refiero a la implantación del expediente electrónico y otras utilidades tecnológicas de evidente utilidad, sino a la aplicación acrítica de la tecnología en dos aspectos concretos. En primer lugar, la sustanciación telemática como modo ordinario de sustanciación de los juicios orales (arts. 258. bis LECrim y 129 bis LEC). En segundo lugar, la aplicación de la Inteligencia artificial para la redacción de resoluciones judiciales prevista en los arts. 56 a 59 del RD 6/2023 de medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia⁴⁵⁴. Se trata de normas de carácter general que autorizan el uso de herramientas de IA en grados distintos de intensidad. Así, se prevé el uso de la IA para la automatización de actuaciones judiciales en diferentes niveles (art. 56 RD 6/2023). Pero, también, para generar: «... un borrador total o parcial de documento complejo basado en datos, que puede ser producido por algoritmos, y puede constituir fundamento o apoyo de una resolución judicial o procesal» (art. 57 RD 6/2023). De modo que el art. 57 RD 6/2023 autoriza el uso de un sistema de IA para generar la resolución «judicial» que resuelva un asunto sometido a la jurisdicción. Así, tendremos un juicio que se va a practicar de modo telemático y con una decisión que va a tomar una máquina de IA. En ese punto, el siguiente paso puede ser sustituir a los abogados por máquinas y un poco más allá quien sabe. Esta clase de reflexiones no provienen de un neoludita⁴⁵⁵, sino de un profesor convencido de las bondades del desarrollo tecnológico, pero al mismo tiempo respetuoso con las formas y tiempos de la naturaleza⁴⁵⁶. Máxime cuando se trata de desarrollo humano.

La sustanciación de los juicios telemáticos plantea problemas por la evidente pérdida de la calidad de la intermediación judicial cuando la prueba se inmedia a través de una

453 Los cantos de sirena de la IA parecen ser irresistibles. En todos los ámbitos sociales, también en el ámbito del sistema judicial. Prácticamente todos los días aparece una noticia sobre la IA. Por ejemplo, la publicación de una licitación por valor de 45 millones de Euros, para el desarrollo de sistemas de IA para el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial publicada en abril de 2025. La finalidad: «Con todo ello se persigue facilitar una interacción más inteligente con el usuario del Fondo Documental, que dispone de más de 8 millones de resoluciones judiciales, permitiéndole hacer consultas mediante lenguaje natural, comprender de una manera más ágil el contenido de una resolución judicial y así mejorar la búsqueda y localización de las resoluciones deseadas de forma más eficiente».

https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPyKssy0xPLMnMz0vMAfijU1JTC3ly87KtUJLEnNyUuNzMPmZSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQj41KtQuDjXPLE5NMg1IrTS0iE9ML0m1t9Qtycx0BlaurLg!!/

454 Véase, sobre esta clase de resoluciones: RICHARD GONZÁLEZ M., Las actuaciones judiciales automatizadas, proactivas y asistidas, previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital de 2021, en el marco de la estrategia europea de desarrollo de la Inteligencia Artificial, En logros y retos de la Justicia Civil en España, Tirant lo Blanch. Valencia 2022. Págs. 705-717.

455 Como es bien sabido los luditas eran un grupo organizado que se movilizó a principios del S. XIX frente a la introducción de los nuevos telares industriales que remplazaban el trabajo manual de los trabajadores, especialmente los menos cualificados. No resulta claro el origen de la denominación, aunque la teoría más aceptada atribuye el término ludita a trabajador llamado NED LUDD que habría destruido unos telares industriales como protesta por los abusos de los propietarios de las máquinas. En este siglo XXI el término ha vuelto a utilizarse con el añadido del elemento compositivo neo, para formar neoludita que sería aquel que se opone al desarrollo tecnológico lo cual no es el caso de quien esto escribe.

456 Véase RICHARD GONZÁLEZ, M., Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial, diario La Ley nº 9654. 2020.

pantalla de video. Pero, esos problemas se incrementan exponencialmente si pensamos en el uso de la inteligencia artificial (en adelante IA) para la resolución de litigios. Porque, en cualquier caso, el juicio telemático sigue siendo un juicio y los intervinientes en ese nuevo escenario siguen siendo, por el momento humanos, que responden a los estándares de actuación y pensamiento propios de nuestra especie. Pero, cuando hablamos de introducir la IA como herramienta tecnológica para resolver un litigio estamos dando un paso delante de una enorme magnitud. En este punto, más allá de otras consideraciones, cabe plantearse si el sistema de justicia pudiera beneficiarse de la IA para la toma de decisiones y resolución de litigios.

Desde el punto de vista de los defensores del uso de la IA las decisiones que tomará esta clase de sistemas robotizados serían de una mayor calidad al no estar afectadas por los sesgos, prejuicios y otros defectos del razonamiento humano. Así, frente al imperfecto criterio de los seres humanos se impondría la neutralidad y objetivo razonamiento matemático que emplean los algoritmos utilizados en los sistemas de IA. A este respecto, es obvio que las máquinas son imbatibles con los datos. Por ejemplo, un sistema de IA puede identificar un rostro parametrizado (o un iris) entre millones de muestras. Y ello en un tiempo asombrosamente corto. Ahora bien, imaginemos que se trata de resolver que valor atribuir a la emoción que pueda estar expresando un sujeto. Sea o no en juicio. Aquí los humanos somos imbatibles. Millones de años de evolución nos avalan. Este es el punto de vista de las matemáticas que afirma que existen determinados problemas indecibles. Aquí sucedería que como en el caso del conocido gato de SCHROEDINGER: Hay afirmaciones, problemas que no son ciertos ni falsos (RUSELL B.) O, como señala, GÖDEL K: *"para todo sistema axiomático recursivo autoconsistente lo suficientemente poderoso como para describir la aritmética de los números naturales, existen proposiciones verdaderas sobre los naturales que no pueden demostrarse a partir de los axiomas"*⁴⁵⁷. Lo cual significa que desde la matemática se niega que sea posible resolver conflictos morales. Es decir, algunos problemas, especialmente los de carácter socio-moral no se pueden resolver matemáticamente. Así lo afirman BE-DAVID y otros que señalan: *«Nuestra demostración utiliza uno de los descubrimientos matemáticos más revolucionarios del siglo pasado: los teoremas de incompletitud de Gödel. Estos afirman, en términos generales, que hay cuestiones matemáticas que no se pueden resolver.../... Ahora podemos ver la estructura de alto nivel de la demostración. En el contexto de la metodología de aprendizaje, consideramos que existe una equivalencia entre las tres nociones: capacidad de aprendizaje, comprensión y cardinalidades. Muchas afirmaciones sobre cardinalidades no se pueden demostrar ni refutar. Por lo tanto, la capacidad de aprendizaje a veces comparte este destino»*⁴⁵⁸.

La realidad tecnológica muestra que, en el actual estado de evolución tecnológica, la IA no tiene capacidad para decidir una controversia con base en la combinación de conocimiento general y previo (máximas de experiencia) y conocimiento concreto y adquirido en la vista judicial, como lo hacen los seres humanos usando lo que se llama sentido común o sana crítica. Lo que sí puede hacer la IA es aplicar patrones de resolución de determinada clase de problemas jurídicos para obtener un resultado concreto. Este es

457 GÖDEL K., On formally undecidable propositions of Principia Mathematica and related systems, 1931. (WaybackMachine).<http://www.research.ibm.com/people/h/hirzel/papers/canon00-goedel.pdf>

458 «Our proof utilizes one of the most revolutionary mathematical discoveries in the past century: Gödel's incompleteness theorems. Roughly speaking, they state that there are mathematical questions that cannot be resolved .../.... We are now able to see the high level structure of the proof. In the learning framework we consider there is an equivalence between the three notions: learnability, compression and cardinalities. Many statements concerning cardinalities cannot be proved nor refuted. Learnability, therefore, sometimes shares this fate». SHAI BEN-DAVID, PAVEL HRUBEŠ, SHAY MORAN, AMIR SHPILKA, AMIR YEHUDAYOFF, Learnability can be undecidable. Nature Machine Intelligence | VOL 44 1 | JANUARY 2019 | 44–48 | (www.nature.com/natmachintell), Pág. 45).

el caso, por ejemplo, de las máquinas de IA que sirven para resolver sobre beneficios penitenciarios o decisiones de libertad o prisión provisional. Tenemos dos ejemplos bien conocidos. Compas (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) en Estados Unidos y el programa RisCanvi en Cataluña. En cualquier caso, debe ponerse ya de manifiesto que ambos programas funcionan mal. Como veremos lo que podría llamarse tasa de acierto supera por muy poco el que nos proporciona el azar o el criterio de cualquier persona (sin formación jurídica) que tuviera que decidir sobre la posibilidad de reincidencia de un sujeto determinado. No obstante, a pesar de sus limitaciones, esta clase de programas son utilizados para auxiliar en la toma de decisiones sobre evaluación del riesgo de reincidencia. Tal vez por estas evidencias científicas los sistemas de IA se presentan como sistemas predictivos. A veces con trampa. Existen diversos estudios que proclaman el elevado grado de acierto de sistemas de IA de predicción judicial. Por ejemplo, el estudio denominado: «*Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*» que concluye que el sistema examinado acreditó un 79% de acierto respecto a decisiones de la CEDH respecto a los arts. 3,6 y 8 del CEDH⁴⁵⁹. El problema se halla en el hecho que esos resultados en nada sirven para reforzar la capacidad de resolución de la IA. Por ejemplo, yo no necesito ninguna tecnología para predecir que la ratio de admisión de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional se halla en torno al 98 %. ¡Eureka!, acabo de comprobarlo sólo se admiten el 1,8 % de los recursos de amparo⁴⁶⁰. Y créanme solo soy un simple humano. La valoración del grado de acierto de un sistema debería fundamentarse en supuestos ordinarios en los cuales no existe ninguna regla extraordinaria de decisión que pueda influir en la tasa de acierto. Otro ejemplo. No me hace falta IA para predecir que los días de lluvia en el desierto del Sahara son menos de 5 al año. En fin.

La implantación de la IA no sólo plantea problemas de simple fiabilidad y eficacia real, sino muchos otros. Por ejemplo, de encaje legal (la potestad de juzgar corresponde a los Jueces y tribunales -art. 117 CE). O sobre el origen de los datos para el entrenamiento del sistema, de seguridad, de transparencia, etc. Véase que, en realidad, la IA es una tecnología secreta que se halla fuera del ámbito de la ciencia. Efectivamente, las máquinas de IA más desarrolladas son propiedad de grandes compañías, básicamente, norteamericanas que protegen su tecnología mediante el secreto industrial. Entre otras cosas porque los algoritmos no son patentables. En ese punto, el reciente Reglamento Europeo de IA de 2024 (2024/1689) aporta alguna luz a esta situación, aunque resulta insuficiente frente a los retos que se plantean. Esta insuficiencia es si cabe especialmente manifiesta en el ámbito del sistema judicial. Poco se dice en concreto a este respecto. En realidad, el Reglamento ubica la aplicación de la IA al sistema judicial como uno más de los sistemas de alto riesgo, limitándose a enumerar los requisitos que deben cumplir estos sistemas (arts. 9 a 15 R° UE 2024/1689). El problema consiste en el hecho que se regulan salvaguardas genéricas, cuando serían necesarias normas precisas para el caso de la aplicación de la IA al sistema de resolución de litigios. De ello resulta que el desarrollo de la IA en el ámbito judicial depende de la regulación de cada estado de la unión⁴⁶¹.

En mi opinión esta clase de tecnología debe tener una aplicación limitada en el ámbito del sistema de justicia. Especialmente, cuando se trata de resolución de asuntos con

459 «Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective, PeerJ Computer Science», PeerJ Computer Science ,London University 2016. <https://peerj.com/articles/cs-93/>

460 <https://theobjective.com/espana/tribunales/2023-09-16/tribunal-constitucional-recursos-amparo/>
https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_068/Memoria%20Tribunal%20Constitucional%202022.pdf

461 En el mismo sentido, el art. 22 RGPD UE prevé que los ciudadanos no sean sometidos a decisiones automatizadas, salvo lo previsto en la normativa interna de los estados miembros.

práctica de prueba. En ese punto, probablemente los sistemas de IA no son adecuados en razón de la insuficiencia de la propia tecnología. Pero, probablemente aún en el caso que estos sistemas pudieran desarrollarse de modo que fueran capaces de resolver litigios deberíamos limitar su uso en el ámbito de la decisión judicial⁴⁶². Y no porque exista una probabilidad de que la máquina de IA pueda suponer un riesgo para la humanidad, que también pudiera darse, sino sencillamente por el simple uso del sentido común⁴⁶³. ¿De verdad queremos sustraer a los jueces la decisión de los conflictos jurídicos para entregársela a un sistema tecnológico? Porque aquí aparecen dos escenarios futuros. Primero, si la IA aplicada a la resolución de conflictos permanece en el reino de la computación resultará que cambiamos un sistema humano de individualización de la resolución de los asuntos por otro que se basará en los cálculos previos estadísticos y sesgados de los encargados de crear los algoritmos, lo cual no me parece un avance. Pero, segundo, si la IA trasciende esa condición «*natural*» para poder de verdad aprender, adaptarse, cambiar y resolver, entonces el problema trasciende lo jurídico para con toda probabilidad constituir una amenaza existencial para la humanidad. No lo digo yo, sino un buen número de expertos en esta materia⁴⁶⁴. De hecho, las actuales máquinas generativas de IA ofrecen resultados a partir de los datos y el entrenamiento recibido. Se trata de simular el pensamiento humano. Digo simular. En realidad, por el momento sólo podemos hablar de lo que se denomina IA débil que sigue los parámetros de su entrenamiento para realizar tareas específicas⁴⁶⁵. Aunque, nada impide que en algún momento pueda producirse una singularidad tecnológica que propiciaría la aparición, en realidad, de una nueva especie de ser no biológico. Lo que, sin duda, plantearía problemas de una magnitud inimaginable⁴⁶⁶.

462 El problema obvio es que una vez creada la herramienta de IA no cabe duda que los responsables de su introducción van a otorgar valor a los resultados de la máquina frente al criterio singular, humano, específico y más laborioso de los seres humanos. Aunque, cabe la posibilidad de aplicar sólo la IA a los procedimientos en masa. Por ejemplo, reclamaciones de servicios bien determinados (reclamaciones frente a las líneas aéreas) lo cual sería aceptable. En ese punto se puede establecer una suerte de justicia de «*bagatela*» frente a una justicia de alto valor económico. La primera se aplicaría a los asuntos de escasa cuantía, que básicamente afectan a consumidores o, en general, litigios que plantean reclamaciones podríamos decir ordinarias. La segunda justicia sería la de los grandes litigios que afectan empresas o reclamaciones de elevada cuantía. La primera ser solventaría por una máquina de IA. La segunda, por supuesto, con una sustanciación tradicional, pero sin duda mucho más fiable.

463 ¿Creen ustedes que en el futuro próximo se van a desarrollar robots con apariencia humana capaces de actuar como parejas domésticas y sexuales? A mí por lo menos no me cabe duda. Y si fuera así ¿es posible que un robot de estas características pudiera virtualmente proporcionar una mayor «felicidad» doméstica al amo/usuario? No hace falta que contesten, ya lo hago yo. Probablemente podría ser así. Piensen: no hay discusiones, la entrega y aceptación de cualquier petición al robot es inmediata y no condicionada. Pero, aun así, ¿merecería la pena? ¿Sería ese robot preferible a una imperfecta pareja humana? Pues, a mí juicio no merecería la pena y sería preferible un imperfecto compañero/a humana a una máquina infalible desprovista de emociones y defectos. Lo mismo sucede con los jueces (y también con los abogados).

464 Probablemente el autor más destacado en advertir sobre los riesgos de la IA es HARARI que señala: «,,, if a Silicon Age superpower has weak or non-existent self-correcting mechanisms, it could very well endanger the survival of our species, and countless other life-forms, too». HARARI, Y, *Nexus, a brief history of information networks from the stone age to AI*, 2024, págs. 402-403.

465 En el momento presente, y hasta lo que podemos saber, el estado de la técnica en la IA no ofrece máquinas computacionales que puedan generar conocimiento por sí mismas. En este sentido, MINSKY M se pronunció en numerosas entrevistas señalando los siguientes: “lo único que se ha hecho en los últimos 10 años es tratar de mejorar sistemas que no son especialmente buenos y que, de hecho, no han evolucionado mucho en las dos últimas décadas”. Y en 2003 decía que los sistemas expertos basados en reglas, las redes neuronales, los algoritmos genéticos o la robótica, no son capaces de resolver el problema de la IA al ignorar problemas de alto nivel como el sentido común.

466 De hecho, la teoría de la evolución expuesta en términos Darwinianos no excluye esa posibilidad. Véase a este respecto, DENNETT, D, Dennett, D. “‘A Perfect and Beautiful Machine’: What Darwin’s Theory of Evolution Reveals About Artificial Intelligence”. *The Atlantic* 22/06/2012. (<https://dl.tufts.edu/concern/pdfs/t148fv19j>).

Probablemente el legislador español, y en parte el europeo, se mueven por una suerte de ansiedad que los lleva a no querer perder oportunidades en el uso de la tecnología de IA, que además se presenta como quasi mágica. Efectivamente, la IA se ha convertido en una presencia constante en los medios de comunicación y en la política de comunicación de toda clase de empresas e instituciones públicas y privadas cuyos productos y servicios deben implementar IA. Una tecnología que presuntamente otorga al producto o servicio una eficacia y modernidad fuera de toda duda. No importa si el producto es un medicamento, un sistema de citas telefónicas, una aplicación de compra y venta de inmuebles, o un procedimiento judicial. Cualquier producto puede beneficiarse de esta maravillosa tecnología⁴⁶⁷. Desde ese punto de vista la tecnología de IA funciona como uno más de los mitos creado por las sociedades humanas como componente esencial de su evolución social⁴⁶⁸.

Bibliografía

- ALLORIO, Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la Ciencia Procesal, en Problemas de Derecho Procesal, Buenos aires 1963.
- BARONA VILAR S., Inteligencia Artificial o la algoritmización de la vida y la Justicia. Rev. Bolivariana de Derecho n° 28 julio 2019. <https://www.researchgate.net/publication/337649747>
- CALAMANDREI PIERO, Elogio de los jueces escrito por un abogado, ED. Librería el Foro, Buenos Aires 1998.
- CALAMANDREI, Instituciones de Derecho Procesal civil, según el nuevo Código. Trad. Sentís Melendo. Buenos aires 1962
- CARRERAS, Las fronteras del juez, en Estudios de Derecho Procesal (con FENECH), Barcelona 1961,
- CASTILLEJO MANZANARES R., Nuevas tecnologías y prueba en el proceso penal. Especial incidencia en Inteligencia Artificial. Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review, N. 11 (enero-marzo), 2022
- DARWIN C. The expression of the emotions in man and animals, London 1872. <http://darwin-online.org.uk/content/frameset?itemID=F1142&viewtype=text&pageseq=1>
- DENNET, D, Dennett, D. “‘A Perfect and Beautiful Machine’: What Darwin’s Theory of Evolution Reveals About Artificial Intelligence”. The Atlantic 22/06/2012. (<https://dl.tufts.edu/concern/pdfs/t148fv19j>)
- D'ORS. Una introducción al estudio del Derecho, Pamplona 1963.
- FERNANDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Iustel, 2005.
- GAMERO CASADO E., El enfoque europeo de inteligencia artificial, Revista de Derecho Administrativo /CDA) 2021.
- GARCIA J.E., A un siglo de “El análisis de la mente”, Revista de Psicología, V. 18, n° 36, 2022, <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/15372/1/siglo-an%C3%A1lisis-mente.pdf>
- GAVILAN, G.R., Cuatro principios para una buena explicabilidad de los algoritmos. [https://ignaciogavilan.com/cuatro-principios-para-una-buena-explicabilidad-de-los-algoritmos/#:~:text=Explicaci%C3%B3n%20\('Explanation'\)%3A,tipo%20que%20justifique%20sus%20conclusiones](https://ignaciogavilan.com/cuatro-principios-para-una-buena-explicabilidad-de-los-algoritmos/#:~:text=Explicaci%C3%B3n%20('Explanation')%3A,tipo%20que%20justifique%20sus%20conclusiones).
- GIMENO SENDRA, Fundamentos del Derecho Procesal, Madrid 1981.

467 No cabe duda que, en ocasiones, la IA resulta de especial utilidad. Por ejemplo, en procesos que requieren una gestión masiva de datos. Piénsese en la ejecución de escenarios virtuales de prueba de medicamentos, empleo de productos químicos en la agricultura, predicción del clima, cálculos de resistencia de materiales en obras públicas o privadas., tratamiento de datos biométricos por razones de seguridad, etc.

468 Véase HARARI, Y, Sapiens, A brief History of Humankind, London 2011 y Nexus, a brief history of information ob. Cit.

- GIRGADO PERANDONES, P, La regulación de la inteligencia artificial en la unión europea y su repercusión en el contrato de seguro. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 16 bis, junio 2022, pp. 3612-3641.
- GÖDEL K., On formally undecidable propositions of Principia Mathematica and related systems, 1931 (WaybackMachine).
<http://www.research.ibm.com/people/h/hirzel/papers/canon00-goedel.pdf>
- GUTIERREZ E., Trazabilidad y explicabilidad de los algoritmos públicos, 2020.
<https://www.uv.es/catedra-pagoda/es/actualidad/trazabilidad-explicabilidad-algoritmos-publicos-estrella-gutierrez-1286053802801/Novetat.html?id=1286162435736>.
- GUTIERREZ SANZ, R., Algunas consideraciones sobre la interpretación de la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia por el TEDH, *Rev. General de Derecho Procesal*, n° 33, 2014.
- HARARI, Y, *Sapiens, A brief History of Humankind*, London 2011.
- HARARI, Y, *Nexus, a brief history of information networks from the stone age to AI*, New York 2024.
- HERNÁNDEZ PEÑA J.C., Decisiones algorítmicas de perfilado: régimen y garantías jurídicas, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 203, 2020,
- HUERGO LORA A. (Dir.), *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur, Menor, 2020.
- KAPLAN J., *Artificial Intelligence*, Oxford University press, 2016.
- KUHN R., KACKER R., LEI Y., SIMOS D., *Combinatorial methods for explainable AI. Preprint: 9th International Workshop on Combinatorial Testing (IWCT 20)*, Porto, Portugal, October 24-28, 2020. NIST.
- LARSON J., MATTU S., KIRCHNER L., ANGWIN J., How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm, pro-publica. May 23, 2016.
<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm#:~:text=The%20COMPAS%20violent%20recidivism%20score,years%20after%20they%20were%20scored>.
- LÓPEZ-RIQUELME G.O., RAMÓN F., El mundo feliz de las hormigas, *TIP Revista Especializada en Ciencias Químico-Biológicas*, 13(1):35-48, 2010.
<https://www.scielo.org.mx/pdf/tip/v13n1/v13n1a4.pdf>
- KAFKA F., *El proceso, obras completas*, ed. Teorema, 1983, Barcelona.
- MARCHENA M., Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa, CEU Universidad Fernando III, 2025. https://www.eldebate.com/espana/20250317/juez-marchena-cuando-legislador-aprueba-leyes-nombre-apellidos-resiente-democracia_279682.html
- MARTÍNEZ GARAY L., Peligrosidad, algoritmos y «*due process*»: el caso state v loomis, *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 20 (julio de 2018), págs. 485-502.
- MOROZOV EVGENY, The problem with artificial intelligence? It's neither artificial nor intelligent. *The Guardian*, 30.march.2023.
<https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/mar/30/artificial-intelligence-chatgpt-human-mind>
- MINSKY M., *The society of Mind*, ed. Touchstone Bew York 1988.
- NIEVA FENOLL, J., La razón de ser de la presunción de inocencia, *InDret* n° 1, 2016.
- NIEVA FENOLL, J., *Jurisdicción y proceso*, Marcial Pons, Barcelona 2009.
- ORTEGA Y GASSET, J., ¿Qué es filosofía? 1919.
<https://ia903105.us.archive.org/33/items/QuEsFilosofa/%C2%BFQu%C3%A9%20es%20filosof%C3%A1a%C2%BF.pdf>
- ORTEGA Y GASSET, J., *La España invertebrada. Bosquejo de algunos pensamientos históricos*, Ed. Calpe. Madrid 1921. https://www.sas.upenn.edu/~cavitch/pdf-library/Ortega_y_Gasset_Espana%CC%83_invertebrada.pdf // https://drive.google.com/file/d/1YXM6V3CQ_bFJ29_zWxUQcG1l6PNFnUEa/view
- ORWELL G., 1984, 1949. Free EBooks at Planet EBook.com, pág. 7. : <https://www.planetebook.com/1984/>
- PRIETO CASTRO, *Derecho de los Tribunales; organización, funcionamiento, gobierno*, Madrid 1986,

- QIYE LI y otros, A single-cell transcriptomic atlas tracking the neural basis of division of labour in an ant superorganism, *Nature Ecology&Evolution* 6, 2022, 1191-1204. <https://www.nature.com/articles/s41559-022-01784-1>
- RIAÑO BRUN, I., «Principio de presunción de inocencia: Iniciativas de protección en el derecho francés y su aplicación en el ordenamiento jurídico español». *Rev. General de Derecho Procesal*. N° 64. 2024.
- RICHARD González. M., Las actuaciones judiciales automatizadas, proactivas y asistidas, previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital de 2021, en el marco de la estrategia europea de desarrollo de la Inteligencia Artificial, En logros y retos de la Justicia Civil en España, Tirant lo Blanch. Valencia 2022. Págs. 705-717.
- RUSSELL B., The analysis of mind, Penn State Electronic Classic Series Publication. <https://dhspriority.org/kenny/PhilTexts/Russell/analysis-mind.pdf> // <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/15372/1/siglo-an%C3%A1lisis-mente.pdf>
- RUSSELL S., NORVIG P., *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Pearson, 2021.
- RUSSELL S., DEWEY D., TEGMARK M., *Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence*, Future of Life Institute. https://futureoflife.org/data/documents/research_priorities.pdf
- SEOANE J.A., Lex Artis, Anuario de Filosofía del Derecho, n° 2022, págs. 275-300.
- SERRA DOMINGUEZ, en Jurisdicción. Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona 1969.
- SHAI BEN-DAVID, PAVEL HRUBEŠ, SHAY MORAN, AMIR SHPILKA, AMIR YEHUDAYOFF, Learnability can be undecidable. *Nature Machine Intelligence* | VOL 44 1 | JANUARY 2019 | 44–48 | (www.nature.com/natmachintell), Pág. 45).
- TOURING A. *Computing Machinery and Intelligence*, *Mind*. 1950, págs. 433-460. <https://redirect.cs.umbc.edu/courses/471/papers/turing.pdf>.
- TAPIA HERMIDA, A.J. Decálogo de la inteligencia artificial ética y responsable en la Unión Europea, Diario La Ley, N° 9749, Sección Tribuna, 4 de Diciembre de 2020.
- VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 1993.

EL ACCESO A LA JUSTICIA DE CIUDADANOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD



Mercedes Llorente Sánchez-Arjona
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

MENCIÓN CURRICULAR

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla,
Vocal permanente de la Sección Quinta, de Derecho Procesal, de la Comisión General de Codificación
Miembro del Comité de Ética de la Universidad de Sevilla.

Es autora de cinco monografías de autoría única, así como más de cien publicaciones entre artículos y capítulos de libros publicados en revistas de reconocido prestigio y editoriales del máximo impacto, además de figurar como directora en diversas obras colectivas.

Es investigadora principal del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación “El acceso a la justicia de las personas vulnerables” y responsable del Grupo de Investigación “Justicia Penal y Criminología”.
Ha impartido múltiples conferencias en Congresos, Seminarios y Jornadas de ámbito nacional e internacional.

Sus principales líneas de investigación se centran en el estudio del acceso a la justicia de los colectivos vulnerables, la incidencia de la Inteligencia Artificial en el proceso, los MASC, violencia y ciber violencia de género y cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea.

I SOBRE EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD

Conviene comenzar diciendo que el término “vulnerables” presenta unos contornos imprecisos que invitan a cuestionar su uso como una nueva categoría. Nos enfrentamos a un concepto extraordinariamente amplio que adopta diferentes formas, dependiendo de la naturaleza objeto de estudio, de sus causas o de sus consecuencias. Y es que todos podemos ser vulnerables desde un punto de vista social, económico, físico, psicológico, laboral o, a día de hoy, también tecnológico. En este sentido, resulta imperioso destacar la escasa atención prestada a la necesidad de dar forma a lo que bien puede denominarse una “teoría de la vulnerabilidad”, siendo como es este un “termómetro” del carácter social del Estado.

No obstante, desde hace tiempo, las normas, tanto nacionales como internacionales, vienen incorporando el concepto “vulnerabilidad” o la expresión “colectivos vulnerables” para referirse a aquellas personas para las que es difícil, si no imposible, afrontar y superar los riesgos a los que quedan expuestas, o reparar los daños producidos, por carecer de los medios necesarios para hacerlo. Por tanto, el término “vulnerabilidad” es comúnmente aceptado como atributo o característica de la persona o colectivo social indicativo de una mayor fragilidad frente a los riesgos de nocividad a los que se expone. La dificultad reside en identificar, primero, y graduar, después, el grado de vulnerabilidad que afecta a la persona, con el objeto de articular medidas precisas que garanticen la efectiva tutela de sus derechos.

Si ello se traslada al marco judicial, es obvio que no están en las mismas condiciones que otros sujetos para ver tutelados sus derechos e intereses, dificultad esta que se agrava ante la complejidad ganada a raíz de la creciente digitalización de los cauces procesales y la incidencia de los sistemas de IA.

En este sentido, el concepto de vulnerabilidad ya se delimitó, en su momento, en las Reglas de Brasilia sobre *el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, conforme al cual “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.”.

Se puede afirmar -sin exagerar- que las carencias de ciertas personas para acceder a los servicios fundamentales del Estado, como es la Justicia, solo han sido objeto de interés desde una perspectiva pragmática, con la excepción de las derivadas del género. Resulta preciso y se echa en falta, pues, vincular el fenómeno de los colectivos vulnerables con los análisis críticos del Estado moderno. Solo una teoría general de la vulnerabilidad llevará a conocer, de forma rigurosa, qué razón se esconde tras esta realidad social que hace que determinadas personas encuentren verdaderas dificultades estructurales para acceder con criterios de igualdad a los que han de ser servicios universales. La tecnología avanzada y los profundos cambios asociados a ella, es seguro que, lejos de contribuir a superar el problema de la vulnerabilidad, acentuará las dificultades de las personas pertenecientes a estos grupos afectados, particularmente, a la hora de acceder a una administración de justicia que funciona con criterios más deshumanizados; todo ello, sin

perder de vista que esas nuevas tecnologías permitirán una fácil identificación de las personas que los integran y, lamentablemente, como consecuencia a evitar, en la medida en que no responda a estándares comunes, la configuración para estas de una suerte de estatuto ciudadano de segunda categoría.

II LA VULNERABILIDAD EN CIFRAS

Nos encontramos con grupos de población heterogéneos que demandan de necesidades diversas.

Así, sin ánimo exhaustivo, referidos a las personas con discapacidad, según datos de la OMS se calcula que 1300 millones de personas, es decir, el 16% de la población mundial sufren actualmente una discapacidad importante. En España casi un 10 % de la población presenta algún tipo de discapacidad, en concreto, 4.38 millones de hombres y mujeres.

Las personas con discapacidad, la "minoría más amplia del mundo", suelen tener menos oportunidades económicas, peor acceso a la educación y tasas de pobreza más altas. Eso se debe principalmente a la falta de servicios que les puedan facilitar la vida y porque tienen menos recursos para defender sus derechos. A estos obstáculos cotidianos se suman la discriminación social y la falta de legislación adecuada para proteger a los discapacitados.

Por su parte, en relación a las mujeres víctimas de violencia de género se calcula que, en todo el mundo, 736 millones de mujeres –casi una de cada tres– han sido víctimas de violencia física o sexual por parte de su pareja, de violencia sexual fuera de la pareja, o de ambas, al menos una vez en su vida (el 30% de las mujeres de 15 años o más). Una de cada 10 mujeres de la Unión Europea ha sufrido ciberacoso desde los 15 años de edad, lo que incluye haber recibido correos electrónicos o mensajes SMS no deseados, sexualmente explícitos u ofensivos, o contactos inapropiados y ofensivos en las redes sociales.

La población anciana ha ido aumentando y se espera que continúe haciéndolo en el futuro, impulsada por la mayor esperanza de vida y la menor tasa de natalidad. A modo de ejemplo en España representa el 20,4 del total de la población, con una cifra de 9,9 millones de personas a fecha de 2024. A nivel mundial, en 2021 se registraron 761 millones de personas en este grupo de edad a nivel mundial y se espera que esta cifra se duplique a 1600 millones en 2050.

III JUSTICIA Y VULNERABILIDAD

En el marco de la Justicia del Siglo XXI se hace necesario ahondar en la identificación de las barreras y obstáculos a los que se enfrentan colectivos tales como personas con discapacidad, menores de edad, mujeres víctimas de cualquier tipo de violencia, ancianos, migrantes, personas con pocos recursos económicos y sinhogarismo, consumidores y personas en prisión. Sobre todo, teniendo en cuenta la interseccionalidad de las discriminaciones a las que se ven sujetos.

Además, la integración e inclusión de grupos de población en situación de vulnerabilidad, a través de la protección y divulgación de sus derechos, entre los que se encuentra el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, forma parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y de la Agenda 2030, incorporándose entre sus prioridades, siendo el acceso a la justicia una de las dimensiones a través de las cuales se quiere luchar contra la exclusión y las desigualdades. En concreto, el objetivo cinco con el que se pretende lograr la igualdad de género, el objetivo diez que trata de reducir la

desigualdad en los países y entre ellos y, finalmente, el objetivo dieciséis con el que se pretende promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas.

Por su parte, la Agenda 2030 asume que se ha de luchar para construir sociedades justas, pacíficas e inclusivas que proporcionen un acceso a la justicia igualitario y que se basen en el respeto a los derechos humanos y en un Estado de Derecho efectivo. Es por esta razón que el modelo de Justicia está llamado a desempeñar un papel fundamental en el cumplimiento de las ODS.

Y es que la justicia ha de tener como característica principal el ser inclusiva, es decir, integrar socialmente a los individuos sin distinción, mediante la eliminación de los obstáculos que impiden que se desenvuelvan en igualdad de condiciones, con una mirada de especial atención a los más vulnerables, en sintonía con los valores de justicia, solidaridad e igualdad. Uno de los grandes retos para cualquier sociedad moderna es lograr un entorno accesible y justo para todos. Este importante desafío no solo se consigue derribando las barreras físicas y estructurales de nuestras ciudades, sino también haciendo que todo su sistema procesal y legal sea accesible y comprensible para la ciudadanía, especialmente para aquellos con algún tipo de vulnerabilidad.

En el marco nacional, nuestro legislador ha ido avanzando en la protección de los derechos de los más vulnerables en el marco del proceso. Así, más recientemente, leyes como la *Ley 8/2021, de 2 de junio, 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*,; la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*,; la *Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, que introduce en su disposición adicional novena por la que se reforma la LECrim, la posibilidad de acceder a los servicios de justicia restaurativa con objeto de alcanzar un acuerdo de reparación a la víctima; o leyes ya más consolidadas como la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*, o la propia *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, son buena muestra de la preocupación por atender a la necesidad de reforzar la tutela de estas personas en el proceso civil y en el proceso penal.

Pero, a pesar de estos avances legislativos, la situación de estos colectivos presenta múltiples lagunas en lo que hace a la atención de sus necesidades y a la escasa aplicación práctica de algunas de las mejoras legislativas introducidas, como la que atañe a la figura del facilitador judicial, cuya implementación es inaplazable. Y es que a pesar de los avances que, lentamente, se van incorporando al sistema judicial, se han detectado escenarios críticos aún sin resolver que ponen el foco de atención en la necesidad de potenciar las políticas públicas de apoyo a estos colectivos. La dimensión social de la Justicia enlaza con cuestiones como el lenguaje accesible, técnicas de lectura fácil, información jurídica básica, asistencia jurídica gratuita, capacitación de los operadores jurídicos para la diferencia, medidas contra el sexismo, aporofobia, edadismo, xenofobia, desprecio a los condenados...

Además, esta protección resulta, aún si cabe más imperiosa, en el nuevo marco tecnológico en el que estamos envueltos. Resulta incuestionable que el progreso tecnológico genera múltiples beneficios, pero, al mismo tiempo, abre la puerta a riesgos notables, a los que el Derecho les ha de dar una respuesta permitiendo alcanzar el justo equilibrio entre su desarrollo e implementación imparable y la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos. Encontrar este equilibrio entre avance tecnológico y derechos fundamentales se erige en uno de los retos a los que se enfrentan los ordenamientos jurídicos ya en el presente y, sin lugar a duda, lo harán en el futuro, a medida que dicho progreso vaya ganando enteros y se asiente en todas las capas de la vida social, económica, cultural o afectiva de la ciudadanía.

IV LA PERSONA VULNERABLE ANTE LA JUSTICIA DIGITAL

El imparable proceso de digitalización de la Administración de Justicia y la preocupación por la inclusión e integración de todas las personas, especialmente las más vulnerables, es otro factor a tener en cuenta habida cuenta que existen segmentos de población que carecen de las competencias digitales necesarias para participar eficazmente en su derecho fundamental al acceso de la justicia.

Resulta incuestionable que el progreso tecnológico genera múltiples beneficios que nos facilitan la vida diaria, pero, al mismo tiempo, abre la puerta a riesgos notables, a los que el Derecho les ha de dar una respuesta permitiendo alcanzar el justo equilibrio entre su desarrollo e implementación imparable y la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos. Encontrar este equilibrio entre avance tecnológico y derechos fundamentales se erige en uno de los retos a los que se enfrentan los ordenamientos jurídicos ya en el presente y, sin lugar a duda, lo harán en el futuro, a medida que dicho progreso vaya ganando enteros y se asiente en todas las capas de la vida social, económica, cultural o afectiva de la ciudadanía.

Las TIC pueden generar discriminación de las personas más vulnerables, pensemos, por ejemplo, en ancianos, personas con discapacidad o con pocos recursos económicos, cuando no cumplen con la condición de accesibilidad o se imponen restricciones por omitir el diseño para todos. Asimismo, las tecnologías avanzadas, como la Inteligencia Artificial, puede dar lugar a cuestionar valores y prioridades representando enormes riesgos de exclusión para esta población cuando su diseño se basa en datos que incluyan estereotipos, sesgos y prejuicios.

La nueva justicia digital debe ser desarrollada sin merma alguna de garantías procesales y, fundamentalmente, sin que suponga un retroceso en los avances habidos para lograr el acceso a ella de todas las personas en igualdad de condiciones, con el fin último de conseguir verdadera cohesión social. En este sentido, las personas en situación de vulnerabilidad y, especialmente, determinados colectivos, pueden ver ensanchada la brecha digital, precisamente por razón de su situación, erigiéndose en una barrera significativa para alcanzar el actual modelo de desarrollo sostenible e inclusivo. En este contexto, el nuevo *Plan de Justicia Digital 2021-2026* pretende transformar y mejorar la gestión administrativa en los tribunales y agilizar las gestiones para la ciudadanía y ha puesto el foco de atención en la necesidad de facilitar el acceso a todas las personas prestando una especial atención a la eliminación de la brecha digital. Asimismo, *el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo*, hace referencia a la necesidad de que, desde el mismo momento del diseño de los sistemas informáticos de Justicia, se aborde específicamente cuáles son, sobre quiénes se produce y por qué surge cada tipo de brecha, y, tras este análisis, se dispongan los mecanismos necesarios para su eliminación o reducción. No obstante, la ausencia de datos y estadísticas oficiales en este terreno es un inconveniente para cuantificar la población vulnerable afectada por la brecha digital lo que dificulta conocer el alcance real en términos cuantitativos.

Urge abordar, pues, como objetivo, la detección de las fortalezas y debilidades del sistema, las reformas legales emprendidas, así como su nivel de aplicabilidad práctica, las carencias todavía no atendidas por el legislador y todo ello en función de la idiosincrasia de cada colectivo, con especial énfasis en las personas ancianas, con una discapacidad física o intelectual grave o con escasos recursos económicos por verse particularmente afectados ante una digitalización judicial sin los apoyos necesarios. En este punto se ha de potenciar la figura del facilitador judicial como puente entre la persona vulnerable y la Administración de justicia que ha de operar, igualmente, en entornos

digitales; una figura que, si bien, parece pensada para auxiliar a las personas con discapacidad que intervienen en los procesos judiciales en condiciones de igualdad con el resto de los sujetos del proceso, se defiende su extensión a otros colectivos vulnerables.

V IMPACTO DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL SOBRE LAS PERSONAS MÁS VULNERABLES EN SU PASO POR EL PROCESO JUDICIAL

Junto a la progresiva digitalización del proceso, la irrupción de los sistemas de inteligencia artificial en la Administración de Justicia es ya una realidad imparable. La aplicación de estas herramientas al proceso abre un escenario lleno de retos e incertidumbres planteando múltiples interrogantes sobre lo que puede ser en el futuro la función del juez, la obtención de datos para la investigación criminal, la prueba algorítmica, la valoración probatoria, o la misma motivación de la sentencia.

Uno de los puntos clave en estos momentos es el problema que plantea la protección jurídica frente a los riesgos que genera el uso y aplicación de los sistemas de inteligencia artificial, y más en concreto, la tutela al más alto nivel, la tutela conforme a las premisas de nuestra Constitución. En este sentido, las organizaciones internacionales dedicadas a la protección de los derechos humanos ponen el énfasis sobre los riesgos que el impacto de la inteligencia artificial pueda tener en este campo, así como las posibles soluciones para ayudar a los Estados a responder a estos retos, aspecto este en el que incide con mucha fuerza el *Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial*.

La utilización de estos sistemas plantea, a priori, dos problemas. El primero de ellos, se enmarca en la posibilidad de que estos programas empleen datos sesgados que inundan las diversas fases del proceso provocando un grave quebranto en los derechos fundamentales de las partes y que pueden afectar con especial virulencia a los mas vulnerables. La discriminación algorítmica puede exacerbar los prejuicios y las desigualdades sociales y crear nuevas formas de exclusión y es que la invisibilización y la discriminación contra determinados colectivos cobra nuevas formas en la era de los algoritmos.

El segundo de los problemas está relacionado con la posibilidad de comisión delictiva a través de estas herramientas y, en el reverso, con la posibilidad de que estas herramientas se conviertan en aliadas en la lucha contra la criminalidad en línea. Así, delitos de odio, *deepfakes* de naturaleza sexual, fraudes, estafas... son proclives a encontrar víctimas entre los mas vulnerables por razón de raza, orientación sexual, género o edad. Como la otra cara de la moneda, las herramientas de IA también funcionan como aliadas frente al crimen, pensemos, por ejemplo, en VIOGEN, ICOP, CATT, GUARDIO., utilizadas en la lucha contra la violencia sexual.

VI AMPLIACIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS COLECTIVOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

La Administración de Justicia española arrastra una crisis secular que se ha visto agravada por el crecimiento y diversificación de los conflictos desatados desde el año 2020, haciendo necesaria una reforma integral dirigida a lograr la eficacia y sostenibilidad del sistema. El reto ha sido asumido, en la *LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, de un lado, con la introducción en bloque los llamados MASC –métodos adecuados de solución de controversias- en el

marco de la Jurisdicción civil y mercantil y, de otro, haciendo explícita la necesidad de derivar a Justicia restaurativa asuntos penales.

En relación con las disputas jurídicas en asuntos civiles, se ha hecho apuesta por potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, silenciando, sin embargo, toda respuesta a la problemática que supone que uno o ambos sujetos en conflicto sean personas en situación de vulnerabilidad; y ello, a pesar de la obligación de intentar el acuerdo a través de alguno de los MASC con carácter previo a la vía judicial; de ahí que resulte vital examinar la repercusión de una reforma de calado como esta en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia por personas o colectivos en situación de vulnerabilidad por razón de discapacidad, dependencia por enfermedad, dificultad económica y otras, ante una doble realidad.

Resulta necesario resaltar, por un lado, el progresivo incremento de la población en situación de dependencia, y no solo por razón de discapacidad, sino provocada por el enorme crecimiento de la población de más de 65 años e, incluso, superior a 80 años -el llamado «envejecimiento del envejecimiento»- o por razón de enfermedad, el aumento de alteraciones congénitas o derivadas de la siniestralidad (vial y laboral) etc. Las personas dependientes y/o con discapacidad y sus familias pueden verse inmersas en multitud de conflictos que pueden poner en riesgo la calidad de vida y los cuidados que ha de recibir; la mediación, sin embargo, ofrece a estas personas una vía racional de resolución de sus conflictos, evitando su judicialización. Se ha de profundizar en el análisis de este ámbito conflictual, conscientes de que la satisfactoria resolución de estos conflictos requiere de la intervención de profesionales dotados de competencias específicas, así como de la articulación de protocolos de intervención inclusivos que aseguren la igualdad de oportunidades de personas dependientes y/o con discapacidad, en la toma de decisiones y autocomposición de sus conflictos.

Igualmente se ha de constatar que, a pesar de serle impuesto su intento antes de interponer demanda, el coste de los MASC, como regla, ha de ser asumido por el propio justiciable; la ley no ha previsto su inclusión en el beneficio de justicia gratuita reconocido, en cambio, a las personas carentes de recursos que litigan. La falta de gratuidad del empleo de los MASC puede cercenar el derecho de acceso a la justicia a través de la negociación o el acuerdo a toda persona que, por carecer de recursos económicos, se encuentra en situación de vulnerabilidad.

Por otro lado, la reciente LO1/2025, de 2 de enero, regula la derivación de asuntos penales a procedimientos de justicia restaurativa, con la mirada puesta en la singular vulnerabilidad los sujetos en conflicto, víctima y victimario y con la doble excepción que representan los procesos por delitos de violencia de género y violencia sexual, exclusión cuestionable desde nuestro punto de vista.

Resta señalar que, ni los MASC ni las fórmulas que integran la justicia restaurativa son ajenas al impacto de las nuevas tecnologías. En el marco de la resolución extra jurisdiccional de conflictos civiles o mercantiles –los surgidos en materia de consumo, a resultas de contratos de compraventa o prestación de servicios on line, como muestra- que pueden afectar y afectan a personas o colectivos vulnerables, se han abierto paso los denominados ODR, y su expansión es creciente. El empleo de las TICs en el desarrollo de procedimientos de mediación penal y justicia restaurativa en los que participan o que afectan a personas en situación de vulnerabilidad, es también una realidad creciente. La incorporación y avance de sistemas de IA en el desarrollo de métodos o instrumentos extra jurisdiccionales de resolución de conflictos es uno de los grandes retos a afrontar de cara a futuro, consciente de que, al tiempo que valiosas herramientas, constituyen una amenaza a la integridad de los derechos de las personas vulnerables, que hace preciso el análisis y determinación de límites a su empleo.

VII ESPECIAL REFERENCIA AL FACILITADOR JUDICIAL

Sin lugar a duda, entre los rasgos dignos de ensalzar de la *Ley 8/2021, de 2 de junio, 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*, encontramos la figura del profesional experto que realice una tarea de facilitador al que aluden los artículos 7 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ambos preceptos, con idéntico contenido, consignan que “*Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida*”.

Con estos artículos se eleva a nivel legal a la figura del facilitador como una de las manifestaciones del derecho de acceso a los tribunales, en línea con lo señalado por textos internacionales. La necesidad de un facilitador procesal cuando hay una persona con discapacidad intelectual involucrada en un juicio parece evidente, pero también lo es ante otros colectivos vulnerables a los que la ley no hace referencia como ancianos o migrantes.

La relevancia y la utilidad de la figura de facilitación en el acceso a la justicia para las personas con discapacidad es cada vez mayor. El posibilitar que las personas con discapacidad participen en los procedimientos judiciales de manera equitativa y justa es necesario para garantizar los derechos humanos fundamentales. Los facilitadores en el acceso a la justicia desempeñan un papel esencial para lograr este objetivo. Además, entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible, sobre el acceso a derechos y libertades, se encuentra el desarrollo de los programas de accesibilidad de la justicia y la atención a nuevas realidades sociales, como la de los grupos vulnerables

Aunque hoy no está totalmente regulado por la ley, solo lo anuncia nada más, y quedan muchos retos pendientes, el facilitador judicial se presenta como una figura clave para que las personas con discapacidad participen de forma plena e igualitaria en los procesos legales, garantizando así la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por tanto, el legislador encuadra el nombramiento de dicho facilitador dentro de los ajustes que deben realizarse para que estas personas puedan participar en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos, todo ello, con el fin de enaltecer su derecho a entender y ser entendidas en los procesos judiciales o notariales que les afecten.

El facilitador es un profesional de la psicología independiente y neutral, experto en discapacidad intelectual y psicología del forense (y especialmente en la rama de psicología del testimonio), cuyo fin es evaluar las capacidades y limitaciones de las personas con discapacidad intelectual participantes en procedimientos judiciales, a fin de diseñar e implementar los apoyos y ajustes de procedimiento necesarios para que aquéllas puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones que el resto de personas. El facilitador no solo actúa como intermediario entre la persona y el sistema judicial, sino que también proporciona orientación y apoyo continuo asegurando que se comprendan y respeten todos los derechos y procedimientos. Se estima que para el 82% de los ciudadanos el lenguaje y los tecnicismos son especialmente difíciles de entender, y esta cifra aumenta exponencialmente entre las personas con discapacidad. Por ello, para que el proceso sea justo el primer reto es identificar una discapacidad intelectual desde el inicio.

A día de hoy, la Comunidad de Madrid ha presentado en septiembre de 2024 a los primeros 152 profesionales expertos facilitadores judiciales acreditados y regulados por decreto de España que prestarán asistencia en la Administración regional para ayudar a personas con discapacidad en procesos judiciales. La región se ha convertido en la primera de España en formalizar legalmente este recurso público y gratuito tras la aprobación del decreto que lo regula el 52/2024, de 8 de mayo.