REPENSANDO LA JURISDICCIÓN

Director
ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN

Coordinadores
JOSÉ CARO CATALÁN
PABLO PULIDO MANUZ

APDPUE
Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas

tirant lo blanch
Homenajes & Congresos

REPENSANDO LA JURISDICCIÓN

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia
Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga
Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México
José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional
María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón
Carmen Domínguez Hidalgo
Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
José Luis González Cussac
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia
Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Angelika Nussberger
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia
Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
Consuelo Ramón Chornet
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia
Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
Elisa Speckmann Guerra
Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM
Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:
Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y **Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

REPENSANDO LA JURISDICCIÓN

Arturo Álvarez Alarcón
Director

José Caro Catalán
Pablo Pulido Manuz
Coordinadores

APDPUE
Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas

tirant lo blanch
Valencia, 2026

Copyright ® 2026

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Esta obra cuenta con Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

© Colectivo de autores

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14–46010–Valencia
TELFS.: 96/361 00 48–50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-2513-2026
ISBN: 979-13-7040-667-7
MAQUETA: Disset Ediciones

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

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf

Índice

Prólogo *21*
Fernando Jiménez Conde

PRIMERA PARTE
LA JURISDICCIÓN:
DE PODER A SERVICIO PÚBLICO

El abuso del servicio público de justicia y el recurso a los MASC como requisito de procedibilidad *25*
Xulio Ferreiro Baamonde

I. INTRODUCCIÓN 25

II. PRINCIPIOS PROGRAMÁTICOS DE LA LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA 27
II.1. Entre el gerencialismo y el humanismo 27
II.2. La Justicia: ¿servicio público o Poder? 33

III. EL RECURSO PREVIO A LOS MASC COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL PROCESO CIVIL 38

IV. EL ABUSO DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA 42

V. LA OBLIGATORIEDAD DE LOS MASC, EL ABUSO DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN 51

VI. CONCLUSIONES 56

El rol de la Justicia Civil en un Estado Democrático De Derecho. Una promesa incumplida *59*
Ricardo Manuel Lillo Lobos

I. INTRODUCCIÓN 59

II. JUSTICIA CIVIL Y ESTADO DE DERECHO 61
I.1. El rol de la justicia civil bajo concepciones formales del Estado de Derecho 63
I.2. El rol de la justicia civil bajo concepciones procedimentales del Estado de Derecho 65
I.3. El rol de la justicia civil y el Estado Democrático de Derecho 67

II. LA PROMESA INCUMPLIDA. LA CRISIS DE LA JUSTICIA CIVIL. 69
II.1. La percepción de crisis en la literatura de derecho comparado 71
II.2. La promesa incumplida en Chile 76
II.3. La crisis de la justicia civil chilena 76
IV. CONCLUSIONES 84

Ejercicio de la jurisdicción, crisis de legalidad y desafíos de la igualdad de armas en materia penal *87*
Stefano Ruggeri
I. PREMISA 87
II. LEGALIDAD Y COMPLEJIDAD EN LA EXPERIENCIA PROCESAL: DE LA CRISIS COMO HECHO A LA CRISIS COMO JUICIO 89
III. LAS INTERACCIONES ENTRE LEGALIDAD, PROCESO Y JURISDICCIÓN PENAL. LA CRISIS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL FRENTE A LAS CARENCIAS DE LA LEGALIDAD PROCESAL 91
III.1. La legalidad ausente y el rol supletivo del poder judicial 92
III.2. La legalidad aparente y el papel transformativo de la jurisprudencia 94
III.3.La legalidad abierta entre derecho y justicia penal. El problema de la legalidad jurisprudencial 97
IV. EL PROBLEMA DE LA HIPERLEGALIDAD PROCESAL. LAS ÁREAS OCULTAS DE LA JUSTICIA PENAL: LAS FUNCIONES DE CONOCIMIENTO Y LAS DINÁMICAS DE LOS JUICIOS. 98
V. LA HIPOCRESÍA DE LA LEGALIDAD PROCESAL Y EL PROBLEMA DE LA NORMACIÓN SIMBÓLICA 100
VI. INTERLEGALIDAD, CULTURA DE LA JURISDICCIÓN Y NUEVOS DESAFÍOS PARA LA PARIDAD DE ARMAS 102
VI. Paridad de armas y protección de terceros: la necesidad de nuevos estándares de *fairness* para afrontar las dificultades del proceso penal contemporáneo 103
VI.2. Problemas y perspectivas de la justicia penal transnacional 107
VII. CONCLUSIONES 110

La justicia baluarte y la justicia asediada en la España del siglo XXI *113*
Manuel Richard González
I. INTRODUCCIÓN: JUSTICIA Y PROBLEMAS DEL SISTEMA JUDICIAL EN EL MARCO DEL ESTADO MODERNO 113
II. ¿JURISDICCIÓN O JUSTICIA? ¿PODER DEL ESTADO O SERVICIO PÚBLICO? ¿DE QUIÉN ES LA JUSTICIA? 120

III. ¿CABE EXIGIR DE UNA SOCIEDAD QUE SEA ALGUNA OTRA COSA ANTES QUE JUSTA?....125
IV. ¿QUÉ PIENSAN LOS CIUDADANOS DE LA JUSTICIA?....126
V. LA JUSTICIA BALUARTE Y LA JUSTICIA ASEDIADA. EL USO DE LA JUSTICIA COMO ARIETE POLÍTICO....130
VI. LA AMENAZA AL SISTEMA DE JUSTICIA DESDE LA IDEOLOGÍA Y EL INTERÉS POLÍTICO....134
VII. CONCLUSIONES....143

SEGUNDA PARTE.
INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS TRIBUNALES

La independencia judicial como pilar del Estado de Derecho: Análisis en el marco de la UE y perspectiva de España 147
Ágata María Sanz Hermida
I. INTRODUCCIÓN....147
II. LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL EUROPEA PARA LA GARANTÍA Y EL SEGUIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO....150
II.1. El «dilema de Copenhague» y la necesidad de una arquitectura institucional sólida 150
II.2. Instrumentos de respuesta ante vulneraciones del Estado de Derecho.... 155
II.3. Mecanismos de prevención y de diálogo estructurado 161
III. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL COMO PILAR DEL ESTADO DE DERECHO....163
III.1. La independencia judicial como garantía estructural en la UE: su delimitación desde la jurisprudencia del TJUE 163
III.2. La evaluación de los sistemas judiciales en los Informes sobre el Estado de Derecho: diagnóstico europeo sobre el sistema judicial español 172
IV. REFLEXIÓN FINAL....177

Luces y sombras del gobierno del poder judicial en España y análisis de derecho comparado 179
Mª Inmaculada Sánchez Barrios
I. INTRODUCCIÓN....179
II. LA REGULACIÓN DEL CGPJ EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EN EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO....181

III. LA COMPOSICIÓN DEL CGPJ 185
III.1. Regulación en la Constitución Española de 1978 185
III.2. Su desarrollo posterior en las diferentes leyes 186
IV. LA FORMA DE ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CGPJ 188
IV.1. Primeros desarrollos legislativos 189
IV.2. Las leyes del incompleto cambio 191
V. CONCLUSIONES 196

Cuestiones pendientes en la configuración de la independencia judicial: Los derechos de participación política de jueces y magistrados *199*
Francisco J. Garrido Carrillo
I. INTRODUCCIÓN 199
II. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE JUECES Y MAGISTRADOS 203
II.1. El derecho de asociación profesional y de afiliación a las mismas. 203
II.2. Derecho a participar en los órganos de gobierno interno del Poder Judicial 214
II.3. Retorno al ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas 217
II.4. Las asociaciones de jueces y el derecho de huelga 224
III. A MODO DE CONCLUSIÓN 239

La suficiente imparcialidad judicial. Entre sesgos, ruido y confianza en la justicia .. *241*
Carmen Cuadrado Salinas
I. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL: DIMENSIONES Y ENFOQUE DEL TEDH 241
I.1. La falibilidad humana, la imparcialidad judicial y el mito del algoritmo imparcial 245
I.2. Ruido, sesgo y predictibilidad en las decisiones judiciales 246
II. IMPARCIALIAD JUDICIAL Y LÍMITES DE SU OBJETIVIZACIÓN 248
II.1. La doctrina *Locabail* 248
II.2. La suficiencia de la imparcialidad judicial en contextos interpretativos 249
III. CONCLUSIONES 251

TERCERA PARTE.
EL FUTURO DEL MINISTERIO FISCAL

La crisis de la dependencia jerárquica y el diseño del futuro Ministerio Fiscal *255*
Ana María Rodríguez Tirado
I. LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PASADO 255

II. LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA EN EL ART. 124 CE Y PERSPECTIVA DE FUTURO....263
II.1. Dependencia jerárquica e investigación penal.... 267
II.2. ¿Está en crisis la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal?.... 273
II.3. 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 2025.... 279
III. CONCLUSIONES....285

La instrucción en el proceso penal: No es quién instruye, sino cómo se instruye.... 289
Leticia Fontestad Portalés
I. INTRODUCCIÓN....289
II. LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL: NO ES QUIÉN INSTRUYE, SINO CÓMO SE INSTRUYE....296
II.1. El Fiscal como instructor penal: interrogantes abiertos en busca de respuesta.... 303
II.2. Incertidumbres sobre un futuro Fiscal basado en sistemas de Inteligencia Artificial.... 308
III. A MODO DE CONCLUSIÓN....312

Un mix peligroso: El actual control de la fiscalía por el gobierno; la propuesta de atribución al ministerio fiscal de la dirección de la investigación oficial en el proceso penal; y la propuesta de limitación de la acusación popular.... 315
José Martín Pastor
I. INTRODUCCIÓN....315
II. EL ACTUAL CONTROL DE LA FISCALÍA POR EL GOBIERNO Y LA NECESIDAD DE UNA MAYOR AUTONOMÍA....317
III. LA PROPUESTA DEL MINISTERIO FISCAL COMO DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN OFICIAL EN EL PROCESO PENAL....324
IV. LA PROPUESTA DE LIMITACIÓN DE LA ACUSACIÓN POPULAR....325
V. CONCLUSIONES....327

CUARTA PARTE.
LA JURISDICCIÓN ANTE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

El acceso a la justicia de ciudadanos en situación de vulnerabilidad.... 331
Mercedes Llorente Sánchez-Arjona

I. SOBRE EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD 331
II. VULNERABLES Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 336
III. VULNERABILIDAD Y JUSTICIA EN LA ERA 4.0 341
IV. EL FACILITADOR JUDICIAL Y SU IMPORTANCIA EN ESCENARIOS DE VULNERABILIDAD. 348

La protección del ciudadano en las causas criminales: víctimas, testigos, peritos y sospechosos o encausados *357*
Susana Sánchez González
I. INTRODUCCIÓN 357
II. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS 359
II.1. El estatuto de la víctima del delito y sus oficinas 359
II.2. Otras protecciones recogidas en otras normas 360
III. LA PROTECCIÓN DE LOS TESTIGOS Y PERITOS 362
III.1. La LOPTP de 1994 362
III.2. Otras protecciones recogidas en otras normas 363
IV. LA PROTECCIÓN DE LOS SOSPECHOSOS O ENCAUSADOS 364
IV.1. Garantías y derechos procesales 365
IV.2. ¿Es necesario crear un estatuto del sospechoso o encausado? 366
IV.3. Propuesta de otras protecciones 367
V. CONCLUSIONES 369

La protección del ciudadano en las causas criminales: Victimas, testigos, peritos y sospechosos o Derecho procesal gerontológico *371*
Vanesa Martí Payá
I. EDADISMO Y JUSTICIA INCLUSIVA 371
II. ORIGEN DEL DERECHO PROCESAL GERONTOLÓGICO 374
III. EL DERECHO PROCESAL GERONTOLÓGICO EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL 377
III.1. Avances y propuestas de mejoras 378

La especialización juriscciccional y el interés superior del menor *385*
Lucana Estévez Mendoza
I. INTRODUCCIÓN 385
II. SECCIONES DE VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA 387
II.1. Creación de las secciones 387

II.2. Ámbito competencial. 389
II.3. ¿Qué órganos de enjuiciamiento intervienen cuando instruyen las secciones VIA? 391
III. POSIBLES PROBLEMAS ENTRE LAS SECCIONES VIA Y OTROS ÓRGANOS JURISDICCIONALES..... 392
III.1. Conflictos de competencia con otras secciones de los Tribunales de Instancia..... 392
III.2. Riesgos ante la instrucción por los Tribunales Centrales de Instancia ... 395
IV. LA EXPERIENCIA DEL PROYECTO PILOTO DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA 395
V. CONCLUSIONES..... 399

El derecho a la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados..... *401*
Ainhoa Maria Goñi Irulegui
I. LA CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS 401
II. LA PROTECCION JURIDICA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS..... 403
II.1. El derecho a la asistencia jurídica como garantía de efectividad de los derechos del menor..... 404
II.2. La consideración del menor en la Ley Orgánica 5/2024, del derecho de defensa 405
III. LA ASISTENCIA JURÍDICA DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD 407
III.1. El procedimiento para la determinación de la edad 407
III.2. El proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil para regular el procedimiento de determinación de la edad. 410
IV. LA ASISTENCIA JURÍDICA DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA..... 412
V. CONCLUSIONES..... 414

Barreras digitales y tutela judicial efectiva de las personas vulnerables en el proceso penal..... *417*
Carmen Durán Silva
I. INTRODUCCIÓN 417
II. VULNERABILIDAD Y PROCESO PENAL 418
III. TRANSFORMACIÓN NORMATIVA Y DIGITALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL: GARANTÍAS Y RIESGOS..... 423

IV. PROPUESTAS PARA UN MODELO GARANTISTA....426
V. CONCLUSIONES....429

QUINTA PARTE.
NOVEDADES PARA UNA JURISDICCIÓN CIVIL EFICIENTE

Transparencia y eficiencia en el reparto competencial: Análisis del impacto de la L.O. 1/2025.... 435
Nerea Yugueros Prieto
I. INTRODUCCIÓN....435
II. TRANSPARENCIA JUDICIAL Y REPARTO COMPETENCIAL....437
II.1. El derecho a la tutela judicial efectiva y su vinculación con la transparencia.... 437
II.2. Publicidad activa y pasiva en el ámbito judicial.... 438
II.3. Transparencia y percepción de imparcialidad.... 441
III. LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2025 Y EL NUEVO REPARTO DE COMPETENCIAS....442
III.1. Criterios objetivos: especialización y eficiencia.... 442
III.2. Criterios territoriales: racionalización y equilibrio.... 442
III.3. Criterios funcionales: fases procesales y distribución vertical.... 443
III.4. Requisitos de procedibilidad: Medios Adecuados de Solución de Controversias.... 444
III.5. Unificación de criterios: homogeneidad y seguridad jurídica.... 445
IV. IMPACTO DE LA REFORMA EN LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA....446
V. CONCLUSIONES....448

El criterio de la especialización judicial y su proyección en los nuevos tribunales de instancia. Especial atención a las secciones de violencia sobre la mujer y violencia contra la infancia y la adolescencia.... 451
Andrea Jamardo Lorenzo
I. LA CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EFICIENCIA ORGANIZATIVA....451
II. REFORZAMIENTO DE LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL EN LA NUEVA ORGANIZACIÓN JUDICIAL....455
III. ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS SECCIONES ESPECIALIZADAS DEL TRIBUNAL DE INSTNACIA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL....457
III.1. Sección de Violencia sobre la Mujer.... 457

III.2. Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia 460
IV. CONCLUSIONES 463

La negociación obligatoria previa al proceso y la litispendencia *465*
Guillermo Schumann Barragán
I. INTRODUCCIÓN 465
II. LA LITISPENDENCIA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL 466
II.1. El dies a quo del inicio de la litispendencia 467
II.2. Los efectos procesales y materiales de la litispendencia 470
III. LA LITISPENDENCIA INTERNACIONAL Y LA NEGOCIACIÓN OBLIGATORIA PREVIA AL PROCESO 471
III.1. La litispendencia internacional y la negociación obligatoria previa al proceso en el RBIbis: el asunto Schlömp (C-467/16) 472
III.2. La litispendencia internacional en la Ley de cooperación jurídica internacional 478
IV. LA (INEXISTENTE) LITISPENDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN OBLIGATORIA PREVIA AL PROCESO 479
IV.1. La negociación obligatoria previa y la litispendencia en la LOEP 480
IV.2. La negociación obligatoria previa y la litispendencia en la LEC 480
IV.3. Las medidas cautelares ante demandam, las medidas de aseguramiento de la prueba y la buena fe procesal como solución a los riesgos que genera la negociación obligatoria previa 483
V. CONCLUSIONES 485

La desestimación temprana de la demanda en relación con la tutela judicial *487*
María Jesús Ariza Colmenarejo
I. DESESTIMACIÓN TEMPRANA DE DEMANDAS EN LA DIRECTIVA 2024/1069 487
I.1. Medidas disuasorias de demandas abusivas 487
I.2. Otros ejemplos de medidas en diversos sectores materiales 491
II. INSTITUCIONES AFECTADAS: DERECHO A UNA SENTENCIA SOBRE EL FONDO Y SU RELACIÓN CON LA BUENA FE PROCESAL Y EL ABUSO DEL PROCESO 493
III. GARANTÍAS PROCESALES PARA POSIBILITAR LA DESESTIMACIÓN TEMPRANA DE PRETENSIONES EN EL PROCESO CIVIL 496
III.1. Solicitud del demandado de finalización temprana 497
III.2. Aplicación del contradictorio e inversión de la carga de la prueba 498
III.3. Determinación de la fase temprana 499
IV. CONCLUSIONES 500

Algunas expectativas e incertidumbres sobre la audiencia preliminar *501*
Yolanda Doig Díaz
I. PRESENTACIÓN 501
II. LAS EXPECTATIVAS 502
III. SEIS PREGUNTAS 503
IV. CONCLUSIONES 511

SEXTA PARTE.
PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFICIENTE DE LOS CONSUMIDORES

Del anteproyecto de ley de acciones de representación al proyecto de ley de acciones colectivas para la defensa de los consumidores *515*
Alicia Armengot Vilaplana
I. INTRODUCCIÓN 515
II. EL MODELO DE ADHESIÓN DE LOS CONSUMIDORES AL PROCESO COLECTIVO 516
III. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE EL TERCERO FINANCIADOR 519
IV. EL LIQUIDADOR PROFESIONAL EN LA EJECUCIÓN Y EL DESTINO DEL REMANENTE 522
IV.1. Sentencia de condena pecuniaria que individualiza a los consumidores beneficiarios 522
IV.2. Sentencia de condena pecuniaria que no individualiza a los consumidores beneficiarios 523
IV.3. Incremento de la condena pecuniaria con posterioridad a la sentencia. 525
IV.4. Destino del remanente 526
V. CONCLUSIONES 526

La interacción entre las acciones colectivas y las acciones individuales de los consumidores y usuarios: regulación vigente y propuesta de reforma en el proyecto de ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios *529*
José Martín Pastor
I. INTRODUCCIÓN 529
II. LA RELACIÓN ENTRE LAS ACCIONES COLECTIVAS E INDIVIDUALES PARA LA TUTELA JUDICIAL DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA VIGENTE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 532

III. LA RELACIÓN ENTRE LAS ACCIONES COLECTIVAS E INDIVIDUALES PARA LA TUTELA JUDICIAL DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL PROYECTO DE LEY DE ACCIONES COLECTIVAS PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS....533

IV. CONCLUSIONES....539

Coste de la justicia y acceso a los tribunales: el caso de las acciones colectivas para la tutela de los derechos de los consumidores y los usuarios.... *541*

Ricardo Juan Sánchez

I. INTRODUCCIÓN: EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL COSTE ECONÓMICO DE LOS PROCESOS....541

II. VALORACIONES ECONOMICISTAS SOBRE LAS ACCIONES COLECTIVAS....543

III. PRINCIPALES CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE ACCIONES COLECTIVAS EN MATERIA COSTES PROCESALES.... 545

III.1. La distinción entre las pretensiones de cesación y las pretensiones resarcitorias.... 545
III.2. El régimen general de imposición costas en el proyecto de ley de acciones colectivas.... 546
III.3. La capacidad económica de las entidades de representación.... 547
III.4. Gastos específicos del procedimiento colectivo.... 547
III.5. Cuestiones procesales complementarias.... 549
III.6. Mención específica a los gastos en las acciones de cesación.... 549

IV. CONCLUSIONES....550

SÉPTIMA PARTE.
RETOS PARA UNA JURISDICCIÓN PENAL EFICIENTE

El nuevo paradigma de la investigación penal: Garantías procesales versus seguridad nacional.... *555*

Carmen Ladrón de Guevara Pascual

I. INTRODUCCIÓN....555

II. SEGURIDAD NACIONAL Y DEBER DE PROTECCIÓN: FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA PRIVACIDAD....558

II.1. Consideraciones generales.... 558
II.2. Definición de seguridad nacional según el TJUE.... 559

II.3. El deber de protección y su alcance 559
III. NUEVOS INSTRUMENTOES EN LA INVESTIGACIÓN PENAL 561
III.1. Conservación masiva de datos 562
III.2. Interceptación de comunicaciones en plataformas cifradas 563
IV. CONCLUSIONES 565

Cuestiones procesales relativas a la jurisdicción frente al crimen organizado corporativo *567*
Jaime Criado Enguix
I. OBJETO DE ANÁLISIS.....567
II. LA JURISDICCIÓN PENAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO CORPORATIVO.....568
II.1. El caso de los conflictos de jurisdicción entre España y un Estado miembro de la UE. El papel de Eurojust..... 576
III. CONCLUSIONES.....578

Fuentes abiertas de información y delitos de odio en redes sociales: Propuestas para un tratamiento procesal eficiente..... *581*
Federico Bueno de Mata
I. DE LA INTELIGENCIA CRIMINAL A LA INTELIGENCIA DE FUENTES..... 581
II. NIVELES DE INTERNET Y SU IMPACTO PROCESAL: SURFACE, DEEP Y DARK WEB. 584
III. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LOS INDICADORES DE POLARIZACIÓN Y DE LA PRUEBA EN REDES SOCIALES. 586
IV. «OSINT» ANTE EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2025 590

Delitos de odio online y algoritmos: Valor probatorio y derecho de defensa *595*
Irene Yáñez García-Bernalt
I. INTRODUCCIÓN 595
II. DELITOS DE ODIO EN LÍNEA: LA CATEGORÍA DE «CIBERODIO».....597
III. EL VALOR PROBATORIO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) Y EL EQUILIBRIO CON EL DERECHO DE DEFENSA 600
III.1. La Inteligencia Artificial (IA) como medida de investigación de los delitos de odio online 600

III.2. La prueba algorítmica y el principio de libre valoración de la prueba 605
III.3. La efectividad del derecho de defensa. 607
IV. CONCLUSIONES 609

Prólogo

La jurisdicción constituye uno de los tres pilares fundamentales sobre los que se asienta el Estado de Derecho. A través de ella se garantiza la aplicación efectiva de las normas, la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos y la resolución imparcial de los conflictos. Sin embargo, en la actualidad, como consecuencia de las sucesivas reformas que se han ido acometiendo en nuestro país, este tercer poder del Estado se enfrenta a importantes desafíos que obligan a la doctrina a analizar su fundamento, deriva y futuro.

La obra *Repensando la jurisdicción profundiza en el debate sobre la situación y el papel* del Poder Jurisdiccional en el siglo XXI. Con una vocación crítica y constructiva, el libro que el lector está examinando reúne contribuciones de un selecto elenco de procesalistas que analizan, entre otros temas, las consecuencias de la actual tendencia a sobredimensionar la faceta de servicio público en detrimento de la de poder estatal en la Administración de Justicia, el papel de la justicia civil en una democracia avanzada y las tensiones con los otros dos poderes del Estado que suscita la independencia judicial. De otro lado, se detiene en las luces y sombras que rodean al gobierno del poder judicial y en la configuración y los desafíos de su Consejo General; se adentra en cuestiones en torno a la imparcialidad y la responsabilidad de los jueces, y dedica una parte sustancial a reflexionar sobre el presente y futuro del Ministerio Fiscal, tanto en su función de garante de la legalidad como en la de posible director de la investigación penal.

Con este volumen, resultado del V Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, celebrado en Jerez de la Frontera los días 5 a 7 de junio de 2025, se ofrece, en fin, un nuevo compendio de consideraciones de extraordinaria relevancia y actualidad. Un trabajo de elevada precisión técnica, que evidencia la importancia de la Asociación como instrumento y espacio de encuentro para la reflexión colectiva.

Como presidente saliente de la referida Asociación, quiero aprovechar estas páginas para expresar unas palabras de gratitud. En primer lugar, a los organizadores del encuentro, a los editores de esta obra y a los autores que han hecho posible su publicación. Un esfuerzo conjunto que permite acrecentar y enriquecer la doctrina académica para afrontar con más solvencia y rigor los retos del Derecho procesal actual. En segundo término, a los miembros de la junta directiva saliente de la APDPUE que me han

acompañado en estos ocho años de mandato. Su dedicación, su capacidad de trabajo y su honradez y entusiasmo han sido determinantes para que la Asociación —que aglutina en la actualidad a más de 290 miembros— se haya consolidado como un foro de encuentro académico de referencia a nivel nacional y europeo. Finalmente, agradezco de modo especial la confianza que en su día los compañeros y las compañeras quisieron depositar en mí y que me ha dado la oportunidad de haber compartido esta última etapa de mi vida profesional liderando un proyecto ilusionante y provechoso para el desarrollo y progreso de nuestra disciplina.

Me complace asimismo felicitar al nuevo presidente y a la nueva junta directiva. Estoy convencido de que, bajo su iniciativa y responsabilidad, la Asociación seguirá avanzando y creciendo, pero manteniendo intacto su propósito fundacional: ser un espacio de encuentro, de análisis crítico y de promoción de los estudios de Derecho procesal.

Solo me resta desear que esta obra sea leída con el mismo interés con el que ha sido concebida, y que contribuya a repensar, desde la reflexión académica, el papel de la jurisdicción en la España del siglo XXI. Generaciones futuras de procesalistas podrán comprobar si los esfuerzos de quienes ahora se dedican a la ciencia del Derecho procesal han sido en balde o si, por el contrario, han tenido impacto en quienes recae la responsabilidad de garantizar que la división de poderes y los contrapesos y equilibrios entre ellos no sea solo nominal, sino también real.

Murcia, septiembre de 2025

FERNANDO JIMÉNEZ CONDE

Catedrático emérito de Derecho Procesal en la Universidad de Murcia
Presidente de la APDPUE entre 2017 y 2025

PRIMERA PARTE

LA JURISDICCIÓN: DE PODER A SERVICIO PÚBLICO

El abuso del servicio público de justicia y el recurso a los MASC como requisito de procedibilidad

XULIO FERREIRO BAAMONDE

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidade da Coruña

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIOS PROGRAMÁTICOS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2025, DE 2 DE ENERO, DE MEDIDAS EN MATERIA DE EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA. II.1. Entre el gerencialismo y el humanismo. II.2. La Justicia: ¿servicio público o Poder? III. EL RECURSO PREVIO A LOS MASC COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL PROCESO CIVIL. IV. EL CONCEPTO DE ABUSO DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA. V. ABUSO DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LMME) ha condicionado con carácter general la presentación de una demanda civil a que previamente las partes hayan intentado llegar a un acuerdo a través de alguno de los denominados Medios Adecuados de Solución de Controversias (en adelante, MASC). Se pretende así promover la utilización de las soluciones autocompositivas en los procesos civiles como paso previo y obligatorio a la vía jurisdiccional. De este modo, el legislador pretende descongestionar los órganos jurisdiccionales del orden civil, dado que, al llegar las partes a acuerdos previos con más frecuencia, como resultado de la utilización de los MASC, serán menos los asuntos que ingresen en ellos.

Una década después de que se aprobase la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles no se ha conseguido una generalización relevante en la utilización de este modo de resolución de conflictos, que haya impactado en la administración de Justicia, aligerando

la carga de los tribunales del orden civil, por lo que el legislador ha optado por sustituir la voluntariedad establecida en este texto legal (arts. 1 y 6), por la obligatoriedad, al configurarlo en la LMME como requisito de procedibilidad[1]. Pero no ha sido este el único mecanismo que ha utilización la LMME para promover la utilización de los MASC. Consciente el legislador de que la obligatoriedad podría no ser suficiente para asegurar un uso real de estos medios de resolución de controversias, la ha acompañado de la introducción de un nuevo concepto, el abuso del servicio público de justicia a través del cual se busca asegurar su utilización de buena fe y con

---

1 Los datos disponibles avalan esta afirmación. De acuerdo con las Memorias del Consejo General del Poder Judicial de los años 2022 a 2025 (págs. 393, 446, 494, y 442) 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. En 2023, 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. Sólo en el año 2024 se produjo un ligero repunte en materia de familia, con 2979 casos, de los cuales 327 terminaron con avenencia (un aumento de aproximadamente el 25%), pero no en el resto de los asuntos civiles, donde el número de derivaciones se mantuvo prácticamente en las mismas cifras (647), pero se redujo en un 30% el de avenencias (únicamente 70). 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, págs. 115-125, dado que, tras una primera fase alcista hasta el año 2016, la tasa ha sido en general descendente a partir de ese año.
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).

verdadera intención de solucionar el conflicto. De este modo, cuando no exista una verdadera actividad negociadora, podrá apreciarse por los órganos jurisdiccionales la concurrencia del señalado abuso del Servicio Público de Justicia, en cuanto utilización innecesaria del derecho de acceso a los tribunales y extraer las consecuencias de esta actuación en la imposición de las costas del proceso o incluso en la imposición de multas y sanciones (art. 7.4 LMME). Se introduce así una matización al criterio del vencimiento que viene a complementar a los tradicionales de mala fe y temeridad. De este modo, aun viendo satisfechas las pretensiones procesales, es posible obtener un pronunciamiento en costas negativo si se considera que la utilización del proceso fue abusiva, al haberse podido obtener igual o semejante satisfacción en vía extrajurisdiccional, habiéndose de este modo, malgastado recursos públicos con tal actuación.

El presente trabajo analizará los efectos combinados del requisito de procedibilidad y del abuso del servicio público de justicia, intentando poner de manifiesto los valores presentes tras esta modificación legislativa. Se abordará la obligatoriedad de los MASC como paso previo al proceso y las modificaciones procesales destinadas a lograr su efectividad. Particularmente se examinará el concepto de abuso del servicio público de justicia y las consecuencias jurídicas de su apreciación por los órganos jurisdiccionales. Finalmente, se considerarán las posibles repercusiones de la modificación legislativa para el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, especialmente en lo que respecta a su vertiente de acceso a la jurisdicción.

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

II.1. Entre el gerencialismo y el humanismo

La Exposición de Motivos de la LMME justifica la reforma procesal civil en la necesidad de hacer frente a la situación endémica de atasco de la Administración de Justicia española[2]. La modificación legal está llamada a

[2] 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 Memorias del

limitar el número de asuntos que ingresan en los tribunales civiles[3], en la medida en la que estos pasarán a ser resueltos a través de los diversos medios de resolución de conflictos extraprocesales. De este modo, el trabajo de los órganos jurisdiccionales podrá resultar más eficiente, reduciéndose los tiempos de tramitación y pudiendo dedicar más atención a aquellos asuntos que sigan ingresando en el sistema judicial[4].

Consejo General del Poder Judicial, en el año 2004, entraron en la jurisdicción civil 1.196.498 asuntos, quedando pendientes de resolver al terminar el ejercicio 751.446. Dos décadas después, en 2024, el número de asuntos de nuevo ingreso fue de 3.563.038, estando pendientes de resolver a final de año un total de 2.688.606. Ambas cifras suponen un aumento de alrededor del 20% sólo respecto a 2023. 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 2004, dependiendo de si se trababa de juzgados de primera instancia o de primera instancia e instrucción, respectivamente, frente a los 8,5 meses de media (primera instancia, primera instancia e instrucción y juzgados de familia) para el año 2024. 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 2005 (correspondiente al año 2004),* Madrid, 2005, p. 79 y CGPJ, *Memoria Anual 2025,* Madrid, 2025, pág. 456.

[3] 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, págs. 21-22; HERRERA DE LAS HERAS, RAMÓN, "La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles", *InDret,* núm. 1, 2017, pág. 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, pág. 87; PÉREZ DAUDÍ, Vicente, "La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva", *InDret,* 2/2019, pág. 4; ARMENTA DEU, Teresa, "El derecho a la tutela judicial efectiva: una perspectiva desatendida", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* núm. 117/118, 2025, pág. 247.

[4] Tal y como expone DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, "Las tasas Judiciales a juicio", *InDret,* núm. 1, 2017, pág. 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

El objetivo final, ofrecer a la ciudadanía «un servicio público eficiente y justo», en el que el proceso judicial se reserve exclusivamente para los casos que realmente lo necesiten, evitando utilizaciones espurias. El legislador parte, por lo tanto, de que no todos los asuntos que se someten a consideración judicial lo necesitan realmente[5] y que, en determinados supuestos el recurso a la jurisdicción supone un verdadero uso abusivo de la administración de Justicia[6]. La reforma pretende revertir esta situación y que un buen número de asuntos se solucionen extrajudicialmente, por ser esta una vía más adecuada dada su simplicidad o las posibilidades de acuerdo existentes.

Esta declaración de intenciones esencialmente productivista es aderezada, sin embargo, con elementos retóricos que ensalzan las bondades de los MASC. 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», pase por «el templo de la concordia», de acuerdo con los principios «de la Ilustración y del proceso codificador».

---

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».

5 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. (Dirs. Jiménez Conde, Fernando, Bellido Penadés, Rafael; coords. Llopis Nadal, Patricia, De Luis García, Elena), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 581; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, "Comentarios al Anteproyecto de Ley de Eficacia Procesal", *La Ley Mediación y Arbitraje,* núm. 7, 2021, pág. 4.

6 Como ejemplos de usos abusivos del proceso civil, señala ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, "Comentarios al Anteproyecto… *op. cit,* pág. 7, los derivados de la utilización del sistema judicial como gestoría de recobro de 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.

La LMME afirma extender el concepto de Administración de justicia para ir más allá de la «justicia contenciosa» clásica, al incorporar en su seno a la «justicia deliberativa». Se quiere así introducir por vía legislativa el denominado sistema de *multi-door justice*[7], según el cual la tutela jurídica se desvincula de la tutela judicial, puesto que se abre la posibilidad a que esta sea ofrecida por más vías que la estrictamente jurisdiccional en la medida en que los órganos jurisdiccionales pierden el monopolio de la impartición de Justicia, ofertándose a la ciudadanía la forma más adecuada de gestionar cada disputa concreta[8]. La resolución de los 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». La Justicia —el servicio público— ya no se identifica únicamente con los tribunales integrantes del Poder Judicial, sino que se amplía para incluir en su seno a los MASC, que no sólo complementan al proceso jurisdiccional, sino que dejan a este en un plano subsidiario, en cuanto la resolución privada de las controversias pasa a ser de uso preferente. MASC y jurisdicción constituyen de este modo un sistema unitario y global[9], que se encargará de proporcionar la tutela jurídica de los derechos e intereses legítimos[10].

---

7 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/, 021, pág. 2.

8 LÓPEZ YAGUES, Verónica, "Mediación y otros MASC bajo el paraguas de un nuevo concepto del derecho de acceso a la justicia y el deber de asegurar la eficacia y sostenibilidad del sistema", AA.VV., *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil,* (Dirs. Calaza López, Sonia, Ordeñana Gezuraga, Ixusko; Sigüenza López, Julio), Tirant lo Blanch, Valencia 2024, 2023, pp. 143-144

9 ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, "Comentarios al Anteproyecto… *op. cit.,* pág. 4; CALAZA LÓPEZ, Sonia, "¿Una multa por litigar? Sí, Usted ha incurrido en un abuso de la Justicia como servicio público cuando debería haber procurado la desjudicialización de su conflicto", *Nueva Fiscalidad,* núm. 2, 2024, pág. 50-51

10 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, Sala-

Un tercer elemento significativo de los fundamentos ideológicos de la reforma es el llamado a que la ciudadanía se responsabilice de la sostenibilidad del servicio público de Justicia[11]. Esta debe sentirse «protagonista de sus propios problemas»[12] —¿no lo es en el proceso judicial?— y asumir «de forma responsable la solución más adecuada de los mismos». En consecuencia, debe evitar acudir al proceso si la controversia puede ser resuelta por cauces diferentes, enfrentándose a una posible sanción en caso contrario por un uso irresponsable del sistema. De este modo se procura que la obligación de acudir a los MASC no se convierta en un mero requisito burocrático.

En realidad, lo que trasluce la exposición de motivos de la LMME es una estrategia privatizadora de la Administración de Justicia[13]. Se trata de trasmutar a esta en un servicio público de justicia, donde la parte pública del mismo —los órganos jurisdiccionales— ya no ostenta el monopolio, sino que lo comparte con las soluciones privadas de autocomposición, reduciendo su ámbito de actuación[14]. La reducción de costes se producirá,

---

manca, 2021, pág. 144; CARRETERO MORALES, Emiliano, "¿Puede contribuir el nuevo… *op. cit.,* págs. 580-581; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, "Comentarios al Anteproyecto… *op. cit.,* pág. 17.

11 MARCOS GONZÁLEZ, María, "La insuficiencia de la condena en costas del PLEP para el impulso de los MASC en España", AA.VV., *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil,* (Dirs. Calaza López, Sonia, Ordeñana Gezuraga, Ixusko; Sigüenza López, Julio), Tirant lo Blanch, Valencia 2024, 2023, pág. 789; ARMENTA DEU, Teresa, "El derecho a la tutela judicial efectiva…, *op. cit.,* pág. 249

12 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.,* pág. 144.

13 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, págs. 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 Kluwert, 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,* (Dirs. Calaza López, Sonia Y Ordeñana Gezuraga, Ixusko; Coords. Muinelo Cobo, José Carlos y Suberbiola Garbizu, Irune), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 30.

14 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.

en consecuencia, por dos vías. Por un lado, aminorando el importe de tramitación de cada caso, dado que la resolución de un asunto a través de un MASC es sensiblemente más barata que a través del proceso judicial[15]. Por otro lado, se espera un ahorro en el coste de la Justicia, ya que no debe redimensionarse la capacidad de los órganos judiciales al nivel real de litigiosidad[16], pues esta se habrá expulsado a la parte privada del sistema. Además, los gastos que se generen a través de esta desjudicialización serán asumidos, al menos parcialmente, por las personas y entidades usuarias del servicio —los y las justiciables[17]—, y por las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia. Así, el art. 11 LMME señala que cuando las partes acudan al proceso con asistencia letrada, habrán de abonar ésta, excepto cuando gocen del derecho a asistencia jurídica gratuita (DF 10.11 LMME y art. 6 LAJG). 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 acu-

---

15 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.,* págs. 10-11 y PÉREZ DAUDÍ, Vicente, "La imposición de los ADR… *op. cit.,* pág. 6.

16 VÉLEZ TORO, ANTONIO, J., "La huida del proceso civil", *op. cit.,* pág. 7.

17 Como señala MARTÍNEZ PALLARÉS, José I., "El debate sobre las costas procesales, desde la perspectiva ADR", *Práctica de Tribunales,* núm. 131, 2018, pág. 14, los MASC tienen costes económicos, más allá del pago de 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. Por ello, autoras como LÓPEZ YAGUES, Verónica, "Mediación y otros MASC bajo el paraguas de un nuevo concepto del derecho de acceso a la justicia y el deber de asegurar la eficacia y sostenibilidad del sistema", AA.VV., *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil,* (Dirs. Calaza López, Sonia, Ordeñana Gezuraga, Ixusko; Sigüenza López, Julio), Tirant lo Blanch, Valencia 2024, 2023, pág. 159, han reclamado que más que cargar a las partes con los costes de los MASC, existan beneficios fiscales para incentivar su uso.

dan a otro mecanismo en el que intervenga una tercera persona neutral, sus honorarios serán asumidos por las partes intervinientes. Se sustituye al personal jurisdiccional —público— por terceros privados y la promesa de mecanismos gratuitos, cuya existencia no se garantiza (DA 2ª LMME)[18].

Se impone, por lo tanto, una visión eficientista de la Administración de Justicia y de la introducción de los MASC en el sistema. En lugar de promoverse la utilización de medios alternativos de solución de conflictos por sus beneficios intrínsecos, se realiza como mero instrumento para la descongestión de los tribunales civiles[19]. Ya no importa tanto dar una respuesta adecuada a cada conflicto, en virtud de sus particulares características, lo que está en la base de las teorías de *multi-door justice,* sino aligerar de asuntos al sistema público[20].

II.2. La Justicia: ¿servicio público o Poder?

El cambio de paradigma contenido en la LMME no hubiese sido completo sin la inclusión del concepto de servicio público de Justicia como eje vertebrador de la reforma. De acuerdo con esta consideración, la Administración de

---

18 De "*brindis al sol", "trampa"* o *"simple papel mojado"* lo califica VALLESPÍN PÉREZ, David, Mediación mercantil… *op. cit.,* pág. 85.

19 Como afirma VALLESPÍN PÉREZ, David, *Mediación mercantil… op. cit.,* págs. 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 acudan 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, pág. 237; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, "Los medios adecuados… *op. cit.,* pág. 26.

20 Tal y como señala ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, "Tuvimos un sueño… y se convirtió en pesadilla o sobre la ordenación de las técnicas extrajudiciales en el ámbito privado mediante la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia", *La Ley Mediación y Arbitraje,* núm. 22, 2025, «Lejos de confiar en estos mecanismos, de su aportación al servicio público de justicia, gracias a todas sus bondades, su ordenación lege data, como meros instrumentos de eficiencia, acredita que se configuran como obstáculo o dificultad (¿estorbo?) previo a la vía judicial. Este es el monstruo de nuestro sueño: la eficiencia, como objetivo de la reforma, y como único atributo de las técnicas extrajurisdiccionales, para evitar pleitos, es la puerta de entrada al fracaso de los mecanismos ADR, en el ámbito privado del Derecho español».

Justicia ofrece a la ciudadanía un servicio público[21], en este caso, el de la resolución de conflictos jurídicos. La reforma pretende garantizar la corrección y la eficiencia con la que se presta este servicio público[22].

Poner de manifiesto la existencia de un verdadero servicio a la ciudadanía en la actuación de la justicia conecta con la naturaleza prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)[23]. La necesidad de que la tutela de los derechos e intereses legítimos prestada por los tribunales sea realmente efectiva y se desarrolle en un plazo razonable introduce una serie de obligaciones para los poderes públicos sobre el funcionamiento de la Justicia[24]. Fundamentalmente, debe implicar que los órganos jurisdiccionales posean una estructura y estén dotados de medios suficientes para actuar de modo eficaz y con celeridad[25]. Poner énfasis en la vertiente prestacional de la jurisdicción no supone una degradación de ésta[26], sino que incluso permite aumentar su legitimidad, al situar las necesidades de los justiciables en el centro del sistema[27].

---

21 ESCUDERO MORATALLA, JOSÉ F.; FERRER ADROHER, MERCÈ, "La Administración de Justicia como servicio público", *Diario La Ley,* núm. 9681/2020, págs. 2-3.

22 Este enfoque parte de posiciones doctrinales como las sostenidas por TAJADURA TEJADA, Javier, "Reflexiones en torno a la configuración de la justicia como servicio público", *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 8-9, 2001-2002, págs. 177-200 o SOSA WAGNER, Francisco, "Poder Judicial, Jueces y servicio público", en *Estudios de Derecho Judicial,* núm. 109, 2006, págs. 85-102.

23 LÓPEZ GUERRA, LUIS, "La modernización…, *op. cit.,* pág. 194.

24 Ibidem, pág. 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, pág. 46.

25 *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, págs. 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, pág. 315.

26 SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La administración de justicia, ¿servicio público o poder del estado?", *Jueces para la democracia,* núm. 65, 2009, pág. 24.

27 TAJADURA TEJADA, Javier, "Reflexiones en torno…, *op. cit.,* pág. 195; LÓPEZ GUERRA, Luis, "La modernización… *op. cit.,* pág. 32; REBOLLO ÁLVAREZ, José Luis, *Proceso civil, economía y mercado,* Atelier, Barcelona, 2024, p. 43.

Sin embargo, los objetivos prestacionales del Poder Judicial no pueden alcanzarse de cualquier forma. En primer lugar, porque el derecho a la tutela judicial efectiva debe ser satisfecho únicamente en el marco del igualmente trascendental derecho a un proceso justo[28]. Por lo tanto, un límite inicial a las consideraciones eficientistas del servicio público de Justicia es que éste sólo puede prestarse dentro de un sistema de derechos y garantías que configuran su contenido esencial. Cualquier intento de mejorar las prestaciones del servicio se verá abocado, por lo tanto, a respetar ciertos principios procesales de carácter constitucional como el de audiencia, contradicción, defensa o imparcialidad, entre otros.

En segundo lugar, porque la vertiente prestacional de la Jurisdicción no agota su configuración constitucional[29]. El Poder Judicial no es únicamente una refinada institución de expertos en el ámbito de la resolución de conflictos, intercambiable o sustituible por otras que ejerzan tal función con similar diligencia. Además, forma parte del entramado institucional de equilibrios y contrapoderes propio del sistema democrático. Ejerce el control sobre el Poder Ejecutivo, complementa al Legislativo al aplicar la Ley al caso concreto, asegura la paz social[30], contribuye a afirmar la vigencia del Derecho en el seno de la sociedad y es garantía de los derechos de la ciudadanía y de su igualdad ante la Ley[31].

Desjudicializar la función declarativa del Derecho no es sólo una cuestión de eficiencia, sino que afecta a la propia esencia del Poder Judicial. Cuando se propugna apartar de la jurisdicción determinados asuntos por su sencillez o porque no suponen un verdadero conflicto jurídico[32], se olvida de que los jueces no son sólo expertos jurídicos, condición que comparten con otras profesiones legales, sino que la legitimidad para aplicar el derecho les viene dada por el ejercicio de la potestad jurisdiccional como

---

28 LÓPEZ GUERRA, LUIS, "La modernización… *op. cit.*.

29 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, págs. 160-161.

30 VALLESPÍN PÉREZ, David, *Mediación mercantil…* op. cit., pág. 41.

31 ARMENTA DEU, Teresa, "El derecho a la tutela judicial efectiva: una perspectiva desatendida", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm.* 117/118, 2025, p. 245

32 *Vide* ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, "Comentarios al Anteproyecto… *op. cit.,* pág. 4.

poder soberano del Estado[33]. Esta función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado implica la resolución del conflicto, pero también la realización y vigencia de la norma jurídica. En definitiva, la tarea judicial implica una dimensión pública que desborda el interés de las partes del conflicto.

El mayor peligro de las visiones gerencialistas del servicio público de Justicia no viene, por lo tanto, de un ataque a la independencia judicial por una hipotética administrativización del Poder Judicial y, en consecuencia, una mayor injerencia del poder político[34]. El riesgo está en la pérdida de vigencia de la función jurisdiccional[35] y en la privatización de su prestación[36], bajo la coartada de una mayor libertad para las partes[37] o de la presunta mejora en la eficiencia[38]. No puede negarse ni que las fórmulas autocompositivas tienen el potencial para un tratar de modo más humano del conflicto y ofrecer soluciones ventajosas para las partes implicadas, ni que hayan existido abusos procesales de quienes, aprovechando su superioridad en el mercado hayan obligado a los más débiles a acudir a los tribunales para satisfacer derechos que deberían haber sido atendidos extrajudicialmente. Pero la constatación de esta realidad no implica aceptar que la resolución privada de los conflictos equivale al ejercicio de la función judicial.

Reducir el papel del Poder Judicial en la afirmación de las soluciones jurídicamente acertadas en los conflictos, para convertirlo en un mero ejecutor de decisiones acordadas previamente supone un entendimiento

---

33 PÉREZ ESTRADA, Miren J., "La Justicia, ¿un servicio público?", *Revista General de Derecho Procesal,* núm. 57, 2022, pág. 18.

34 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, págs. 636-637; PÉREZ ESTRADA, Miren J., "La Justicia… *op. cit.,* págs. 8-9; BUENO OCHOA, Luis, "La efectividad de la tutela judicial acorralada por la eficacia y la eficiencia", AA.VV., *Tutela judicial efectiva. Resistencia y expansión,* (Grande Yáñez, Miguel y Díez Riaza, Sara, coords.), Dykinson, 2024, p. 200

35 ASENCIO MELLADO, José M., "Eficiencia, poder judicial y proceso", *Práctica de Tribunales,* núm. 148, 2021.

36 OLIVEROS ROSELLÓ, María, J., "Sobre el servicio público de justicia", *Diario La Ley,* núm. 9888, 2021, pág. 3.

37 VÉLEZ TORO, Antonio, J., "La huida del proceso civil", *op. cit.,* pág. 7.

38 SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, "La administración de justicia… *op. cit.,* págs. 29-30.

equivocado de la función jurisdiccional[39]. El recurso obligatorio a la autocomposición puede ser útil para reducir el número de asuntos que ingresan en el sistema, pero no asegura la integridad de los derechos de la ciudadanía ni protege a las partes más débiles de las relaciones jurídicas[40]. Olvida su función como garante de la legalidad[41].

---

39 Como señala VÉLEZ TORO, ANTONIO, J., "La huida del proceso civil", *op. cit.,* pág. 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".

40 En palabras de VÉLEZ TORO, ANTONIO, J., "La huida del proceso civil", *op. cit.,* pág. 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".

41 Como afirma VÉLEZ TORO, ANTONIO, J., "La huida del proceso civil", *op. cit.,* pág. 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.,* pág. 26, o ARMENTA DEU, Teresa, "El derecho a la tutela judicial efectiva: una perspectiva desatendida", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* núm. 117/118, 2025, p. 245, cuando afirma que "lo que estos medios alternativos aportan es eficiencia en la solución de controversias, no necesariamente la aplicación de la ley a un caso concreto y mucho menos la búsqueda objetiva de la verdad a través de un procedimiento con fórmulas jurídicas enderezadas hacia ese objetivo. Es en el proceso donde se realiza el derecho y la ley resulta el criterio fundamental para resolver el conflicto".

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

Tal y como se ha señalado anteriormente, pese a los diferentes intentos legislativos, no se ha conseguido en la última década aumentar la utilización de la mediación y, en general, de los MASC. Ni la Ley de Mediación del año 2012 ni las diversas normas europeas —Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008, y Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013[42]— han logrado impulsar de modo significativo su utilización en la práctica. Una alternativa ante este fracaso ha sido el de plantear la mediación y otros MASC como un paso previo obligatorio al inicio de los procesos civiles[43], propuesta que ha sido avalada por las instituciones europeas y por la práctica de algunos Estados miembros, como es el caso de Italia[44].

Recogiendo esta tendencia, la LMME introduce un nuevo requisito de procedibilidad para la generalidad de los derechos civiles al señalar que «para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibi-

---

42 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.

43 PARLAMENTO EUROPEO, *Rebooting' the Mediation Directive…* op. cit.; HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "La mediación obligatoria… *op. cit.,* pág. 7; BELLIDO PENADÉS, Rafael, Medios alternativos… *op. cit.,* págs. 27-28.

44 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 Constituzionale 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, pág. 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.*.

lidad acudir previamente a algún medio adecuado de resolución de controversias de los previstos en el art. 2» (art. 4). No se trata esta de una exigencia completamente novedosa en la legislación procesal española, dado que ya la LEC de 1881 preveía —hasta su derogación en 1984, por su escasa efectividad práctica[45]— la obligación de conciliación previa antes de la interposición de la demanda. En los últimos años alguna legislación sectorial ha recuperado también la necesidad de mediación o reclamaciones previas obligatorias, como es el caso de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, para conflictos de consumo en el sector financiero o el del transporte aéreo[46], de la Ley Vasca 7/2015 de 30 de junio, en los supuestos de separación o ruptura familiar (art. 6.1), de la Ley 22/2010, de 20 de julio, de Código de consumo de Cataluña en el marco de ejecuciones hipotecarias de viviendas habituales (art. 132.4.3) [47].

El requisito introducido por la LMME se acompaña de una serie de modificaciones a la LEC para hacerlo efectivo. Se modifican los arts. 264.4 (art. 22.22 LMME) y 399.3 LEC (art. 22.29 LMME), en lo relativo a los requisitos materiales y documentos procesales a acompañar con la demanda, obligando a incluir en esta una descripción del proceso de negociación llevado a cabo o de su imposibilidad, junto con los documentos que justifiquen haber acudido a un MASC, cuando sea legalmente exigible. De acuerdo con ello, se establece la inadmisión de aquellas demandas que no cumplan estas prescripciones (arts. 22.30 y 22.35 LMME y 403.2 y 439.5 LEC). Esta exigencia se aplicará a la generalidad de los procesos civiles (art. 5.1 LMME), excepto en aquellas materias que queden fuera del ámbito de disposición de las partes (art. 4 LMME) y en aquellos otros previstos en el art. 5 LMME, que se caracterizan en general por su urgencia su interinidad o el carácter preferente de los intereses jurídicos en conflicto. En los restantes casos será necesario, antes de la presentación

---

45 ÁLVAREZ GARCÍA, Héctor, "La premediación… *op. cit.,* pág. 86.

46 *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, pág. 538.

47 Esta norma fue, sin embargo, declarada inconstitucional en lo relativo a la obligación de acudir a mediación previa interposición de una demanda judicial, en STC 54/2018, de 24 mayo de 2018. *Vide PEREZ DAUDÍ, Vicente, "La imposición de los ADR…,* op. cit., pág. 15.

de la demanda, acudir a alguno de los MASC previstos en la Ley (arts. 2, 6.2, 14, 15 y ss LMME). En ciertas legislaciones sectoriales se prevén, además, mecanismos de reclamación previa cuya utilización serviría para cumplimentar el requisito de procedibilidad. Es el caso de las reclamaciones de devolución de cantidades indebidamente satisfechas en aplicación de cláusulas abusivas o las presentadas por los usuarios de servicios financieros ante el Banco de España, la CNMV, y la Dirección general de Seguros y Fondos de Pensiones (art. 30 Ley 44/2002, de 22 de noviembre) o ante la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero (DA 1.1 Ley 7/2017, de 2 de noviembre)[48].

Para poder acreditar el cumplimiento del requisito de procedibilidad, el intento de acuerdo previo deberá recogerse por escrito, mediante cualquier documento firmando por las partes o expedido por el tercero neutral que haya intervenido en el MASC, si es el caso. Para el supuesto de que la parte requerida no hubiese comparecido o hubiese rehusado la participación, será suficiente cualquier documento que pruebe la recepción de la invitación a negociar o la propuesta y en que fecha, así como que ha podido acceder a su contenido íntegro (art. 10 LMME). Estos documentos surtirán los efectos legalmente previstos cuando la demanda se presente en el plazo de un año a contar desde la fecha de recepción de la propuesta de negociación, o de la terminación de ésta sin acuerdo (art. 7.3 LMME), siempre que exista una entidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio (art. 5.1. LMME). Se entiende que el proceso de negociación ha fracasado cuando transcurran 30 días naturales desde la recepción de la propuesta por la parte requerida y no se haya mantenido una primera reunión o contacto o no se obtuviese respuesta escrita; si una vez iniciada la actividad negociadora transcurren 30 días desde que una de las partes haga llegar una propuesta concreta de acuerdo a la otra, sin que tal acuerdo se alcance o se obtenga respuesta escrita; si transcurren tres meses desde la fecha de la primera reunión sin haberse alcanzado un acuerdo o si cualquiera de las partes da por terminada las negociaciones (art. 10.4 LMME).

---

48 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.,* págs. 30-36.

En definitiva, la nueva regulación convierte en obligatorio que las partes intenten llegar a un acuerdo previo al proceso con anterioridad a la presentación de la demanda. Esta exigencia cuestión, para una parte de la doctrina la esencia de los MASC, que deberían estar presididos por la libertad y voluntariedad de las partes para llegar a un acuerdo (art. 1 LM)[49]. Lo cierto es que la LMME introduce la obligatoriedad de que las partes procuren el acuerdo, pero no de que mantengan la negociación contra su voluntad ni de que logren el arreglo. De este modo, el principio de voluntariedad queda salvado de alguna forma[50]. 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 y sanciones procesales pretende ser un acicate para la consecución del acuerdo, lo que erosiona hasta cierto punto la voluntariedad. Ello es así porque los tribunales podrán valorar la actitud de los litigantes en la búsqueda del pacto previo al proceso a la hora de imponer, moderar o exonerar a las partes de las costas, apartándose del clásico principio del vencimiento, si no han mostrado un uso responsable del servicio público de justicia, por no haber aprovechado las posibilidades de acuerdo y, en consecuencia, haber evitado el proceso judicial a través de los MASC.

---

49 HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, "Los medios adecuados… *op. cit.,* pág. 8; MARTÍNEZ PALLARÉS, José I., "El debate sobre las costas… *op. cit.,* pág. 13; ARMENTA DEU, Teresa, "El derecho a la tutela judicial efectiva: una perspectiva desatendida", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* núm. 117/118/2025, p. 247. Como afirma BARONA VILAR, Silvia, "La incorporación de la mediación…, *op. cit.,* págs. 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".

50 Así lo entienden, entre otros, HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "La mediación obligatoria… *op. cit.,* pág. 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. (Dirs. JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO, BELLIDO PENADÉS, RAFAEL; Coords. LLOPIS NADAL, PATRICIA, DE LUIS GARCÍA, ELENA), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

IV. EL ABUSO DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

El legislador ha sido consciente de que instaurar la obligatoriedad de acudir a un MASC como paso previo al proceso civil va a ser de escasa utilidad para la descarga de asuntos de los tribunales si no se acompaña de medidas que velen por su efectividad. El nuevo requisito de procedibilidad puede convertirse en una previsión inútil si las partes son capaces de sortearlo a través de cumplimientos únicamente formales, como ocurrió con la conciliación previa anterior a 1984. Es por ello que se introduce el concepto de abuso del servicio público de Justicia, que servirá a los jueces para valorar si el recurso a los MASC, más allá de su acreditación formal, se ha realizado con la seriedad necesaria para intentar lograr un acuerdo[51]. El nuevo concepto se configura, pues, como un instrumento al servicio de la obligatoriedad de los MASC y de la descongestión de los tribunales[52], ya que servirá para que los órganos jurisdiccionales valoren la actuación de las partes en el intento previo de acuerdo y sancionen a aquellos que no hayan desplegado la actividad necesaria para conseguir una solución extraprocesal, evitando la interposición de la demanda.

Es inevitable conectar el abuso del servicio público de Justicia con el concepto de mala fe procesal, aunque de alguna forma amplíe su tradicional ámbito de actuación[53]. Se incluyen ahora situaciones en las que la utilización inadecuada del proceso va más allá del perjuicio causado a la contraparte o al órgano jurisdiccional, para alcanzar supuestos donde se haya provocado un menoscabo a la administración de Justicia por sobrecargarla en exceso al haberse planteado demandas judiciales que podrían haber sido resueltas de modo privado por las partes[54].

A la hora de regular las costas procesales la LEC estableció como criterio general el criterio del vencimiento, pero incluyó también los de temeridad (art. 394 LEC) y mala fe (art. 395 LEC) para moderar las resoluciones

---

51 ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, "Comentarios al Anteproyecto… *op. cit.,* pág. 12.

52 PEREA GONZÁLEZ, Alvaro, "Breve comentario… *op. cit.,* pág. 2.

53 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, pág. 9.

54 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, pág. 8.

judiciales al respecto y adecuarlas a las circunstancias del caso concreto[55]. La LMME añade ahora un nuevo criterio que sobrepasa el ámbito de actuación de los dos anteriores, cuando menos en la forma en que se han venido interpretando hasta ahora. 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 con la intención de causar un perjuicio a la parte contraria, abocándola a un proceso a todas luces inútil para conseguir la satisfacción de un interés jurídico atendible, o con la ausencia de una diligencia mínima para percibir la ausencia de apoyo fáctico o jurídico en el ejercicio de la pretensión o de la defensa[56].

---

55 Como afirma PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal,* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003, págs. 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".

56 CACHÓN CADENAS, Manuel, "La buena fe en el proceso civil", *Cuadernos de derecho judicial,* núm. 18/2005, pág. 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, pág. 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, pág. 8; MARTÍNEZ DE SANTOS, ALBERTO, "Particularidades de la reforma… *op. cit.,* pág. 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 elemen-

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, no se venía incluyendo en su seno[57]. 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 esen-

---

tal de prudencia y sin presentar la diligencia debida que, de haberse prestado, le habría permitido conocer que no le asistía la razón".

57 SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, "Derecho de acceso… *op. cit.,* pág. 539. Existían, sin embargo opiniones divergentes a este respecto, como las mostradas en la doctrina por 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, pág. 229 y PEREA GONZÁLEZ, Alvaro, "Breve comentario… *op. cit.,* págs. 3-4; VALLESPÍN PÉREZ, David, *Mediación mercantil… op. cit.,* págs. 54 y 80. En sede jurisprudencial, 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 ar lugar a responsabilidad conforme al art. 247 LEC". 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, o que, al contrario, la utilización del proceso únicamente para conseguir una condena en costas es contraria a la sostenibilidad del sistema (STS 1715/2024, de 20 de diciembre). 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".

cialmente idéntica en vía procesal. El uso indebido de la administración de Justicia no deriva ya de la falta de base jurídica o fáctica de las propias posiciones, sino del hecho de no haber acudido a resolver en su seno lo que podría haberse arreglado antes, con el consiguiente gasto de tiempo y recursos del servicio público de Justicia[58]. Tal y como se señaló anteriormente, se trata de hacer corresponsable al justiciable de la sostenibilidad del sistema, penalizando las actuaciones que lo sobrecarguen injustificadamente[59].

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 asunto[60]. De este modo la nueva redacción del art. 394 LEC sigue manteniendo el criterio del vencimiento como regla general para la imposición de costas, pero junto con la existencia de serias dudas fácticas o jurídicas, añade como excepción que «no habrá pronunciamiento en costas a favor de aquella parte que haya rehusado (…) sin justa causa, participar en un medio adecuado de solución de controversias». Igualmente, en caso de estimación parcial de

---

58 MARTÍNEZ PALLARÉS, José I., "El debate sobre las costas… *op. cit.,* pág. 17.

59 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".

60 PEREA GONZÁLEZ, ALVARO, "Breve comentario… *op. cit.,* pág. 6.

la demanda, frente al criterio general de no imposición de las costas en ausencia de temeridad, se le podrá condenar también en costas a quien no hubiese acudido injustificadamente a un MASC. Finalmente, 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, por lo tanto, el no haber acudido a la invitación previa para 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 proceso[61], a no ser que exista justa causa o abuso del servicio público de justicia por la contra parte. Debería considerarse que la parte demandada podría justificar su ausencia de la negociación por la insostenibilidad de la reclamación presentada de contrario, aunque la dicción del art. 394.5 LEC parece reservar esta circunstancia para reclamaciones verdaderamente abusivas. Obsérvese que en este caso el concepto adquiere un matiz diferente, puesto que ya no se trata de la ausencia de interés en el acuerdo, sino como ejercicio abusivo del proceso por carencia de interés jurídico atendible en la demanda, lo que lo acerca, si no confunde, con la temeridad. En consecuencia, no debe descartarse que la demandada pueda verse abocada a sufragar su parte de las costas procesales, pese a no haber sufrido condena alguna si no ha participado en la negociación o entender, con razón, que no le incumbe obligación alguna. Para evitarlo, se verá obligada a intervenir en el proceso negociador únicamente para evitar la futura asunción de costas procesales[62], lo que a su vez le podrá generar una serie de gastos innecesarios asociados a su participación en los MASC, o incluso a transigir en asuntos donde carece de toda responsabilidad.

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

---

61 Para 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, pág. 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.

62 ASENCIO MELLADO, José M., "Eficiencia, poder judicial… *op. cit.,* pág. 4.

tenibilidad de la reclamación 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 procesales, 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[63].

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 la posibilidad de imponer la condena en costas cuando se aprecie abuso del servicio público de justicia. La mala fe se presumirá cuan-

---

63 Sobre el peligro de que la nueva regulación pueda llevar a estrategias negociadoras que únicamente tengan por objeto influir sobre los pronunciamientos en costas, nos habíamos pronunciado ya en FERREIRO BAAMONDE, Xulio, "El abuso del servicio público de justicia y el recurso a los MASC como requisito de procedibilidad", AA.VV., *De los ADR (alternative dispute resolution) a los CDR (complementary dispute resolution) en la jurisdicción civil,* (dirs. Calaza López, Sonia; Ordeñana Gezuraga, Ixusko; Sigüenza López, Julio), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 35-80. En sentido semejante se han manifestado también ACHÓN BRUÑÉN, María José, "Problemas que va a suscitar la nueva regulación de las costas procesales prevista en la futura ley de medidas de medidas de eficiencia procesal", *Diario La Ley,* nº 10218, 2023; ARSUAGA CORTÁZAR, José, "A vueltas con la negociación previa como presupuesto procesal para la admisión de la demanda civil", *Boletín Derecho Privado,* núm. 3, 2023, p. 54; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, "El nuevo paradigma de resolución de conflictos en consumo. Cómo la Ley Orgánica 1/2025 impone la reclamación o negociación previa antes de demandar, consagra un régimen sancionador para empresarios incumplidores y redefine el acceso a la justicia en litigios de consumo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 53, 2025, p. 87.

do antes de presentada la demanda se hubiese realizado un requerimiento para cumplir la obligación o rechazado el acuerdo ofrecido en un MASC. Aquí la ausencia de participación en el proceso de negociación previo para después allanarse, una vez presentada la demanda, ya no se considera abuso del servicio público de Justicia, sino mala fe, sin que pueda observarse un cambio sustancial a lo previsto anteriormente por el mismo precepto. Ello viene a poner en duda la utilidad del nuevo concepto, cuando, tal vez, se pudiese haber incorporado legislativamente al concepto de mala fe la negativa a acudir a los MASC cuando se prevea su obligatoriedad previa, tal y como ya se había propugnado, como se ha visto, por cierta doctrina y jurisprudencia.

Las modificaciones en materia de costas procesales se extienden a un nuevo incidente de exoneración o moderación de costas que se regula en el art. 245 LEC junto con el de impugnación por excesivas y que supone, de hecho, una auténtica revisión a posteriori de la condena en costas incluida en la sentencia, en función de la indebida utilización de los MASC. así, según el art. 245.5 LEC la parte condenada al pago de las costas podrá solicitar la exoneración de tal pago o la moderación de la cuantía cuando hubiese formulado —por sí misma o a través de tercero neutral— una propuesta a la parte contraria y la misma no hubiera sido aceptada, si finalmente la resolución que ponga término al procedimiento es sustancialmente coincidente con dicha propuesta. En este caso no se valora simplemente la utilización previa de un MASC, sino la actitud que hayan tenido las partes en el seno de esta. Se considera que quien ha rechazado una oferta que coincide sustancialmente con lo reconocido en sentencia judicial ha abusado del servicio público de justicia, por lo que no merece recuperar los gastos en los que ha incurrido en el proceso, ya que podría haber evitado este[64] y no haber malgastado el tiempo y los recursos de la administración de Justicia.

Para que el órgano jurisdiccional pueda tomar una decisión y valorar la identidad sustancial de la oferta y la resolución judicial, se introduce una

---

64 Tal y como señala SERRANO HOYO, Gregorio, "Consecuencias procesales derivadas de la no evitación del proceso a través de los MASC: En especial, en materia de costas y multas por abuso del servicio público de justicia", AA.VV., *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil,* (Dirs. Calaza López, Sonia, Ordeñana Gezuraga, Ixusko; Sigüenza López, Julio), Tirant lo Blanch, Valencia 2024, 2023, p. 93, este incidente está encaminado a determinar el grado de evitabilidad del proceso sustanciado.

excepción al carácter confidencial del proceso negociador, reconocido en el art. 9 LMME. Así el art. 245.5 LEC exige que se acompañe a la solicitud de moderación o exoneración la documentación íntegra referida a la propuesta formulada, que a estos efectos estará dispensada de confidencialidad.

Este nuevo incidente deja clara la intención del legislador de obligar a que las partes se tomen en serio el proceso negociador previo[65]. Sin embargo, su virtualidad práctica debe considerarse limitada. Si se tiene en cuenta que como regla general se habrá condenado en costas a quien ha visto rechazadas en el proceso todas sus pretensiones, no parece que sea factible la existencia de una propuesta que coincida sustancialmente con lo acordado por sentencia, dado que tal ofrecimiento tendría que haber sido totalmente favorable para la parte que la recibe, lo que difícilmente hace pensar en una posibilidad de rechazo, excepto cuando la causa de este venga determinada por la única intención de resarcirse de los gastos de asistencia jurídica a través de las costas procesales.

El legislador ha considerado también relevante la existencia de abuso del servicio público de Justicia para la posible imposición de multas por el órgano jurisdiccional a las partes procesales (art. 247.3 LEC) si considera que han actuado ejerciendo tal abuso. En el caso de los profesionales jurídicos intervinientes en el proceso se prevé la posibilidad de trasladar la existencia de actuaciones contrarias a la buena fe a los Colegios profesionales o a la Comisión de Asistencia Jurídica gratuita. En este caso no se menciona expresamente el abuso del servicio público de Justicia, aunque su íntima conexión con la buena fe procesal no hace descartable que su apreciación pueda ser suficiente para justificar estas comunicaciones.

Finalmente, el concepto de abuso del servicio público de Justicia aparece en dos preceptos más. En primer lugar, en el art. 32.5 LEC, 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 aprecie temeridad o abuso del servicio público de Justicia en la actuación del condenado en costas. En segundo lugar, el art. 246.4 LEC impone las costas del incidente de impugnación de costas del proceso por excesivas, si la impugnación fuese totalmente desestimada y el impugnante hubiese obrado con abuso del servicio público de justicia. Si fuese total o parcialmente estimada se impondrán también en el caso de que hubiera

---

65 BELLIDO PENADÉS, Rafael*, Medios alternativos… op. cit.,* págs. 110-111.

obrado con abuso del servicio público de Justicia al profesional cuyos honorarios se hubiesen considerado excesivos. En ambos casos el concepto vuelve a remitir al de mala fe o temeridad, sin que parezca añadir nada nuevo a estos[66].

Por último, y aunque no se menciona expresamente el concepto de abuso del servicio público de Justicia, es evidente la ligazón con el mismo de los intereses sancionatorios regulados en el art. 439 bis LEC para el caso de que transcurrido el plazo de un mes a partir del momento en que conste fehacientemente la aceptación de una oferta por el consumidor en los supuestos en reclamaciones previas en materia de cláusulas abusivas en contratos de préstamo, no se ha puesto a su disposición de modo efectivo la cantidad ofrecida, ésta devengará los intereses legales del dinero incrementados en ocho puntos.

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[67]. Su influencia en el sistema de condena en costas se hará notar en la utilización que las partes harán 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 enfrentar hipotéticos pronunciamientos desfavorables en materia de costas. Es posible que ante propuestas de acuerdo parcialmente satisfactorias se prefiera aceptar estas que acudir a los tribunales, renunciando incluso a cierta parte de las pretensiones sostenidas. Pero también es cierto que, en previsión de lo que pueda pasar en el proceso posterior, se puedan desarrollar durante la tramitación de los MASC estrategias de defensa y actitudes condicionadas por la preconstitución de las condiciones que puedan llevar a un pronunciamiento favorable en costas y no a la búsque-

---

66 SERRANO HOYO, Gregorio, "Consecuencias procesales derivadas de la no evitación del proceso a través de los MASC: En especial, en materia de costas y multas por abuso del servicio público de justicia", AA.VV., *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil,* (Dirs. Calaza López, Sonia, Ordeñana Gezuraga, Ixusko; Sigüenza López, Julio), Tirant lo Blanch, Valencia 2024, 2023, pp. 881-948, pp. 906-907

67 PEREA GONZÁLEZ, Alvaro, "Breve comentario… *op. cit.,* pág. 4; VALLESPÍN PÉREZ, David, *Mediación mercantil… op. cit.,* págs. 71-71.

da sincera de un acuerdo, lo que afectará de modo negativo a la dinámica de los MASC. Igualmente, la erosión del principio de confidencialidad afectará irremediablemente a la actitud de las partes en los procesos negociadores, considerando lo que pueda ocurrir en un futuro incidente de exoneración o moderación de costas, incidiendo negativamente en su correcto desarrollo[68].

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

Para finalizar este trabajo se abordará en qué medida la nueva obligatoriedad de acudir a los MASC con carácter previo a la interposición de la demanda y la inclusión del nuevo concepto de abuso del servicio público de justicia son respetuosos 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 el juego conjunto de ambas instituciones supone un obstáculo ilegítimo o disuasorio que influye negativamente en el derecho constitucional de acudir a los tribunales.

Es jurisprudencia reiterada del TC que el derecho a la tutela judicial efectiva implica como presupuesto para su efectividad, el derecho de la ciudadanía de acceder a los tribunales. Pero tal derecho de acceso no es absoluto, sino que está sujeto a configuración legal, con lo que el legislador puede subordinarlo al cumplimiento de una serie de requisitos o condicionantes previos (STC 174/1995, de 23 de noviembre)[69]. Aún así, el legislador carece de total discrecionalidad al establecer estas condiciones previas. En primer lugar, porque debe respetar el contenido esencial del derecho, entendido como la posibilidad de que la ciudadanía pueda hacer valer ante la Justicia sus derechos e intereses legítimos y que estos respondan con una resolución sobre el fondo del asunto (STC 39/1985, de 11 de mar-

---

68 ARSUAGA CORTÁZAR, José, "A vueltas con la negociación…, *op. cit.,* p. 62

69 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, pág. 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). Vide PÉREZ DAUDÍ, Vicente, "La imposición de los ADR…, *op. cit.,* págs. 11-12.

zo), sin poder modificar tal contenido hasta hacerlo irreconocible (SSTC 125/1997, de 1 de julio; 202/2002, de 28 de octubre). Por ello, es perfectamente legítimo que se establezcan medidas para impedir un uso abusivo del proceso cuando su utilización no vaya dirigida a la satisfacción de intereses legítimos, sino a su instrumentalización para fines diferentes de los previstos[70]. A sensu contrario, significa también que el derecho fundamental se satisface con una decisión de inadmisión o de archivo en aplicación de las condiciones de ejercicio contempladas en las normas procesales[71].

En segundo lugar, los requisitos introducidos por el legislador para condicionar el acceso a la jurisdicción deben obedecer a fines constitucionalmente legítimos, en cuanto deben ser razonables, estar dirigidos a un fin justificado y suponer una restricción 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)[72]. En consecuencia, estarían proscritas aquellas medidas cuya función fuese meramente limitativa o disuasoria del ejercicio de acciones judiciales (STC 140/1995, de 28 de septiembre)[73].

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

---

70 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 sostiene PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe… op. cit.,* pág. 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, pág. 96.

71 CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, "El derecho fundamental… *op. cit.,* pág. 12.

72 MONTERO LÓPEZ, Raúl, "Derecho de acceso a la jurisdicción y tasas judiciales. La justicia no es gratuita", AA.VV. *Principios de Justicia Civil,* (Dir. Ezurmendía Álvarez, Jesús), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2021, pág. 367.

73 GONZÁLEZ ALONSO, Alicia, "Las tasas judiciales… *op. cit.,* pág. 171.

debe ser proporcionada al cumplimiento de la finalidad perseguida. En consecuencia, estarían proscritas aquellas medidas que tuviesen únicamente una función meramente limitativa o disuasoria al ejercicio de acciones judiciales.

Por último, el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la Justicia exige que los órganos jurisdiccionales, al interpretar la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales, deben evitar formalismos excesivos o interpretaciones de la norma que supongan una restricción injustificada del acceso a la jurisdicción (STC 29/1988, de 29 de febrero). Es más, el derecho constitucional de acudir a los tribunales impone a los órganos jurisdiccionales una interpretación de las normas procesales en el sentido más favorable a su efectividad, de acuerdo con el 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 TC ha establecido que la imposición de las costas procesales independientemente del criterio legal no implica un cercenamiento ilegítimo del derecho de acceso a la jurisdicción. Es cierto que el peligro de enfrentarse a una condena en costas puede retraer a un litigante de interponer una demanda judicial. Sin embargo, el TC ha entendido que la imposición de las costas responde a un interés legítimo como es el de evitar pretensiones sin fundamento que puedan sobrecargar a los tribunales y compensar los gastos procesales de quien se ha visto abocado a un proceso para defender su legítima posición jurídica[74], por lo que es una restricción de acceso al proceso justificada. 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)[75]. Únicamente en el supuesto de que un determinado sistema de imposición de costas provocase en la práctica un

---

74 *Vide* AATC 60/1983, de 16 de febrero; 171/1986, de 19 de febrero 186/2000, de 24 de julio y SSTC 84/1991, de 22 de abril 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.,* págs. 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 no exista o se arbitraria o irracional. En sentido semejante, BONET NAVARRO, ÁNGEL, "El acceso a la Justicia", *op. cit.,* págs. 113-115.

75 MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, "Particularidades de la reforma… *op. cit.,* págs. 2-3; ACHÓN BRUÑÉN, Mª José, "Relevancia práctica de la STC 156/2021, de 16 de septiembre: inconstitucionalidad del régimen de imposición de costas

efecto completamente disuasorio para el ejercicio de acciones judiciales podría tenerse por inconstitucional[76].

El TJUE también se ha pronunciado sobre la compatibilidad del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 47 CDFUE), con el establecimiento de sistemas de mediación obligatoria anterior al proceso (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), considerando que es un requisito razonable y proporcionado compatible con el derecho de la Unión, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos[77]. 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[78]. En segundo lugar, la limitación de acceso a la jurisdicción debe realizarse por un tiempo breve, quedando, una vez que este se cumpla, expedita la vía judicial. En tercer lugar, el inicio del procedimiento de negociación debe interrumpir los plazos de prescripción y caducidad, y debe ser posible la adopción durante este procedimiento de medidas cautelares, cuando la urgencia

---

en procesos de cláusulas suelo y discriminación a los consumidores que no son personas físicas", *Diario La Ley,* núm. 9959, 2021.

76 BELLIDO PENADÉS, Rafael, *Medios alternativos… op. cit.,* págs. 75-79. ACHÓN BRUÑÉN, Mª 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, págs. 15-16.

77 *Vide* al respecto, COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo… op. cit.;* BELLIDO PENADÉS, Rafael, Medios alternativos… *op. cit.,* págs. 27-28; OROMÍ I VALL-LLOVERA, Susanna, "La mediación de consumo… *op. cit.,* págs. 460-465; y PÉREZ DAUDÍ, Vicente, "La imposición de los ADR…, *op. cit.,* pág. 18.

78 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".

de la situación lo exija. Por último, el mecanismo de resolución extraprocesal del conflicto no debería implicar desembolsos significativos para las partes.

Aplicando los criterios jurisprudenciales del TS y del TJUE puede concluirse que el sistema previsto por la LMME no puede considerarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la Justicia[79]. Par ambos órganos los intentos obligatorios de solución previa al litigio son requisitos razonables y proporcionados, dado que los objetivos buscados, de reducción de la litigiosidad y fomento de las soluciones autocompositivas son fines legítimos, que contribuyen a la sostenibilidad del sistema de Justicia y a la resolución amigable de las controversias[80]. Además, las exigencias especificadas en la jurisprudencia europea son escrupulosamente cumplidas en la LMME, dado que se contempla la autonomía de las partes para llegar a acuerdos (art. 4), se establece un plazo breve para entender que el proceso de negociación ha fracasado (30 días o 3 meses, en función de si se han iniciado o no las negociaciones, art. 10.4), se prevé la interrupción de los plazos de prescripción y caducidad (art. 7.1), así como la posibilidad de solicitar medidas cautelares (art. 7.3)[81].

---

79 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,* (Dirs. Calaza López, Sonia Y Ordeñana Gezuraga, Ixusko; Coords. Muinelo Cobo, José Carlos Y Suberbiola Garbizu, Irune), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 35.

80 *Vide a*l 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. Entre la doctrina, existe también coincidencia en esta apreciación, como señalan ÁLVAREZ GARCÍA, Héctor, "La premediación… *op. cit.,* pág. 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, pág. 174; PICÓ JUNOY, Joan, "MASC y costas procesales… *op. cit.,* pág. 2; 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, pág. 51.

81 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. (Dirs. Jiménez Conde, Fernando, Bellido Penadés, Rafael; Coords.

Quedaría por ver si los gastos que deban asumir las partes por acudir a los MASC y la posterior regulación de las costas introducida por la LMME suponen una barrera injustificada que pueda desincentivar de hecho el recurso a los tribunales[82]. Si bien es cierto que no está previsto que el sistema público sufrague los gastos asociados a los MASC, no parece que ello pueda considerarse determinante de una posible inconstitucionalidad del sistema, dado que siempre será posible acudir a la negociación directa a través de profesionales de la abogacía, cuyos honorarios se contemplan como parte del derecho a la asistencia jurídica gratuita[83], y que también se prevé la creación de servicios gratuitos de resolución de conflictos, a lo que debe sumarse la posibilidad de conciliación a través del letrado de la Administración de Justicia.

Quedaría por ver si el nuevo sistema de imposición de costas, ligado a una indebida utilización de los MASC podría conducir a las partes a aceptar determinados acuerdos contrarios a sus derechos e intereses legítimos[84], y por lo tanto disuadirlos de acudir al proceso. Sin embargo, ya se ha señalado anteriormente, al analizar los arts. 245, 245 bis y 394 LEC, que esta posibilidad debe considerarse excepcional. En consecuencia, no parece que, excepto que el TC modifique su criterio en el futuro, o entendiese que el alcance del abuso del servicio público de Justicia en estos supuestos sea más amplio del aquí sostenido, la nueva regulación de las costas procesales vaya a ser tenida por inconstitucional.

VI. CONCLUSIONES

La LMME tiene una clara intención e impulsar los MASC para con ello reducir el número de asuntos que ingresan en los tribunales civiles. Para ello se obliga a las partes a intentar una solución extraprocesal del conflic-

---

Llopis Nadal, Patricia, De Luis García, Elena), *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 928; SÁNCHEZ VALLE, M. del Rosario, "¿Mediación voluntaria o preceptiva?... *op. cit.,* págs. 49-50; BELLIDO PENADÉS, Rafael, Medios alternativos… *op. cit.,* pág. 101.

82 Debe recordarse, en este sentido, que la STC 20/2012, de 16 de febrero señaló que el 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».

83 BELLIDO PENADÉS, Rafael, *Medios alternativos… op. cit.,* págs. 101-104.

84 *Ibidem,* págs. 105-107 y 112.

to antes de presentar una demanda, debiendo acreditarlo así en el momento de presentar ésta. Además, a la hora de regular las costas procesales, se tendrá en cuenta la posible existencia de un abuso del servicio público de Justicia, lo que podrá implicar sancionar a las partes que hubiesen rehusado tentativas de acuerdo previo, por haber malgastado los recursos de la Administración de Justicia.

Este nuevo sistema supone de facto una privatización de la resolución de conflictos. La solución de controversias por medios autocompositivos gozará de preferencia a la composición judicial de la litis, convirtiendo a la Jurisdicción en subsidiaria de los MASC. Queda por ver si este sistema podrá reducir el número de asuntos que ingresan en los tribunales del orden civil, pero es evidente que supone un menoscabo de las funciones sistémicas del Poder Judicial, como son la afirmación de la Ley y la realización de la Justicia.

Pese a ello, no puede afirmarse que la reforma sea inconstitucional. De acuerdo con la doctrina del TC y del TJUE, el legislador tiene libertad para establecer determinados requisitos para el ejercicio de acciones judiciales, siempre que respondan a un fin legítimo, sean proporcionados y no supongan de hecho obstáculos disuasorios de acceso a la Justicia. La regulación de la LMME cumple con estos parámetros. Sólo en el caso de que quienes posean un derecho o interés legítimos se vean forzadas a llegar a acuerdos para evitar los gastos derivados del proceso podría plantear una sombra de inconstitucionalidad.

No ha sido intención de este trabajo negar la virtualidad de los MASC para satisfacer las pretensiones de Justicia de la ciudadanía, ni restar importancia al uso abusivo del proceso judicial en determinados casos, particularmente por corporaciones que, en lugar de reconocer los derechos de las personas consumidoras, les obligan a litigar en defensa de posiciones claramente fundadas jurídicamente, o de compañías de defensa jurídica que rehúsan acuerdos porque tienen como fuente principal de ingresos las condenas en costas. Pero acordar en parte del diagnóstico no implica compartir el tratamiento. Seguramente con medidas parciales para los supuestos de abuso localizados, parte del problema podría ser solventado, particularmente si se incluyesen como parte de los tradicionales conceptos de mala fe o temeridad[85]. Por otro lado, convertir a los MASC en un requisito obligatorio y ampliar las excepciones a su confidencialidad desnatura-

---

[85] MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, "La regulación de la tasación…, *op. cit.,* pág. 9.

liza su esencia y afecta a su correcto funcionamiento. Es muy posible que surjan estrategias negociadoras y propuestas de acuerdo que sólo busquen la preconstitución de una posible condena en costas o la exoneración de la misma en el proceso posterior.

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 utilizarlos[86]. Ello, desde luego, supone inversión económica y de tiempo, elementos ambos de los que seguramente se carezca en estos momentos. Veremos qué ocurre en el futuro.

---

86 HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, "La mediación obligatoria…, *op. cit.,* pág. 18.

El rol de la Justicia Civil en un Estado Democrático De Derecho. Una promesa incumplida

RICARDO MANUEL LILLO LOBOS

Profesor Asociado [1]
Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago (Chile)

ÍNDICE: INTRODUCCION. I. JUSTICIA CIVIL Y ESTADO DE DERECHO. I.1. El rol de la justicia civil bajo concepciones formales del Estado de Derecho. I.2. El rol de la justicia civil bajo concepciones procedimentales del Estado de Derecho. I.3. El rol de la justicia civil y el Estado Democrático de Derecho. II. LA PROMESA INCUMPLIDA. LA CRISIS DE LA JUSTICIA CIVIL. II.1. La percepción de crisis en la literatura de derecho comparado. II.2. La promesa incumplida en Chile. II.2.1. La crisis de la justicia civil chilena. II.2.2. La relegación de la justicia civil. CONCLUSIONES.

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.

---

[1] Doctoral of Juridical Sciences (SJD) University of California Los Angeles (UCLA). Profesor Asociado Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibañez. 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 Nº 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".

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 efectivos[2], 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 comparado[3]. 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 derecho[4].

En esta versión ideal de la justicia civil, su la 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 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,

---

2 GENN, H., Judging Civil Justice, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pág.11

3 UZELAC, A., "Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World", en Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems (ed. Uzelac, A.), United States, Springer, 2014, págs. 7-12.

4 RESNIK, J., "Reinventing courts as democratic institutions", Daedalus, 143(3), 2014, pág. 10.

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, 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. JUSTICIA CIVIL Y ESTADO 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 proceso[5]. 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 civil[6].

---

5 LILLO, R., "Bases constitucionales del Derecho de Acceso a la Justicia", en AA. VV., Justicia y Nueva Constitución, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, pág. 89.

6 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., "Access to justice: the newest wave in the

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 derecho[7]. 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 personas[8].

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 legal[9]. 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 déspota[10]. 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 grado[11].

---

worldwide movement to make rights effective", Buffalo Law Review, 27, 1978, pág. 185.

7 En sentido, Finnis, J., Natural Law and Natural Rights, Oxford University Press, Oxford, 2a edición, 2011, págs. 270-271; Raz, J., The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Clarendon Press, Oxford, 1979, pág. 212.

8 Finnis, J., Natural Law and Natural Rights, op. cit., pág. 74.

9 Fuller, L., The Morality of Law, Yale University Press, New Haven, 1964, pág. 39.

10 RAWLS, J., A theory of justice, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, edición revisada, 1999, págs. 206-210.

11 McCorquodale, R., "Business, Rule of Law and Human Rights", en The Rule of Law in International and Comparative Context (Ed. McCorquodale, R.), Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2010, pág. 29; Raz, J., The Authority of Law: Essays on Law and Morality, op. cit., págs. 222-223.

Independiente de la concepción del Estado de Derecho que se trate, como veremos, la justicia civil cumple roles importantes, cuestión a la que nos abocamos en las siguientes secciones.

I.1. El rol de la justicia civil bajo concepciones formales del Estado de Derecho

De acuerdo a lo que señalan autores como LUCY, aun cuando el listado específico de estas máximas o estándares que determinan el contenido del Estado de Derecho puede variar, 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 la concepción de este tradicional autor norteamericano, 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[12].

Ya desde el punto de vista de la necesidad de claridad y predictibilidad en cuyo foco están las concepciones más formales como la 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 procedimiento[13]. En relación a esta dimensión RAWLS, por ejemplo, destaca que en un Estado de Derecho es particularmente relevante la idea

---

12 Lucy, W., "Access to Justice and the Rule of Law", Oxford Journal of Legal Studies, 40(2), 2020, págs. 386-389; Fuller, L., The Morality of Law, op. cit., págs. 33-91.

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

de la administración consistente y regular de las normas que componen el sistema legal, lo que él llamó «justicia como regularidad»[14].

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 desarrollo[15].

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 justicia civil puede extenderse para incluir disputas entre ciudadanos y organismos públicos, sirviendo así también como mecanismo para controlar la acción gubernamental[16]. 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

---

14 RAWLS, J., A theory of justice, op. cit., págs. 206-210

15 GENN, H., Judging Civil Justice, op. cit., pág. 17.

16 GENN, H., Judging Civil Justice, op. cit., pág. 16.

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 cumplidos[17].

I.2. El rol de la justicia civil bajo concepciones procedimentales del Estado de Derecho

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 comunes[18]. 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 términos[19]:

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;

---

17 GENN, H., Judging Civil Justice, op. cit., págs. 16-24

18 Dicey, A., Introduction to the Study of the Law of the Constitution, LibertyClassics, Indianapolis, 8a Edición (reimpresión), 1982, pág. 114.

19 Raz, J., The Authority of Law: Essays on Law and Morality, op. cit., págs. 215-219.

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 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,[20] 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 reivindicación[21].

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

---

[20] Scanlon, T., "Due process", en Due process (Ed. Pennock R., Chapman J.) New York, New York University Press, 1977, pág. 99.

[21] Lucy, W., "Access to Justice and the Rule of Law", op. cit., págs. 377-402

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 efectiva[22]. 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 estos desempeñan para garantizar el Estado de Derecho. Así, a su entender, barreras como el retardo, los costos excesivos, etc., pueden convertir a la ley en letra muerta y terminar por frustrar la capacidad del individuo para guiarse eficazmente por ella[23].

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 privado[24].

I.3. El rol de la justicia civil y el Estado Democrático de Derecho

La justicia civil no solo es relevante, en tanto mecanismo de resolución de controversias, desde el punto de vista de la necesaria producción de certeza y estabilidad de los estándares de conducta propios de la visión formal del Estado de Derecho. Por el contrario, constituye también un elemento relevante desde una vertiente sustantiva que se conoce como Estado Democrático de Derecho. Bajo este ideal, se le reconoce también como una forma de sostener el valor de la democracia, entendida no solo en su dimensión política y de participación ciudadana, sino en su dimensión sustancial, mediante la cual la producción del derecho se sujeta a la concepción y protección de los derechos fundamentales, de los cuales el juez es garante mediante el ejercicio de la jurisdicción[25].

---

22 GENN, H., Judging Civil Justice, op. cit., pág. 11.

23 Raz, J., The Authority of Law: Essays on Law and Morality, op. cit., pág.. 217.

24 RESNIK, J., "Reinventing courts as democratic institutions", op. cit., pág. 10.

25 Ferrajoli, L., "El Papel de la Función Judicial en el Estado de Derecho", en Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho (Atienza, M.,

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 Estado, están sujetos a controles apropiados y legalmente establecidos sobre la legalidad de sus actos[26].

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 jurídico[27]. 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 moderna[28].

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 privado[29].

Ferrajoli, L.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª reimpresión, 2017, pág. 25

26 O'DONELL, G., La Irrenunciabilidad del Estado de Derecho. Ponencia presentada en el Seminario Internacional "La Reinvención de la Política y la Ciudadanía", Barcelona, 2001, págs. 11-12.

27 En este mismo sentido: RESNIK, J., "Reinventing courts as democratic institutions", op. cit., pág. 10; GENN, H., Judging Civil Justice, op. cit., pág. 3.

28 Waldron, J., "The Rule of Law and the Importance of Procedure", New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 234, 2010, pág. 12.

29 RESNIK, J., "Reinventing courts as democratic institutions", op. cit., pág. 10.

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 y de 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, 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 cuenca de una preocupante brecha entre el modelo teórico y los desafíos que enfrenta en diversos sistemas legales alrededor del mundo.

II. LA PROMESA INCUMPLIDA. LA CRISIS DE LA JUSTICIA CIVIL.

Este modelo ideal de una justicia civil que cumpla las funciones necesarias para un Estado de Derecho, está lejos de verificarse en la realidad. A pesar de que 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, ZUCKERMAN llamaba la atención de una percepción a nivel internacional de que la justicia civil está en crisis[30]. GENN, al mismo tiempo que criticaba la falta de buenos

---

[30] Zuckerman, A., "Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure", en Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure (Ed., Zuckerman, A.), Oxford, Oxford University Press, 1999, págs. 12-14. Véase, de manera más reciente: Kiesiläinen, J., "Effiency and justice in procedural reforms: the rise and fall of the oral hearing", en Civil justice between efficiency and quality: from Ius Commune to the CEPEJ (Ed. van Rhee, C., Uzelac, A.), Oxford Intersentia, 2008, pág. 29; Buhai, S. "Access to justice for underrepresented litigants: a comparative perspective". Loyola Los Ángeles Law Review, 42, 2009, pág. 1008; Pleasence, P., Balmer., N., "Justiciable problems and the use of lawyers", en Middle

estudios empíricos sobre el tema, enfatiza cómo una retórica y un vocabulario común han sido adoptados cada vez más en muchas jurisdicciones y culturas legales[31].

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, 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 controversias[32].

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. Sobre todo desde este último punto de vista, en esta sección se analiza esta literatura que ha descrito el estado crítico de la justicia civil, de la brecha existente entre la realidad y la función que debería cumplir para el Estado de Derecho.

---

income access to justice (Eds. Trebilcock, M., Duggan, A., Sossin, L.) Canada, University of Toronto Press, 2012, págs. 36-40; Wolf, M., "Collaborative technology improves access to justice", New York University Journal of Legislation & Public Policy, 15, 2012, pág. 763.

31 GENN, H., Judging Civil Justice, op. cit., págs. 27-29.

32 GENN, H., Judging Civil Justice, op. cit., pág. 29-38. Véase, también: Galanter, M., "A world without trials", Journal of Dispute Resolution, 1, 2006, págs. 1-33.

II.1. La percepción de crisis en la literatura de derecho comparado

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 complejidad[33]. Más aún, ya entrada la segunda mitad del siglo XX, la obra comparativa de Cappelletti y Garth da cuenta del surgimiento del movimiento de acceso a la justicia y las diferentes tendencias seguidas en el mundo[34]. 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»[35].

Luego, la idea básica derivada del estudio comparativo de Zuckerman es que tanto los países identificados con la tradición del Derecho Continental 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 población[36].

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

---

33 Sobre esto, véase: Lillo, R., "Access to Justice and Small Claims Courts: Supporting Latin American Civil Reforms Through Empirical Research in Los Angeles County, California". Revista Chilena de Derecho, 43(3), 2016, págs. 955-986.

34 Cappelletti, M., Garth, B., "Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective", op. cit., págs. 181-292.

35 Sandefur, R., "Access to justice: classical approaches and new directions". Sociology of crime, law, and deviance, 12, 2009, p. ix.

36 Zuckerman, A., "Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure", en Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure (Ed., Zuckerman, A.), Oxford, Oxford University Press, 1999, pág. 12.

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*[37]. 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 mismos[38].

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 tribunales[39]. 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 civiles[40].

Los altos costos como barrera de acceso a la justicia no son un problema exclusivo de los países del Common Law. Se ha señalado, por ejemplo, que 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

---

37 Croley, S., Civil justice reconsidered. Toward a less costly, more accessible litigation system, New York University Press, New York, 2017, pág. 127.

38 Weinstein, I., "Access to civil justice in America: what do we know?", en Beyond elite law. Access to civil justice in America (Eds. Estreicher, S., Radice, J.), New York, Cambridge University Press, 2016, pág. 4.

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

40 Trebilcock, M., Duggan, A., Sossin, L., Middle income access to justice. University of Toronto Press, Toronto, 2012, pág. 4.

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.[41]

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 derechos[42]. 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 civiles[43]. 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 acceso[44].

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

---

41 Nagy, C., Collective actions in Europe. A comparative, economic and transsystemic analysis, SpringerOpen, Switzerland, 2019, págs. 12-13.

42 Zuckerman, A., "Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure", en Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure (Ed., Zuckerman, A.), Oxford, Oxford University Press, 1999, págs. 13-14.

43 Nissi, E., Giacalone, M., Cusatelli, C., "The Efficiency of the Italian Judicial System: A Two Stage Data Envelopment Analysis Approach", Social Indicator Research, 146, 2018, págs. 396-397.

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

latinoamericanos o se han establecido como desafíos para la reforma judicial[45].

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 decesión 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[46], 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 respecto[47].

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

---

45 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, Conflictividad civil y barreras de acceso a la justicia en América Latina. Informe de vivienda y tierras, Justice Studies Center of the Americas, Santiago, 2018, págs. 89-94.

46 La Rota, M. et al., Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia, DeJusticia, Bogotá, 2014, págs. 368-393.

47 Rueda M., "La raíz del Código General del Proceso: una movida concéntrica", en El proceso civil a partir del Código General del Proceso (Coord. Cruz, H.) Bogotá, Ediciones Uniandes, 2da edición, 2017, págs. 44-57.

involucramiento con servicios legales para resolver sus problemas de carácter civil[48].

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 población[49]. 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 tribunales[50]. 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 justicia[51] 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

---

48 Pleasence, P., Balmer., N., "Justiciable problems and the use of lawyers", en Middle income access to justice (Eds. Trebilcock, M., Duggan, A., Sossin, L.) Canada, University of Toronto Press, 2012, págs. 36-40.

49 Cappelletti, M., Garth, B., "Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective", op. cit., págs. 184-186.

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

51 Zuckerman, A., "Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure", en Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure (Ed., Zuckerman, A.), Oxford, Oxford University Press, 1999, pág. 12.

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 funcionamiento[52].

II.2. La promesa incumplida 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.

II.3. 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

---

52 Información disponible en: https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/insights#global-decline (consulta: 22/9/2025)

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 pobres[53].

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 Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile 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 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

---

53 Correa, J., Barros, L., Justicia y Marginalidad, Percepción de los Pobres, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1993, pág. 23; Barros, L., Opiniones de los Sectores Populares Urbanos En Torno a la Justicia, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1997 pág. 19.

médica inadecuada, acceso a medicamentos, etc.) ocuparon el tercer lugar con un 27,7%[54].

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 privado[55]. 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 civil[56].

---

54 DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA, Necesidades jurídicas y cursos de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la justicia. Informe final, Corporación Administrativa del Poder Judicial, 2020, pág. 52-53.

55 Lillo, R. "La Justicia Civil en Crisis. Estudio Empírico en la Ciudad de Santiago para Aportar a una Reforma Judicial Orientada hacia el Acceso a la Justicia (formal), Revista Chilena de Derecho, 47(1), 2020, págs. 128-142.

56 Lillo, R., Riego, C., ¿Qué se ha Dicho sobre el Funcionamiento de la Justicia Civil en Chile? Aportes para la Reforma" Revista Chilena de Derecho Privado, 25, 2015, págs. 12-17.

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%)[57].

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 civiles.

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 el 25%. Ninguna otra de las instituciones públicas que son objeto de esta encuesta muestra una distancia así de alta[58].

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

---

57 DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA, Necesidades jurídicas y cursos de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la justicia. Informe final, op. cit., págs.- 87-90.

58 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 (consulta: 22/9/2025)

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 ingreso[59]. 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 chilena[60].

II.3.1. La relegación de la justicia civil

Hoy existe un amplio consenso sobre la necesidad de una reforma profunda de la justicia civil[61], 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 nulo[62]. 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

---

59 Información disponible en: https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2024/Chile (consulta: 22/9/2025)

60 Lillo, R. "La Justicia Civil en Crisis. Estudio Empírico en la Ciudad de Santiago para Aportar a una Reforma Judicial Orientada hacia el Acceso a la Justicia (formal), op. cit., págs. 142-151.

61 Lillo, R., Riego, C., ¿Qué se ha Dicho sobre el Funcionamiento de la Justicia Civil en Chile? Aportes para la Reforma" op. cit., pág. 45.

62 Véase, Lillo, R., "ICT's in the Chilean and Latin-American Civil Justice. Analysis from the Right of Access to Justice", Hungarian Journal of Legal Studies, 64(3) 2023, págs- 336-362.

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 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 tribunales[63].

Por otro lado, en la década de 1990, haciéndose eco de un movimiento latinoamericano,[64] 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

---

63 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, J., "La Reforma a la Justicia Criminal en Chile: El Cambio de Rol Estatal", Cuadernos de Análisis Jurídico, 38, 1998, págs. 74-78.

64 Véase: Langer, M., "Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery", The American Journal of Comparative Law, 55(4), 2007, págs. 617-676.

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»[65]. 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 Chile[66]. 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 inmediación 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 mediáticas[67].

---

65 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, M., "Diez Años de Reforma Procesal Penal en Chile: Apuntes Sobre su Desarrollo, Logos y Objetivos", en Diez Años de la Reforma Procesal en Chile (Ed. Fuentes, C.), Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, pág. 24.

66 Blanco, R., "La Reforma Procesal Penal. Variables Asociadas a la Planificación Técnica y Política del Cambio", en AA, VV., A 10 años de la Reforma Procesal Penal: Los Desafíos del Nuevo Sistema, Santiago, Ministerio de Justicia, 2010, pág. 99.

67 Fuentes, C., Marín, F., Ríos, E., "Funcionamiento de los Tribunales de Familia de Santiago", en: VV. AA. Reformas de la Justicia en América Latina. Experiencias de Innovación, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2010, págs.. 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.

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 familia[68].

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 impuestos. La mayoría de los asuntos 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 tribunales[69].

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

---

68 Lillo, R., Alcaíno, E., Reporte sobre el Funcionamiento de la Justicia Laboral en Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, 2013, págs. 11-16.

69 Véase: PODER JUDICIAL, *Cuenta Pública del Presidente de la Corte Suprema en la Inauguración del Año Judicial,* Santiago, 2011, págs.. 33-34. Disponible en: http://www.pjud.cl/documents/10179/67746/discurso_1_de_marzo_2011.pdf (consulta: 22/9/2025).

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 población[70].

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 civil[71].

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.

IV. 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

---

70 Véase, Vargas, M., "Reflexiones en Torno a la Figura del Oficial de Ejecución", en Justicia Civil y Comercial: Una Reforma ¿Cercana? (Ed. Leturia, F.) Ediciones LYD, Santiago, 2011, págs. 471-488.Véase, también: Moyer, T., Stewart, H., "Mediation as a Catalyst for Judicial Reform in Latin America", Ohio State Journal on Dispute Resolution, 18(3), 2003, págs. 619-668.

71 Gutierrez, M., "La Mediación en Salud y el Acceso a la Justicia", Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado, 20, 2008, pág. 113.

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, 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 RUGGERI

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

ÍNDICE: I. PREMISA. II. LEGALIDAD Y COMPLEJIDAD EN LA EXPERIENCIA PROCESAL: DE LA CRISIS COMO HECHO A LA CRISIS COMO JUICIO. III. LAS INTERACCIONES ENTRE LEGALIDAD, PROCESO Y JURISDICCIÓN PENAL. LA CRISIS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL FRENTE A LAS CARENCIAS DE LA LEGALIDAD PROCESAL. III.1 La legalidad ausente y el rol supletivo del poder judicial. III.2. La legalidad aparente y el papel transformativo de la jurisprudencia. III.3. La legalidad abierta entre derecho y justicia penal. El problema de la legalidad jurisprudencial. IV. EL PROBLEMA DE LA HIPERLEGALIDAD PROCESAL. LAS ÁREAS OCULTAS DE LA JUSTICIA PENAL: LAS FUNCIONES DE CONOCIMIENTO Y LAS DINÁMICAS DE LOS JUICIOS. V. LA HIPOCRESÍA DE LA LEGALIDAD PROCESAL Y EL PROBLEMA DE LA NORMACIÓN SIMBÓLICA. VI. INTERLEGALIDAD, CULTURA DE LA JURISDICCIÓN Y NUEVOS DESAFÍOS PARA LA PARIDAD DE ARMAS. V.1. Paridad de armas y protección de terceros: la necesidad de nuevos estándares de *fairness para afrontar las dificultades del proceso penal contemporáneo. VI.2. Problemas y perspectivas de la justicia penal transnacional.*

I. PREMISA

El problema de la dialéctica entre la transformación de la función jurisdiccional y la crisis de la legalidad constituye sin duda una de las mejores claves interpretativas para reconstruir la evolución de la justicia penal contemporánea, 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.

Dicha perspectiva —ampliamente profundizada por la literatura jurídica en distintos países a lo largo de décadas e incluso de siglos— levanta hoy numerosos y nuevos interrogantes. Ante todo, ¿cuál es la relación entre estos dos fenómenos? ¿Son independientes el uno del otro, o más bien 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 que levanta un interrogativo algo paradójico: ¿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? Por otro lado, ¿podríamos sostener una conclusión opuesta? Es decir, ¿podría 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 y nos lleve a replantear este fundamental principio en el ámbito que nos atañe? Y, aún más al fondo, ¿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 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. A su vez, los desafíos que dicha problemática conlleva presentan niveles de dificultad proporcionales a la complejidad de nuestra materia. Así pues, si indiscutiblemente estamos atravesando una época de profunda transformación e incluso de involución del mismo concepto de legalidad, especialmente en materia penal, tal como tradicionalmente se ha entendido, ¿una reflexión sobre la crisis de la legalidad nos lleva necesariamente a conclusiones pesimistas y negativas? ¿Sería posible considerar la misma idea de la crisis como un factor de evolución positiva y abrir puertas para afrontar los nuevos retos de las sociedades contemporáneas, 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? 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, una pregunta se impone ya en esta etapa introductoria de nuestra investigación: ¿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 la obtención de estándares de

garantías individuales cada vez más elevados y sostenibles en un escenario progresivamente más complejo?

Ello nos proporciona una perspectiva privilegiada y extremadamente útil para observar un fenómeno de enorme relevancia, es decir, la transformación del poder en servicio público; un fenómeno que a su vez conlleva implicaciones muy importantes en uno de los pilares de todo debido proceso, sin el cual, en realidad, podríamos afirmar que ni siquiera existe un proceso, o sea, el principio de igualdad de armas en su doble relación con la contradicción entre las partes, por un lado, y el fundamento y las funciones de la judicatura, por el otro, así como se encuentra puntualmente consagrado en la Constitución italiana. 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?

Como es bien sabido, 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, lo que ha llevado a acuñar la noción de 'inter-legalidad'[1], 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. Se trata de una legalidad profundamente transformada, incluso transfigurada en sus fundamentos tradicionales, y mucho más compleja, que suscita la impresión de un laberinto extremadamente tupido e inaccesible[2], frente al cual, sin embargo, el juez se muestra más propenso a subyacer y someterse, modificando así el sentido del principio liberal de 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. En efecto, 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 la necesidad de emprender un camino de reflexión, conforme al sentido etimológico y más profundo que al fundamental concepto de κρίσις 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— estén las difíciles relaciones entre norma, espacio y tiempo en el prisma de la experiencia

---

1 Véase i.a. KLABBERS, J., PALOMBELLA, G., *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

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

procesal, o sea, en últimas, la creciente instabilidad y alcance transnacional (e intercultural) de la norma procesal. Aunque se trata de una problemática clásica, ella reviste una importancia enorme y llena de implicaciones sistemáticas en el contexto histórico actual y en las sociedades contemporáneas debido a varias razones, y a dos, en particular. En efecto, el impacto que la evolución tecnológica y científica produce en la administración de la justicia penal, por un lado, 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 el juicio 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. LA CRISIS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL FRENTE A LAS CARENCIAS DE LA LEGALIDAD PROCESAL

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. Como sería imposible abordar en este estudio la totalidad de ellos, 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.

III.1. La legalidad ausente 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 aquel fenómeno que podríamos definir de legalidad ausente o de ausencia de legalidad. El concepto de legalidad ausente es ambiguo y puede referirse por los menos a dos condiciones.

Existe ante todo una difusa falta de intervención normativa que no se reduce a específicos vacíos legales sino a la 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, dicha ausencia legal se debe a la necesidad de preservar un *status quo ante* que se considera satisfactorio, 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.)[3]. No menos delicado y actual, sin embargo,

---

[3] CHIAVARIO, M., *Norma giuridica (diritto processuale penale)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVIII vol., Giuffrè, Milano, 1978. Del mismo autor puede consultarse además el estudio más reciente "Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale", *La Legislazione penale*, 2017, https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2017/08/studi_chiavario_2017.pdf

se presenta el problema de la eficacia espacial de la norma procesal, un problema que, analizado detenidamente, se enmarca en una temática general en la cual la identificación del derecho procesal aplicable, por un lado, se liga estrechamente al establecimiento del fuero competente y, por otro lado, determina y, en buena medida, condiciona el régimen punitivo en el caso de sentencia condenatoria[4]. Desde la perspectiva de este estudio cabe anotar además que máxime la alternativa entre (y las distintas formas de combinación) de los principios de la *lex fori* y de la *lex loci* refleja una concepción estática y territorial de la jurisdicción penal que parece hoy bien poco adecuada para afrontar los desafíos enormes de la justicia penal contemporánea, una justicia cada vez más transnacional e intercultural.

Ahora bien, justamente la ausencia de una adecuada reglamentación legislativa en materia procesal —es decir, de un *Verfahrensanwendungsrecht* en su dimensión tanto diacrónico-temporal como sincrónico-espacial— ha hecho que los mayores avances se hayan realizado gracias a los aportes muchas veces supletivos de la jurisprudencia y máxime al diálogo entre cortes y tribunales nacionales e internacionales[5]. 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. Así pues, tanto el *tempus regit actum* como el *locus regit actum,* formalmente vigentes, ven progresivamente circunscrito su rol de principios rectores de las dos materias de la eficacia temporal y especial de la norma procesal, como resultado de aplicaciones jurisprudenciales que, con papel proac-

---

4 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 PADOVANI, T., "La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 436 ss. En relación con el problema de la eficacia espacial de la norma jurídica en el marco del enjuiciamiento criminal me permito reenviar a mi contribución "Norma, proceso y espacio. La intrínseca vocación intercultural de la justicia penal", *Rev. APDPUE,* 12, 2025 (en curso de publicación).

5 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 septiembre de 2015, C-105/14, Corte const. ord. 24/2017 y sent. 5 diciembre 2017, C-42/17. Sobre la ausencia 'histórica' de un conjunto normativo apto para reglamentar de forma orgánica la aplicación espacial de la ley procesal penal, desde la perspectiva del ordenamiento alemán, vid.* WÖRNER, L., "Conflitti transnazionali di giurisdizione in materia penale: la prospettiva del diritto tedesco", *La Legislazione penale*, 33(2), 2013, p. 479 s.

tivo, contribuyen a redimensionar y redefinir su configuración en varias áreas del derecho procesal.

Frente a dichas situaciones, sin embargo, el problema que nos atañe puede observarse también desde una perspectiva diferente, con respecto a la cual la carencia de legalidad se manifiesta en su dimensión cualitativa. Desde hace décadas la doctrina procesalista ha destacado en varios países los graves problemas relativos al empeoramiento cualitativo de las normativas legales[6], un fenómeno que además va más allá del ámbito 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. En todo caso es evidente que el fenómeno de la legalidad carente afecta también la calidad de la intervención judicial e inevitablemente transforma el papel que la judicatura tiene que desempeñar en la protección de los valores y libertades fundamentales en cada ordenamiento jurídico.

III.2. La legalidad aparente y el papel transformativo de la jurisprudencia

Los problemas que afligen la legalidad, sin embargo, no pueden circunscribirse hoy solo a los casos de ausencias de legalidad, en sus múltiples sentidos. Cuestiones e interrogantes no menos graves y complejos surgen y puede observarse también en situaciones en las cuales el proceso de normación se ha realizado y puede observarse la existencia de una disciplina legal que reglamenta 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, concepto polivalente e incluso huidizo. En principio, este fenómeno no debería existir; sin embargo, es cada vez más frecuente y puede generar serios perjuicios en la protección de los derechos y el cumplimiento de los estándares de debido proceso

---

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

con igual intensidad y, a veces, de forma más insidiosa que los casos de legalidad ausente.

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, que se manifiesta de diferentes maneras y a través de distintos mecanismos según el enfoque de cada ordenamiento. No obstante, 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 generales[7]. 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 presenta como el resultado de un proceso de normación que a primera vista se ha concluido de forma efectiva, y que sin embargo revela una legalidad aparente porque se limita a reglamentar solo la superficie de un fenómeno complejo. Un ejemplo elocuente es el ámbito de los juicios rápidos y procedimientos relativos al área de la llamada «justicia penal negociada». En efecto, un análisis comparado de dicho ámbito revela una abundancia normativa solo aparente, que a veces se traduce incluso en una estratificación de regulaciones normativas que reglamentan de forma extremadamente detallada aspectos relativos a las dinámicas procesales y a los efectos premiales de tales procedimientos, mientras quedan indefinidos otros sobre aspectos esenciales

---

7 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 abertura del sistema probatorio hacia diligencias probatorias no reglamentadas por la normativa procesal. Vid. SCALFATI, A. (coord.), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, II ed., 2019.

sobre los cuales se observa la prolongada e injustificada ausencia de una clara toma de posición por parte del legislador procesal, como el ámbito de conocimiento judicial y la determinación de los hechos, así como las reglas decisorias aplicables en el campo de procedimientos que además adquieren una relevancia y difusión creciente en los sistemas nacionales de justicia penal. Como consecuencia de este fenómeno, 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.

Todo ello nos permite 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 conseguir niveles adecuados de eficiencia procesal, y de una eficiencia en buena medida autorreferencial[8]— se está afirmando cada vez más un modelo de justicia negociada inspirado en lógicas empresariales y al abatimiento *per se d*e los tiempos procesales. Sin embargo, dichas lógicas terminan afectando algunos de los principios y de las funciones esenciales del enjuiciamiento criminal, como los objetivos de conocimiento y de determinación de los hechos, a los cuales el proceso penal no pude renunciar[9] sin negar el papel fundamental que cada ordenamiento le asigna en aras de la necesidad de crear certeza jurídica sobre todo para quien padeció la experiencia dramática del juicio criminal[10].

---

8 SIRACUSANO, F., "Produttività, efficacia ed efficienza della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della "Riforma Cartabia"", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2023, p. 159 ss.

9 En Italia, según un sector de la doctrina, el *patteggiamento sería el emblema de una justicia penal anti-cognitiva*. Vid. FERRUA, P., *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Giappichelli, Torino, II ed., 2017, p. 9 ss., 223 ss. Para una reconstrucción de este complejo problema y un enfoque diferente vid. CAPRIOLI, F., "L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2009, p. 78 ss.

10 Vid. LO GIUDICE, A., *El drama del juicio, Palestra, Lima, 2025*.

III.3.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 —y en relación con ciertos ámbitos ya ha sido denominada— «legalidad abierta». En efecto, 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 recurso ampliamente utilizado en la práctica, al que nos hemos referido, a diligencias probatorias y medidas de investigación. Dicho resultado ha sido 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.

Sin embargo, 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 que refleja una clara «procesalización» de la legalidad penal[11], es decir, una tipicidad esencialmente probatoria en la cual son las dinámicas de la concreta experiencia de la instrucción criminal las que definen —ex post y, por ende, con inevitables repercusiones sobre el principio de irretroactividad de la norma

---

[11] GARGANI, A., "Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale", en *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo* (coord. DE FRANCESCO, G., MARZADURI, E.), Giappichelli, Torino, 2016, p. 95 ss.

penal— los límites y las fisionomía del *Tatbestand*[12]. Es importante señalar además que, si ya este fenómeno suscita varias preocupaciones en el juicio oral, en la fase de la investigación penal 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 criminal[13].

IV. 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 factor de crisis que de cierta forma es especular al de las carencias de legalidad en sus distintas manifestaciones. 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 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.

---

12 PADOVANI, T., "Il concorso dell'associato nei delitti-scopo", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1998, p. 766.

13 PADOVANI, T., "Il crepuscolo della legalità. Riflessioni sulle dimensioni processuali della legalità penale", *L'indice penale*, 2, 1999, p. 527 ss.

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 creciente y, a veces, incluso excesiva atención hacia aspectos relativos a la dimensión estrictamente procesal. En esta dirección, la ciencia del proceso penal ha emprendido un camino que la ha llevado a diseccionar complejas cuestiones concernientes a la morfología, la mecánica y las dinámicas de los procedimientos penales, así como sus relaciones recíprocas y sus interacciones con procedimientos relativos a otras jurisdicciones.

Dicho camino, sin embargo, se ha convertido en un enfoque que hace de la dimensión procesal el objeto exclusivo de tal ciencia. Podríamos afirmar que el precio que tuvo que pagar la «Cenicienta»[14] para independizarse y crecer autónomamente de las hermanastras fue la concentración del objeto de investigación en la dimensión procesal, con la consecuencia inevitable de descuidar e incluso ignorar completamente otros aspectos que debería abarcar y profundizar una auténtica ciencia de la justicia, tales como son, en particular, las dinámicas a través de las cuales se realiza la función de conocimiento y el ejercicio del poder de *ius dicere e*n materia penal, y sobre todo los difíciles problemas inherentes a las decisiones, 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 juicio[15]. 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. Sin embargo, sería esencial promover un debate científico —a nivel internacional y con un enfoque interdisciplinar— sobre los métodos y el objeto de la ciencia del proceso penal que, si quiere progresar hacia una ciencia de la justicia penal, no puede continuar teniendo al margen problemas tan esenciales; y dicho debate, si se realizase, debería allanar el camino hacia una evolución de la legislación procesal cuya intervención no podría evitar extenderse a todas las dimensiones que componen y reflejan la complejidad del juicio criminal.

---

14 CARNELUTTI, F., "Cenerentola", *Riv. dir. proc.*, 1, 1946, p. 73 ss.

15 CARNELUTTI, F., "Torniamo al "giudizio"", *Riv. dir. proc.*, 3, 1949, p. 165 ss.

V. LA HIPOCRESÍA DE LA LEGALIDAD PROCESAL Y EL PROBLEMA DE LA NORMACIÓN SIMBÓLICA

Existe además otra clave 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 los fenómenos examinados, en una perspectiva diferente. Dicha perspectiva ha sido subrayada de forma muy eficaz en un interesante ensayo reciente de Marco Gradi, que, aunque trate la cuestión desde el punto de vista del derecho procesal civil[16], se revela, a mi juicio, iluminante también para identificar varias y complejas cuestiones que atañen a nuestra justicia penal. Se trata de la hipocresía del legislador procesal y, podríamos decir, del derecho procesal en sí mismo, cuya evolución parece reflejar un evidente carácter hipócrita.

En efecto, la misma etimología de este concepto fundamental —hoy usualmente asociado a comportamientos engañosos e incluso obscuros— 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»[17]— 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, 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

---

16 GRADI, M., "L'ipocrisia del legislatore processuale", en *Studi sulla legge processuale* (coord. BASILICO, G.), Roma, Ciampi editore., 2024, p. 89 ss.

17 KANT, I., *Critique of Judgment*, transl. by PLUHAR, W.S. (Orig. Ed. 1790). Hackett Publishing Company, Indianapolis/Cambridge, p. 294 ss.

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 CEDH que la jurisprudencia, aun proclamando en abstracto, termina desvitalizando en sus aplicaciones concretas[18].

Preocupaciones aún más graves suscitan 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 honestidad[19] en las reformas que conciernen a un sector tan delicado en cual entra en juego un entramado de principios y garantías constitucionales[20]. 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 capa-

---

18 Un caso emblemático fue el de la sent. 14 octubre de 1998, n. 361 con la Corte constitucional italiana invocó una significativa interpretación que llevó a debilitar el principio de contradicción aun reconociendo su carácter fundamental.

19 GRADI, M., "L'ipocrisia del legislatore processuale", *op. cit.*, p. 91.

20 NEGRI, D., "Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale", *Processo penale e giustizia,* 2, 2019, pp. 553 ss., (https://images.processopenaleegiustizia.it/f/articoli/607_articolo_z868w_ppg.pdf, consulta: 5/12/2025).

cidad 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.

VI. INTERLEGALIDAD, 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 y, por este trámite, la misma noción de ordenamiento jurídico en cuanto conjunto de normas y principios expresivos de valores validos dentro de un contexto histórico y espacial definido en su sentido más estricto. En efecto, en nuestra época de acentuada '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 interacciones que se realizan hoy entre sistemas jurídicos y, con ello, ha de definirse también la dialéctica entre legalidad y jurisdicción para encontrar métodos adecuados para afrontar los desafíos que nos plantean diariamente las sociedades contemporáneas.

En este marco se pueden inscribir las grandes mutaciones que se están produciendo en los modelos procesales y que están llevando a considerables convergencias, e incluso mutuas contaminaciones, entre los clásicos modelos acusatorio e inquisitorio, lo que nos permite observar 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, están 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 creciente complejidad de la justicia penal y plantean problemas y dificultades sin precedentes para la jurisdicción penal y el 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 desde una perspectiva diferente sobre

algunos entre los elementos primarios no tanto del derecho procesal sino más bien del derecho *Tout court*, como los conceptos de «decisión», «paridad de armas», «función jurisdiccional», y hasta «juicio», en materia penal constituyen una experiencia esencial e imprescindible para la realización de la experiencia jurídica y, por ende, del derecho.

VI. 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 protección de terceros —y, más en general, 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 era e 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*[21]. El mismo concepto de *confrontation* pone de relieve una relación bilateral en la cual el Tribunal europeo, a partir de esa sentencia, 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, y peritos[22].

---

21 TEDH, *Doorson c. Países Bajos, sent.15 de diciembre de 2015, ric. 9154/10.*

22 BALSAMO, A., LO PIPARO, A., "Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano", en *Giurisprudenza europea e processo penale italiano* (coord. BALSAMO, A., KOSTORIS, R.), Torino, Giappichelli, 2008, pp. 333 ss. Más recientemente, desde la específica perspectiva de la protección de terceros, vid. ORLANDO, C., "The Acknowledgment of a Statute of Procedural Guarantees of Third Parties in Criminal Proceedings in ECHR Law: The Contribution of the European Court of Human Rights", en *Third Parties in Criminal Proceedings. A Com-*

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; en efecto, el derecho de contradicción bien puede balancearse además con los derechos de personas que, en razón de su profesión o función, no pueden considerarse terceros particulares *(private third parties)*, como por ejemplo los oficiales de policía. La necesidad de conseguir un equilibrio entre los intereses en conflicto 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 y los avances que produjo en aras de un nuevo concepto de contradicción desde la perspectiva convencional[23], marcó un paso decisivo en la protección de víctimas y terceros[24]; 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

---

parative Law Study (coord. RUGGERI, S., FALCONE, A. y DI NUZZO, V.), Cham, Springer International Publishing, 2024, pp. 261 ss.

[23] VOGLER, R., "Criminal Evidence and Respect for Fair Trial Guarantees in the Dialogue Between the European Court of Human Rights and National Courts", en *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases* (coord. RUGGERI, S.), Heidelberg, Springer, 2014, pp. 181 ss.

[24] TEDH, Gran Cámara, *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, sent. 15 de diciembre de 2011, ric. 26766/05 y 22228/06.*

en *Schatschaschwili c. Alemania*[25], 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 contrastantes 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 y otros*[26] a *Roman Zakharov*[27]) evidencia la clara intención de extender en particular a las intervenciones de comunicaciones digitales

---

25 TEDH, Gran Cámara, *Schatschaschwili c. Alemania*, sent. 15 de diciembre de 2015, ric. 9154/10.

26 TEDH, *Iordachi y otros c. Moldavia, sent. 10 de febrero de 2009, ric. 25198/02.*

27 TEDH, Gran Cámara, *Roman Zakharov c. Rusia, sent. 4 de diciembre de 2015, ric. 47143/06.*

buena parte de las garantías reconocidas en la era de las comunicaciones analógicas en casos como *Kruslin c. Francia*[28], 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[29]; 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 interceptadas[30].

Así pues, 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 indiscriminada[31]. Por cierto, 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

---

28 TEDH, *Kruslin c. Francia, sent. 24 de abril de 1990, ric. 11801/85.*

29 TEDH, Gran Cámara, *Amann c. Suiza, sent. 16 de febrero de 2000, ric. 27798/95.*

30 TEDH, *Contrada c. Italia (n. 4), sent. 23 de mayo de 2024, ric. 2507/19.*

31 Sobre la importancia del principio de proporcionalidad en relación con el problema de la *bulk surveillance* vid. BACHMAIER WINTER, L., "Proportionality, surveillance and criminal investigation: Strasbourg Court facing Big Brother", en *The Principle of Proportionality in Crime Control and Criminal Justice* (coord. BILLIS, E., KNUST, N., RUI, J.P.), Oxford, Hart Publising, 2021, pp. 317 ss.

necesidad de superar la tradicional línea di división entre tales dos categorías al destacar que *«national legislation must allow third parties to appear as a party in the confiscation proceedings»*[32].

VI.2. 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; y no cabe duda de que 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 transfronterizos[33], 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

---

[32] TJUE, DR y TS, sent. 21 de octubre de 2021, C-845/19 y C-863/19.

[33] Ya reconocieron su relevancia hace casi veinte años VAN HOEK, A., LUCHTMANN, M., "The European Convention on Human Rights and Transnational Cooperation in Criminal Matters", en *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication (coord. VAN HOEK, A. et al.), Cambrdige, Intersentia, 2006, pp. 25 ss.*

como *Soering c. Reino Unido*[34] y *Drozd & Janousek c. Francia y España*[35] pasando por pronunciamiento como *Ilaşcu and Others c. Moldavia y Rusia*[36], 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 ComEDH ya había abogado por un enfoque similar en la decisión *X., Y. y Z. c. Austria del año 1973, al requerir una interpretación sistemática del CEDH a la luz del Convenio de Asistencia Judicial de 1959*[37]. 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*[38]. 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 cómo *Zhukovskiy c. Ucraina*[39] y *Damir Sibgatullin c. Rusia*[40], 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*[41], la relación entre derecho UE y ordenamientos nacionales (siempre y cuando, por las razones mencionadas, se puedan concebir como entidades autónomas) sigue siendo bastante magmática.

---

34 TEDH, *Soering c. Reino Unido, sent. 7 de julio de 1989, ric. 14038/88.*

35 TEDH, *Drozd & Janousek c. Francia y España, sent. 26 de junio de 1992, ric. 12747/87.*

36 TEDH, *Ilaşcu and Others c. Moldavia y Rusia, sent. 8 de julio de 2004, ric. 48787/99.*

37 ComEDH, *X., Y. y Z. c. Austria, dec. 5 de febrero de 1973, ric. 5049/71.*

38 TEDH, *A.M. c. Italia*, sent. 14 de diciembre de 1999, ric. 37019/97.

39 TEDH, *Zhukovskiy c. Ucraina, sent. 3 de marzo de 2011, ric. 31240/03.*

40 TEDH, *Damir Sibgatullin c. Rusia, sent. 12 de abril de 2012, ric. 1413/05.*

41 TJUE, *Melloni c. Ministerio fiscal, sent.* 26 de febrero de 2013, C 399/11.

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 del 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 acarrean 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 pueda 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[42].

VII. 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 las 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)

---

42 WAHL, T., "Regulation on the Transfer of Criminal Proceedings", en *Eucrim*, 4, 2024, https://eucrim.eu/news/regulation-on-the-transfer-of-criminal-proceedings-published/. Para algunas observaciones críticas sobre la propuesta de Reglamento de 2023 por parte del ECBA vid. https://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/Osservatorio%20Europa/2024-03-05_ECBA—CoP_final_ITA.pdf.

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 criminal[43].

---

[43] Sobre la dimensión humana del juicio vid., desde una perspectiva ius-filosófica, LO GIUDICE, A., *El drama del juicio, op. cit.*

La justicia baluarte y la justicia asediada en la España del siglo XXI

MANUEL RICHARD GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra

INDICE: I. INTRODUCCIÓN: JUSTICIA Y PROBLEMAS DEL SISTEMA JUDICIAL EN EL MARCO DEL ESTADO MODERNO. II. ¿JURISDICCIÓN O JUSTICIA? ¿PODER DEL ESTADO O SERVICIO PÚBLICO? ¿DE QUIÉN ES LA JUSTICIA?.III. ¿CABE EXIGIR DE UNA SOCIEDAD QUE SEA ALGUNA OTRA COSA ANTES QUE JUSTA?IV. ¿QUÉ PIENSAN LOS CIUDADANOS DE LA JUSTICIA? VI. LA JUSTICIA BALUARTE Y LA JUSTICIA ASEDIADA. EL USO DE LA JUSTICIA COMO ARIETE POLÍTICO. VII. LA AMENAZA AL SISTEMA DE JUSTICIA DESDE LA IDEOLOGÍA Y EL INTERÉS POLÍTICO. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: JUSTICIA Y PROBLEMAS DEL SISTEMA JUDICIAL EN EL MARCO DEL ESTADO MODERNO

El presente trabajo se aportó al Congreso titulado: «repensando la jurisdicción» en el que se trataban 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 basan 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 abejas[1]. 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 percibido por ciudadanos como un valor supremo del sistema social regido por la verdad. Los ciudadanos no creen que el sistema de justicia sirva justicia. Ello no impide que se acepte su obligatoriedad 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 poder político, 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. Vea-

---

[1] 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, consulta: 5/12/2025).
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; consulta: 5/12/2025).

mos, 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 científicos propios de la práctica de la medicina, pero con un reconocimiento de los derechos del paciente[2]. Así el paciente, 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 Justicia[3]. 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 judi-

---

[2] 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).

[3] 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/-/presenta-tus-quejas-y-sugerencias-de-la-sede-judicial-electronica; consulta: 5/12/2025). 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/; consulta: 5/12/2025).

cial para reparar el daño[4]. 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 son[5].

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 que beneficie a todos en la sociedad»*[6]. De acuerdo. Una cosa es escribir una serie

---

4 Representativa de ello es naturalmente «*Der Prozess*». *KAFKA F., El proceso, obras completas, ed. Teorema, 1983, Barcelona. Págs. 471 y ss.*

5 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.

6 : *«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; consulta: 5/12/2025).
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 offen-*

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 de España 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 veces[7]. 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, si se pincha en la pestaña servicio público de justicia no 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 directo al ciudadano. Aquí puede ser que, como sucede en la obra de ORWELL, el ministerio de Justicia no sea en realidad tal, sino algo ligeramente distinto[8].

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

---

ders 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*».

7 (https://www.mpr.gob.es/Paginas/index.aspx.; consulta: 5/12/2025).

8 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/; consulta: 5/12/2025).

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»*[9]. Es decir, aquel: *«que puede o debe someterse a la acción de los tribunales de justicia»*[10]. 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 español jurídico se define el concepto desde un punto de vista de la finalidad y resultado esperado por el ciudadano[11].

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. Pero, aunque tal vez la Justicia para todos sea un imposible, 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 controversias? 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 inje-

---

9 Diccionario panhispánico del español jurídico. (https://dpej.rae.es/lema/justiciable; consulta: 5/12/2025).

10 Diccionario de la Lengua Española. (https://dle.rae.es/justiciable; consulta: 5/12/2025).

11 *«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; consulta: 5/12/2025).

rencias 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 víctimas 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, el sistema judicial está empeñado en la lucha contra la corrupción política que ocupa el tiempo y esfuerzo de los Jueces de instrucción. Estos asuntos también condicionan el desarrollo legal y la política de nombramientos en las altas instancias judiciales 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 regulación legal, sino de atender a los temas apuntados sin apriorismos ni influencia proveniente del sistema jurídico vigente. El objeto de este trabajo, desde ese punto de vista, consiste 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 futuro[12].

---

[12] 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. A brief 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.

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. ORTEGA 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»*[13]. Aquí cuando ORTEGA se refiere a persona debe entenderse comunidad política. En cualquier caso, ORTEGA ha sido superado por le 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 podemos utilizar, 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

---

[13] ORTEGA Y GASSET, J., La España invertebrada. Bosquejo de algunos pensamientos históricos, Ed. Calpe. Madrid 1921, pág. 155-156.

protocolos complementarios que establecen el marco jurídico general de los derechos del hombre[14]. En su conjunto los instrumentos de Naciones Unidas reconocen el derecho al acceso al sistema de justicia y a un juicio justo[15].

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 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 jurisdiccional[16]. Es desde ese punto de vista que tanto desde el Derecho constitucional como el procesal que la Jurisdicción se ha utilizado como el concepto clave al que se ha supeditado el concepto justicia[17]. Así, lo justo sería lo legal. Y los derechos de los ciudadanos en ese ámbito se limitarían 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 planteado se halla en el hecho que la jurisdicción es un concepto técnico-jurídico ajeno a los derechos, intereses y preocupaciones de los ciudadanos. Así la jurisdicción es un atributo del estado que se

---

14 (https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CoreInternationalHumanRightsTreaties_sp.pdf; consulta: 5/12/2025).

15 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.

16 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.

17 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 .

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 relativo[18]. 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 objetivas[19]. Las teorías subjetivas, centran el objeto y finalidad de la jurisdicción en la tutela de los derechos subjetivos[20]. 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 obje-

---

18 CALAMANDREI, Instituciones de Derecho Procesal civil, según el nuevo Código, edic. op. cit. pág 23.

19 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,

20 Este es, al menos, el parecer de, SERRA DOMINGUEZ, en Jurisdicción. Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona 1969, pág. 22 y ss..

tivo. 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 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»*[21].

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 CE). 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 que 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. También, por supuesto, en los tribunales de

---

[21] CALAMANDREI, Instituciones de Derecho Procesal civil, según el nuevo Código, edic. op. cit., pág 57.

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 incluya 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, ¿por qué 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 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»[22]. 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

---

[22] GIMENO SENDRA, Fundamentos del Derecho Procesal, Madrid 1981, pág. 33.

quién esté investido de lo que desde los tiempos del Derecho Romano ha venido conociéndose como «*auctoritas*» (saber o verdad socialmente reconocida, según D›Ors[23]). 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 emana[24].

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?»[25]. 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.

---

23 D'ORS. Una introducción al estudio del Derecho, Pamplona 1963, pág. 50.

24 CARRERAS, Las fronteras del juez, en Estudios de Derecho Procesal (con FENECH), Barcelona 1962, pág. 113.

25 ORTEGA Y GASSET, J., La España invertebrada. *op. cit., pág. 127.*

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, 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 pretendidos[26]

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

---

[26] 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; consulta: 5/12/2025).
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; consulta: 5/12/2025).

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 contestan[27]. 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 mal[28]. 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 mal[29]. Como se ha dicho en el análisis de 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.

---

27 Estudio nº 3290 del CIS de julio de 2020 de Opinión pública y politíca fiscal, pág. 4.
(https://www.cis.es/documents/d/cis/es3290marpdf; consulta: 5/12/2025).

28 Estudio nº 3374 del CIS de julio de 2022 de Opinión pública y politíca fiscal, pág. 4.
(https://www.cis.es/documents/d/cis/es3374marpdf; consulta: 5/12/2025).

29 Estudio nº 3469 del CIS de julio de 2024 de Opinión pública y politíca fiscal, pág. 4. (https://www.cis.es/documents/d/cis/es3469mar-pdf; consulta: 5/12/2025).

El CGPJ también ha publicado en los último años dos estudios sobre la Justicia y su percepción entre los ciudadanos. El primero titulado: «los españoles y la justicia» de 2021[30]. El segundo con el título: «La imagen de la Justicia entre usuarios de sus servicios» de febrero 2023[31]. 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

---

30 (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; consulta: 5/12/2025).

31 (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-; consulta: 5/12/2025).

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 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 defienda 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 (al momento de publicar este trabajo ha sido condenado por revelación de secretos).

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 lamentables 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 interpretar[32]. Sin embargo, sí que hay un dato que se 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)[33]. 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 causas[34]. 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 185[35]. 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

---

32 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. (https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/Informacion—general/; consulta: 5/12/2025).

33 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.

34 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; consulta: 5/12/2025).

35 (https://www.europapress.es/nacional/noticia-jueces-enviaron-juicio-108-personas-corrupcion-2024-77-menos-ano-anterior-20250404124446.html; consulta: 5/12/2025).

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 informes[36]. Entre ellas son de nuestro interés las que afectan, específicamente, a la Justicia.

---

[36] 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 él informe de 2013 respecto a la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales.
(https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ca049; consulta: 5/12/2025). 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; consulta: 5/12/2025).
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; consulta: 5/12/2025).
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 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.

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 respecto[37]. 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 trasparencia 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 superiores[38]. 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 parciales[39].

(https://rm.coe.int/grecorc5-2023-8-final-eng-2nd-compliance-report-spain-public/1680b547d8; consulta: 5/12/2025).

37 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.

38 «*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/grecorc4-2024-10-final-eng-2nd-add-to-the-2nd-compliance-report-spain-/1680b5482c; consulta: 5/12/2025).

39 GRECO, Fourth evaluation round. Ob. Cit. pág. 5.

VI. LA AMENAZA AL SISTEMA DE JUSTICIA 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. No se trata aquí de la simple critica de determinadas resoluciones judiciales, sino del ataque a los jueces y al desempeño de su trabajo. 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 blinda con leyes «*ad hoc» que de numerosas formas intenta limitar y controlar la acción de la Justicia*[40]. Ciertamente, el 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

---

[40] 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 señalo 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 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; consulta: 5/12/2025).

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. El TSJ de Cataluña con base en su potestad revisora de 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 ajustaba 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). La 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 inocencia[41]. El criterio del TSJ de Cataluña se fundamen-

---

[41] «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.5º "(...) Cabe recordar que cuando de lo que se trata es de

ta 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,

---

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 concluyentes. La segunda hipótesis, la defensiva, no. (...)» (STSJ Cataluña 109/2025 de 28 de marzo de 2025. Fundamento de Derecho 6.10.2).

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. El problema se halla en la presión social ejercida 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.

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 Alves …/… 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…»*[42]. Claro, lo cierto es que no existe ninguna situación vergonzante, al menos por parte del TSJ de Cataluña, que debe naturalmente cuestionar 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

---

[42] Las declaraciones de la Sra. Montero fueron las siguientes: «…. *Qué vergüenza la sentencia de Dani Alvés, 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; consulta: 5/12/2025).

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 declaraciones[43]. 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 Cataluña[44]. 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[45].

---

43 https://www.vozpopuli.com/tribunales/cuatro-asociaciones-jueces-contra-montero-por-negar-presuncion-inocencia-alves.html; consulta: 5/12/2025).

44 *«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-; consulta: 5/12/2025).

45 Cierto 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 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*

Resulta muy difícil entender el porqué de 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» d*eterminada 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.

---

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» (https://www.youtube.com/shorts/qQ4kV-C5kII; consulta: 5/12/2025). Véase también: (https://www.elconfidencial.com/espana/2025-04-01/montero-pide-disculpas-palabras-inocencia-alves_4099701/; consulta: 5/12/2025).

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 dónde se incide especialmente en la existencia de consentimiento para actos de naturaleza sexual[46]. Nada que decir al respecto. El problema consiste cuando se debe examinar sí 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 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

---

46 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.

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, la prueba se reducirá, probablemente, 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 complementarias[47].

---

47 (https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000765204/; consulta: 5/12/2025).

Y en 2021 la LOI n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l›institution judiciaire[48]. Se trata de dos normas cuyo objeto directo es la 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)[49]. 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 judicial[50]. Sin embargo, nos tenemos que conformar con la declaración

---

48 (https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044545992; consulta: 5/12/2025).

49 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.

50 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.

de la presidenta del Tribunal Supremo que en un acto con futuros jueces les solicitó que exijan respeto frente a sus decisiones[51]. 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.

VII. CONCLUSIONES

La Justicia está asediada, pero sigue siendo el baluarte que protege el derecho democrático frente a posiciones interesadas que desde la ideología partidista y, principalmente, desde la búsqueda del poder político y social no dudan en menoscabar el sistema de Justicia. Muchas veces para amparar los escandalosos casos de corrupción que se suceden en España. Ciertamente, y con carácter 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. Sin embargo, no cabe ninguna duda del valor como elemento esencial de la democracia que tiene el sistema de Justicia en el que reside, en gran medida, la posibilidad real de hacer efectiva una democracia real en la que los ciudadanos pueda confiar como garante de sus derechos.

(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; consulta: 5/12/2025).

51 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; consulta: 5/12/2025).

SEGUNDA PARTE.

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS TRIBUNALES

La independencia judicial como pilar del Estado de Derecho: Análisis en el marco de la UE y perspectiva de España [1]

ÁGATA MARÍA SANZ HERMIDA

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Castilla La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL EUROPEA PARA LA GARANTÍA Y EL SEGUIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO. II.1. El dilema de Copenhague y la necesidad de una arquitectura institucional sólida. II.2. Instrumentos de respuesta ante vulneraciones del Estado de Derecho. II.3. Instrumentos de prevención y de diálogo estructurado. III. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL COMO PILAR DEL ESTADO DE DERECHO. III.1. La independencia judicial como garantía estructural en la UE: su delimitación por el TJUE. III.2. La evaluación de los sistemas judiciales en los Informes sobre el estado de Derecho: europeo sobre el sistema judicial español. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

La integración europea no se sustenta exclusivamente en una arquitectura económica o mercantil sino, fundamentalmente, en una comunidad de valores, como aparece claramente proclamado en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea —en adelante, TUE— donde señala que la UE se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, valores que, además, son comunes a los Estados miembros. Se trata de una cuestión constitucional y normativa en la que, como señala MARTÍN Y PÉREZ

[1] 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.

DE NANCLARES, la democracia y el Estado de Derecho son sus elementos nucleares y gozan de carácter normativo y justiciable[2].

La importancia de tales valores es tal que constituyen una exigencia para la adhesión, el compromiso de promoverlos (art. 49.1 TUE) —integra el acervo de los denominados «criterios de Copenhague», es decir, ese conjunto de *condiciones políticas, económicas y jurídicas que debe cumplir un país para poder adherirse a la UE*[3]— *y*, además, estos criterios se han consolidado hoy como condiciones permanentes de pertenencia. En consecuencia, el respeto al Estado de Derecho no es solo una exigencia para entrar, sino una responsabilidad para permanecer, una exigencia verificable, evaluable y, en su caso, sancionable. En este contexto y para asegurar el respeto del Estado de Derecho, la UE dispone de diversos mecanismos de supervisión, prevención y sanción que buscan frenar y corregir los ataques al Estado de Derecho. Entre los mismos, como se expondrá, ocupa un lugar destacado la labor de interpretación del TJUE —muy especialmente en la resolución de los recursos por incumplimiento y de las cuestiones prejudiciales—, al establecer criterios interpretativos que permiten evaluar, desarrollar e imponer límites claros a las prácticas nacionales que vulneran el Estado de Derecho. Junto a ellos y sin perjuicio de otros instrumentos, revisten también un singular valor los informes de la Comisión sobre el Estado de Derecho, mecanismo de supervisión ya consolidado dentro del marco institucional europeo que se puso en marcha por primera vez el 30 de septiembre de 2020[4] y cuya finalidad es ofrecer un diagnóstico riguroso y periódico

---

2 MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho", en *Teoría y Realidad Constitucional, 2019, núm. 43, pp. 121-159, esp. p. 129.*

3 "La adhesión requiere que el país candidato haya alcanzado una estabilidad de instituciones que garantice la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías, la existencia de una economía de mercado en funcionamiento, así como la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas del mercado dentro de la Unión. La adhesión presupone la capacidad del candidato de asumir las obligaciones de adhesión, incluida la observancia de los fines de la Unión Política, Económica y Monetaria"

4 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

sobre la *columna vertebral de toda democracia moderna*[5], el Estado de Derecho, detectar los problemas que pueden poner en peligro su estabilidad y, con ella, la solidez de la integración europea.

En el examen sobre la situación del Estado de Derecho, la justicia y, muy particularmente, la independencia judicial adquiere una relevancia capital. Esto es así, porque, por un lado, el art. 19 del TUE garantiza la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión; tutela que, por otro lado, aparece consagrada y reforzada en el art. 47 CDFUE y exige que los órganos jurisdiccionales encargados de darle efectividad cumplan con una serie de garantías, entre ellas, su independencia[6]. La interrelación entre el Estado de Derecho, la independencia judicial y el derecho a la tutela judicial efectiva constituye precisamente uno de los ejes vertebradores del sistema jurídico de la Unión Europea (UE). Estos tres elementos no solo están jurídicamente interconectados, sino que conforman un entramado normativo y axiológico esencial para la legitimidad democrática del ordenamiento comunitario y para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los justiciables, cuyo contenido ha sido desgranado progresivamente por la jurisprudencia del TJUE.

Para comprender en profundidad la relevancia del análisis de la independencia judicial y su impacto sobre el Estado de Derecho en el presente trabajo se abordarán tres cuestiones fundamentales que se entrelazan en el contexto europeo actual: el Estado de Derecho como valor fundacional de la Unión Europea, analizando su importancia estructural y los instrumentos jurídicos y políticos creados para su garantía; la relación entre el Estado de Derecho y la independencia judicial, subrayando cómo esta última constituye una condición imprescindible para la tutela judicial efectiva y el buen funcionamiento de las democracias europeas; y, finalmente, el diagnóstico específico de España en los informes que la Comisión Europea viene realizando sobre el Estado de Derecho desde 2020. Estos tres ejes permiten comprender tanto el

---

5 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.

6 Cfr. a este respecto la STJUE (Gran Sala), de 27 de febrero de 2018, asunto C64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, apdos. 35 y ss, (ECLI:EU:C:2018:117) y jurisprudencia citada.

marco general como las fortalezas y debilidades del caso español en el contexto europeo.

II. LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL EUROPEA PARA LA GARANTÍA Y EL SEGUIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

II.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 TJUE[7]. Estos valores deben concretarse en una sociedad plura-

---

[7] 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 T340/14 (ECLI:EU:T:2016:496) o STJUE

lista, 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 asegure[8].

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 funciones[9]. 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.

(Gran Sala), de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses contra Tribunal de Contas, (Asunto C-64/16) (ECLI:EU:C:2018:117), entre otras. El listado de criterios de la Comisión Europea para la democracia y el derecho (Comisión de Venecia) aparece ampliamente desarrollado en "Criterios de verificación del Estado de Derecho", de 18 de marzo de 2016, CDL-AD(2016)007), actualmente en proceso de revisión

8 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 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.*

9 Nuestra Constitución, en una formulación amplia, ha postulado la expresión "Estado social y democrático de Derecho".

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) [10] 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»[11]. 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 so-

---

10 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 C402/05 P y C-415/05 P, apdo 316(ECLI:EU:C:2008:461).

11 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.

ciedad civil, fueran alertando sobre la tibieza y la lentitud[12] 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.

En concreto se advertía que, mientras que el cumplimiento de los denominados «criterios de Copenhague[13] 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. Esta paradoja —acuñada como el «dilema de Copenhague»[14]— evidenciaba la asimetría entre las exigencias de acceso y las garantías internas

---

12 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 en la UE: retrocesos democráticos y del estado de derecho y «dilema de Copenague»" en Teoría y realidad constitucional, 2016, n. 38, pp. 101-142, esp. p. 103.*

13 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) (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:accession_criteria_copenhague; consulta: 5/12/2025).

14 "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*

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. Junto a ello, en un contexto de erosión generalizada de la democracia[15] 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 ido desplegando 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 sólida[16]. 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. No obstante, de todas ellas vamos a destacar, como se ha anticipado, particularmente en dos, si bien con distintos efectos y alcance: por un lado, en el informe del Estado de Derecho —como mecanismo de evaluación y detección de problemas, así como instrumento de recomendaciones—; de otro, por su importante repercusión práctica, en la labor desarrollada por el TJUE —la defensa

---

15 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.*

16 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.

judicial del Estado de Derecho[17] a través de la resolución de cuestiones prejudiciales y recursos por incumplimiento.

II.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 frente a violaciones graves de los valores comunes, incluido pues el Estado de Derecho[18]. 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 global[19] es conocido como el botón o la opción nuclear[20]. El mecanismo preventivo (fase de «baja intensidad») tiene por finalidad constatar la existencia de un «riesgo claro de violación

---

17 A este respecto, cfr. MARTÍN RODRÍGUEZ, P., "Los dilemas actuales del Estado de derecho en la Unión Europea", *en Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2025, 81, pp. 11-37, esp. pp. 12 y ss.*

18 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]*

19 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]*

20 LÓPEZ AGUILAR, J.F. "El caso de Polonia…", *op. cit., p. 132.*

grave»[21] en algún E.M. (art. 7.1 TUE)[22]. 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»[23], 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

---

21 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]*.

22 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, constate 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)]

23 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]*.

violación grave y persistente (art. 7.2 TUE)[24]; 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 previsto en el artículo 7 del TUE se encuentra severamente restringida debido a los elevados umbrales de apoyo exigidos para su aplicación.

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 TJUE[25]. 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 observancia[26]. Se trata, pues, de un mecanismo para la exacción de la res-

---

24 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.

25 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*

26 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

ponsabilidad del Estado aplicable, entre otras posibilidades, al incumplimiento de normas de derecho originario (tratados constitutivos, CDFUE) o de los principios generales de la UE[27].

Pero también cabe 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)[28].

Más allá de su función en los procedimientos por incumplimiento, en los que el TJUE 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, el TJUE ha desempeñado un papel crucial en la consolidación del contenido y alcance de garantías esenciales del Estado de Derecho —entre ellas, la independencia judicial— a través de su jurisprudencia en el marco de las cuestiones prejudiciales. Aunque en estos procedimientos su inter-

---

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".

27 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., "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*

28 BACIGALUPO SAGESSE/FUENTETAJA PASTOR, "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).)*

vención se limita formalmente a asistir al órgano jurisdiccional nacional en la resolución de un litigio concreto[29], en la práctica el TJUE ha aprovechado esta vía para establecer estándares interpretativos vinculantes que delimitan el concepto de independencia judicial, fortalecen su protección y actúan como barrera frente a prácticas nacionales que puedan comprometerla. Esta labor ha sido especialmente relevante en contextos de regresión democrática, donde las cuestiones prejudiciales han permitido al Tribunal intervenir de forma indirecta pero efectiva, reafirmando los principios fundamentales de la Unión y contribuyendo a la construcción de una identidad constitucional europea basada en el respeto al Estado de Derecho.

Por otra parte, en marzo de 2014, la Comisión Europea adoptó un nuevo *Marco para afrontar las amenazas sistémicas al Estado de Derecho*[30] 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 recomendación[31]. Se trata, en realidad, de un instrumento que pretende dar una respuesta temprana a las amenazas frente al Estado de Derecho.

---

29 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, Reppublika e Il-Prim Ministru, , C 896/19 , ECLI:EU:C:2021:311)

30 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]*

31 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]*

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 UE[32] 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 directo[33]. Este mecanismo fue objeto de dos recursos de anulación, planteados por Hungría y Polonia —asuntos C-156/21y 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»[34]. En todo caso, este tipo de medidas contribuyen a reforzar la independencia ju-

---

32 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

33 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 U (https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2024-03/SR-2024-03_ES.pdf; consulta: 5/12/2025).

34 STJUE (Pleno), Hungría contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, asunto C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, apdo. 165.

dicial y mejorar la eficiencia del sistema de justicia, como condición indispensable para una gestión financiera sólida y la protección de sus intereses económicos.

II.3. Mecanismos de prevención y de diálogo estructurado

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 complementarias[35] destacan el *cuadro de indicadores de la justicia en la UE (Justice Scoreboard)*[36], el *semestre europeo*[37], el *mecanismo de cooperación y veri-*

---

35 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 el 30 de noviembre de 2015 y que fue retirada por entender que la vía escogida no era adecuada a la finalidad perseguida, ya que se instaba a la Comisión Europea, con relación a la situación en Hungría, a activar el artículo 7 del TUE, a fin de preservar los valores europeos definidos en el artículo 2 del TUE *(*https://citizens-initiative.europa.eu/news/commission-registers-european-citizens-initiative-eu-fundamental-values-hungary_es; consulta: 5/12/2025)

36 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 (https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en#assessingnationaljusticesystems; consulta: 5/12/2025)

37 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.

ficación[38], el *servicio de apoyo a las reformas estructurales*[39], el diálogo anual del Consejo sobre el Estado de Derecho, el instrumento financiero *Next Generation EU*[40] o, sin ánimo de exhaustividad, las medidas de acción positiva[41].

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 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 pre-

---

38 Cfr. (https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/assistance-bulgaria-and-romania-under-cvm/reports-progress-bulgaria-and-romania_en; consulta: 5/12/2025).

39 (https://commission.europa.eu/about/departments-and-executive-agencies/structural-reform-support_es; consulta: 5/12/2025)

40 Se trata de un plan de recuperación para Europa de las consecuencias económicas y sociales de la COVID

41 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.* https://commission.europa.eu/funding-tenders/find-funding/eu-funding-programmes/citizens-equality-rights-and-values-programme/citizens-equality-rights-and-values-programme-overview_es; consulta: 5/12/2025)

ventivos 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 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. Sin embargo, estas acciones, aunque necesarias y valiosas, no logran erradicar por completo los riesgos ni evitar ciertos retrocesos del Estado de Derecho en algunos Estados miembros.

III. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL COMO PILAR DEL ESTADO DE DERECHO

III.1. La independencia judicial como garantía estructural en la UE: su delimitación desde la jurisprudencia del TJUE

La independencia judicial representa un elemento esencial, la piedra angular[42] 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 Euro-

---

42 En expresión de PAZ SÁENZ DE SANTAMARIA, en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.. "Rule of Law and Judicial Independence in the Light of CJEU and ECtHR Case Law", en IZQUIERDO-SANS, C., MARTÍNEZ-CAPDEVILA, C., NOGUEIRA-GUASTAVINO, M. (eds) *Fundamental Rights Challenges. Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation*, Springer, 2021, pp. 167-187.

pea (CDFUE). No se trata únicamente de uno de los valores del Estado de Derecho, una garantía institucional, sino de un requisito indispensable para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 19.1 TUE y 47 CDFUE, elemento inherente al Estado de Derecho y también garantía del derecho a un proceso equitativo[43]. Se trata, como señala BUSTOS GISBERT, de un concepto autónomo, vivo, estrechamente vinculado con el fortalecimiento del discurso constitucional europeo, prerrequisito esencial para la integración europea, patrón que permite introducir para su valoración el impacto que provocan las deficiencias estructurales o sistémicas, así como los problemas puntuales relativos a esta garantía[44].

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[45]. A este respecto, el TJUE ha emprendido en los últimos años un revolucionario camino[46], del que es muestra representativa su decisión en el asunto Associação Sindical dos Juízes Portugueses, y que se ha ido consolidando y perfeccionando en otras importantes decisiones en asuntos como A.K. y otros[47], Republika[48], Asociaţia 'Forumul Judecătorilor Din România'[49], Commission v Poland (Disciplinary Regime of Judges)[50], Hungría contra el Parlamento

---

43 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)

44 BUSTOS GISBERT, R., "Judicial Independence …", *op. cit., pp. 592-602.*

45 Sobre la evolucion de la jurisprudencia del TJUE cfr. SIGNES DE MESA, J.I., "Estado de Derecho e independencia judicial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE", en El cronista del Estado social y democrático de Derecho, n. 117-118, pp. 268-273.

46 IGLESIAS SÁNCHEZ, S., "La independencia judicial como principio constitucional en la UE: los límites del control por el Tribunal de Justicia de la UE", UNED, *Teoría y Realidad Constitucional, núm. 50, 2022, pp. 487-516, esp. p. 489.*

47 STJUE, de 19 de noviembre de 2019, asuntos, C 585/18, C 624/18 y C 625/18, ECLI:EU:C:2019:982.

48 STJUE (Gran Sala), de 20 de abril de 2021, asunto C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311.

49 STJUE (Gran Sala), de 18 de mayo de 2021, Asuntos acumulados C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19, ECLI:EU:C:2021:393.

50 STJUE de 15 de julio de 2021, C791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

Europeo y el Consejo de la UE[51], por poner algunos ejemplos, que enfatiza 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[52], conforme a las exigencias del Estado de Derecho establecidas en el artículo 2 del TUE, a la vez que se reconoce el derecho de los jueces a su propia independencia[53]. 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 carácter[54]. 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 las exigencias del derecho a la tutela judicial, lo que significa «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»[55]

---

51 STJUE de 16 de febrero de 2022, asunto C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97.

52 Sobre estos aspectos con más profundidad cfr. IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La independencia judicial ante el Tribunal de Justicia de la UE, Cizur Menor, Aranzadi, 2024.*

53 Señala BUSTOS GISBERT que para definir esta nueva dimensión de la independencia, los tribunales europeos han recurrido a tres líneas argumentativas: (1) La garantía institucional del derecho a un tribunal independiente establecido por ley; (2) el control judicial de cualquier decisión relacionada con el estatuto de la judicatura; y (3) la obligación de tener en cuenta la "independencia judicial" al evaluar el conjunto de derechos de los ciudadanos que, además de ser ciudadanos, son jueces. BUSTOS GISBERT, R., "Judicial Independence …", *op. cit., p. 613.*

54 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.*

55 SsTJUE, de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, apdo. 23, ECLI:EU:C:1997:413 (con remisión a las SsTJUE de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65; de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò/X, 14/86, apartado 7; de

y, además, el proceso ante este órgano debe concluir «con resoluciones de naturaleza jurisdiccional»[56]. En este contexto, 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 inherente a la misión de juzgar[57] que opera respecto a la estructura y conformación del órgano jurisdiccional, siendo obligación de los Estados garantizar no solo su apariencia formal, sino también y de manera más importante, su efectiva realización en la práctica. De ahí que el TJUE haya subrayado, en importantes decisiones como la de la Associação Sindical dos Juízes Portugueses, 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.

La independencia supone, por ello, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones 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

---

17 de octubre de 1989, Danfoss, 109/88, apartados 7 y 8; de 27 de abril de 1994, Almelo y otros, C-393/92, ; y de 19 de octubre de 1995, Job Centre, C-111/94).

56 ATJUE (Sala Quinta), de 24 de marzo de 2011, Dan Bengtsson, C-344/09,apdo18, ECLI:EU:C:2011:174; SsTJUE de 17 de julio de 2014, Angelo Alberto Torresi y Pierfrancesco Torresi, C-58/13 y 59/13 apdo. 17, ECLI:EU:C:2014:2088; de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, apdo. 17, ECLI:EU:C:2015:664; de 16 de febrero de 2017, Ramón Margarit Panicello, C-503/15, apdo. 27, ECLI:EU:C:2017:126.

57 SsTJUE, de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587, apdo 49; de 14 de junio de 2017, Online Games y otros, C-685/15, ECLI:EU:C:2017:452, apdo. 60; y de 13 de diciembre de 2017, El Hassani, C-403/16, ECLI:EU:C:2017:960, apartado 40.

procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones[58]. Así pues, exige que el ordenamiento establezca un marco jurídico tal que garantice la separación de los poderes del Estado, sin que los jueces queden vinculados a órdenes o mandatos del Legislativo o del Ejecutivo[59] 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 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 recurso[60]. A ello se une, una tercera faceta de esta poliédrica garantía, como elemento integrante de los derechos y obligaciones inherentes al estatuto del juez, es decir, como derecho de los jueces a su propia independencia[61].

A la independencia judicial contribuyen garantías como la inamovilidad[62], junto con la percepción de un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen, si bien no constituyen una injerencia en la independencia las medidas de reducción salarial cuando se producen en un contexto generalizado y excepcio-

---

58 Cfr. entre otras, SsTJUE de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587, apdo 51; de 16 de febrero de 2017, Margarit Panicello, C-503/15, ECLI:EU:C:2017:126, apdo 37 y jurisprudencia citada.

59 Cfr. STJUE de 22 de febrero de 2022, RS (Efectos de las sentencias de un tribunal constitucional), asunto C430/21, ECLI:EU:C:2022:99, aPdo 42 y jurisprudencia citada.

60 Sobre estos aspectos, me remito a trabajos previos como SANZ HERMIDA, Á.M., "Título VI. Justicia", en LÓPEZ CASTILLO (dir.)., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Quince años de jurisprudencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 1861 y ss.*

61 BUSTOS GISBERT, R., "Judicial Independence in European Constitutional Law", en *European Constitutional Law Review, 2022, n. 18, pp. 591–620, esp. p. 591.*

62 STJUE, de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C506/04, ECLI:EU:C:2006:587, apdo 51.

nal[63]. También exige 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[64], lo que supone 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 arts. 47 y 48 de la Carta, especialmente el derecho de 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[65].

Como manifestación del Estado de Derecho es esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial, uno de los elementos sobre el que se asienta el ELSJ[66], así como para asegurar la protección del presupuesto de la Unión y de sus intereses financieros[67], resaltando la

---

63 Como lo que sucedió con las medidas de bajada salarial de los miembros el Tribunal de Cuentas en Portugal. En ese caso, los recortes afectaron a múltiples cargos públicos -incluidos los del poder judicial- y respondieron a exigencias presupuestarias derivadas de un programa de ayuda financiera de la Unión Europea STJUE de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, aps. 46-48.

64 El TJUE ha recordado este principio en casos relacionados con la sala disciplinaria del Tribunal Supremo de Polonia, en la STJUE (Gran Sala), de 5 de junio de 2023, Comisión contra Polonia, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442; así como, con la Inspección Judicial de Rumanía, SsTJUE de 11 de mayo de 2023, C-817/21, Inspecţia Judiciară, ECLI:EU:C:2023:55; de 18 de mayo de 2021, C-83/19, Asociaţia 'Forumul Judecătorilor din România' ECLI:EU:C:2021:393)

65 STJUE de 25 de julio de 2018, LM, apdo. 67.

66 STJUE, de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C64/16, 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. Para un estudio en profundidad de esta relación, cfr. VIDAL FERNÁNDEZ, B., "Independencia judicial y proceso penal europeo: el derecho a un juez independiente y su incidencia en el espacio de libertad, seguridad y justicia", *Revista de Estudios Europeos, 2025, n. 85, pp. 221-252, passim.*

67 En la ya referida STJUE 16 de febrero de 2022 (Asuntos 156/21 y 157/21).

relación existente entre este valor fundamental y la identidad misma de la Unión como un sistema jurídico común[68].

Por su parte, 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 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 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[69] y cubre, por su parte, dos aspectos. En primer lugar, el tribunal debe ser subjetivamente imparcial, de modo 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, es decir, debe ofrecer suficientes garantías para excluir cualquier duda razonable al respecto[70].

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. A este respecto ha matizado el TJUE que, si bien corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia, en particular el establecimiento, la composición, las competencias y el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales nacionales, no es menos cierto que, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les imponen el Derecho de la Unión, y, en particular, el artículo 19 TUE[71].

---

68 LENAERTS, K. , "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo, 72, 2022, 351ˆ368*

69 SsTJUE de 19 de septiembre de 2006, Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, ap. 52; de 9 de octubre de 2014, TDC A/S, ap. 31.

70 STG, de 13 de diciembre de 2012, asunto T-199/11 P, Guido Strack contra Comisión Europea, ECLI:EU:T:2012:691

71 STJUE, de 11 de julio de 2024, Hann-Invest y otros, C554/21, C622/21 y C727/21, ECLI:EU:C:2024:594, apdo. 44.

El TJUE ha reiterado que la tutela judicial efectiva exige la existencia de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, capaces de ejercer un control real sobre las decisiones administrativas y legislativas. Esta exigencia se vincula con la dimensión objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva, que constituye un pilar esencial del Estado de Derecho. En su jurisprudencia más reciente, el TJUE ha afirmado que los Estados miembros deben garantizar que sus sistemas judiciales respeten los principios de independencia y legalidad, incluso frente a normas nacionales que limiten la capacidad de los jueces para cuestionar la legitimidad de otros órganos jurisdiccionales o el nombramiento de sus miembros[72] e impone a los Estados miembros una obligación de resultado clara y precisa y que no está sujeta a condición alguna en lo que respecta a la independencia que debe caracterizar a los órganos jurisdiccionales[73].

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. Demandan, como se ha señalado, 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[74], 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[75]. Por ello, el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre de 2023, concluyó que la conjunción de diversos elementos sistémicos (tales como la forma en que se había reconfigurado el Consejo Nacional del Poder Judicial (KRS) en Polonia, afectando su independencia respecto de los poderes legislativo y ejecutivo o la legalidad del procedimiento de nom-

---

72 STJUE, 4 de septiembre de 2025, asunto C225/22, R S.A. y AW T sp. z o.o, ECLI:EU:C:2025:649.

73 Entre otras, STJUE de 6 de octubre de 2021, W. Ż. (Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos del Tribunal Supremo — Nombramiento), C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798, apdo 159.

74 Se 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).

75 STJUE de 19 de septiembre de 2006, Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, ap. 53

bramiento de jueces, realizado en condiciones que vulneraban normas fundamentales del ordenamiento nacional) y circunstanciales (como las condiciones concretas en las que se adoptan decisiones judiciales, el contexto político y las presiones institucionales que podían influir en la actuación de los jueces) podían suscitar dudas legítimas en los justiciables sobre la independencia y neutralidad de determinados jueces y órganos jurisdiccionales. Tal combinación de factores puede comprometer no solo la independencia real, sino también la apariencia de imparcialidad, lo que resulta esencial para preservar la confianza pública en la justicia en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho[76]. Ya anteriormente, en la sentencia de 5 de junio de 2023 (Gran Sala), Comisión/Polonia se refiere a la cláusula de no regresión, en la que el TJUE recuerda que los Estados miembros, al elegir su propio modelo constitucional, están obligados a cumplir la exigencia de independencia de los órganos jurisdiccionales resultante de los artículos 2 TUE y 19 TUE apartado 1, párrafo segundo, y que, de este modo, están obligados, en particular, a velar por evitar cualquier regresión de su legislación en materia de organización judicial en cuanto al valor del Estado de Derecho, absteniéndose en concreto de adoptar normas que menoscaben la independencia judicial.

De esta sintética exposición que se acaba de hacer se puede comprobar cómo la evolución de la noción de independencia judicial ha ido de la mano de las crisis provocadas por retrocesos en el Estado de Derecho en Europa[77]. En este marco, el TJUE ha desarrollado una importante labor, no solo en la delimitación de las garantías inherentes a la independencia e imparcialidad de los Tribunales y la importancia de su valor como elemento esencial del Estado de Derecho vinculado a la tutela judicial efectiva, sino como elemento de freno o barrera frente a las amenazas y tensiones del Estado de Derecho por parte de algunos Estados miembros[78].

---

76 STJUE, de 21 de diciembre de 2023, *Krajowa Rada Sądownictwa (Continuidad en el desempeño del cargo de juez), C718/21, ECLI:EU:C:2023:1015*

77 BUSTOS GISBERT, R., "Judicial Independence …", *op. cit., p. 591.*

78 SANTOS VARA, J., "La evolución del Derecho de la UE en tiempos de crisis", en *Anales de Derecho, 2023, n. 40, pp. Pp. 223-268, esp. p. 236.*

III.2. La evaluación de los sistemas judiciales en los Informes sobre el Estado de Derecho: diagnóstico europeo sobre el sistema judicial español

A través del Informe sobre el Estado, 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 resulten 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. Junto a ello, tanto el informe de 2024, como el más reciente de 8 de julio de 2025[79], incluyen cuatro capítulos por país referidos a la evolución de la situación en Albania, Macedonia del Norte, Montenegro y Serbia, países en proceso de adhesión.

Uno de los pilares sobre los que se asienta el Informe es el análisis de los sistemas judiciales lo que permite obtener una visión integral sobre la salud democrática de los Estados miembros. 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

---

79 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 2025. Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea", COM (2025) 900 final

abogados, en la protección de los derechos fundamentales y el fortalecimiento del Estado de Derecho.

De todos ellos, 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 democráticos[80]. 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.

Sobre la base de la jurisprudencia del TJUE, la Comisión, ya desde el primer informe[81] se refiere a las garantías básicas del sistema judicial y destaca cómo éste ocupa un lugar destacado en la actividad política a nivel nacional, subrayando que casi todos los Estados miembros han emprendido reformas de la justicia, no obstante, las diferencias que persisten en cuanto a los objetivos, alcance, forma y estado de aplicación. Los ámbitos de reforma abarcan desde cambios constitucionales estructurales, como la creación de un consejo del poder judicial o de nuevos órganos jurisdiccionales, hasta medidas operativas concretas, por ejemplo, sobre la digitalización de la tramitación de los asuntos en los tribunales. El diálogo ha mostrado que los Estados miembros siguen de cerca las reformas y la evolución del Estado de Derecho en otros Estados miembros, así como el desarrollo de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH.

Por lo que se refiere en concreto a España, desde la publicación del primer informe sobre el Estado de Derecho en 2020 hasta el último informe —sexto— de 2025, los distintos informes no se limitan a ofrecer una radiografía del estado actual del sistema judicial español y los avances más recientes que se han producido al respecto, sino que también permiten identificar tensiones persistentes y desafíos estructurales que

---

80 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)

81 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.

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.

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, subrayando además la afectación negativa a la percepción de independencia judicial. Asimismo, 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 consideraciones 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 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.

En el 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. 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.

En este contexto, tanto el informe de 2024, como el de 2025 subrayan 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 la eficiencia y recursos del sistema judicial, los distintos informes han detectado problemas estructurales como una baja *ratio d*e 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.

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[82], aspecto que ha sido introducido en las diversas recomendaciones de GRECO a este respecto[83], así como en los distintos informes del Estado de Derecho, en los que se nos recomendó reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal, disociar en el tiempo el mandato del fiscal general del Estado y el del Gobierno, así como otros aspectos como la prohibición de que los ciudadanos que hayan ejercido cargos políticos en los últimos años, puedan convertirse en fiscales generales del Estado, y que el fiscal general del Estado no pueda actuar en asuntos en los que tenga un interés personal, junto con la necesidad de una mayor transparencia en la comunicación con el Ministerio de Justicia.

Si bien informes anteriores destacaban algunas mejoras en orden a atender las indicaciones efectuadas a España, el informe de 2025 subraya además, algunos avances significativos en el fortalecimiento institucional

---

82 Comisión Europea para la democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Informe sobre la lista de criterios del Estado de Derecho, CDL-AD(2016)007

83 Los resultados de las distintas evaluaciones efectuadas por GRECO a España puede consultarse en el siguiente vínculo (https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/spain; consulta: 5/12/2025).

matizando que algunos ya se han adoptado y otros están en preparación. A este respecto se refiere a los relativos al estatuto del fiscal general y a la reforma del régimen de incompatibilidades de jueces y fiscales[84], a la digitalización de la justicia y mejora de su eficacia[85], el refuerzo de la asistencia jurídica gratuita[86] y los esfuerzos que se están desarrollando en relación con los recursos humanos y materiales del sistema judicial. Asimismo, subraya la aprobación de la ley sobre el derecho de defensa[87] como parte de este proceso de modernización.

No obstante, se refiere a los desafíos relevantes que persisten, entre ellos, las protestas de jueces y fiscales que evidencian tensiones en torno a las reformas propuestas o la excesiva duración de los procedimientos, especialmente en el Tribunal Supremo, que continúa siendo un problema estructural que afecta a la eficiencia del 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 na-

---

84 Los llevados a cabo por 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, sin perjuicio de las futuras reformas, a cuyo objeto hay que tener en cuenta que actualmente en tramitación el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para la ampliación y fortalecimiento de las carreras judicial y fiscal

85 Por 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; Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia

86 En referencia a las distintas modificaciones del art. 2 por las LO 1/2025, de 2 de enero; LO 5/2024, de 11 de noviembre; Ley 2/2023, de 20 de febrero; Ley 16/2022, de 5 de septiembre y LO 8/2021, de 4 de junio

87 Por LO 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa

cionales 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.

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. Se apunta a que España se encuentra en una trayectoria positiva, aunque con retos pendientes que requieren atención sostenida para consolidar la confianza ciudadana en la justicia y preservar la calidad democrática del sistema institucional.

IV. REFLEXIÓN FINAL

La UE se configura como una comunidad cimentada en valores fundamentales, entre los cuales el Estado de Derecho ocupa una posición central, sustentado en la independencia judicial y el derecho a la tutela judicial efectiva. La interrelación entre estos tres elementos constituye uno de los ejes vertebradores del sistema jurídico de la UE. La jurisprudencia del TJUE ha consolidado esta interdependencia, estableciendo estándares vinculantes que refuerzan la primacía del Derecho de la Unión frente a posibles retrocesos nacionales.

Tanto la jurisprudencia del TJUE, como los sucesivos informes sobre el Estado de Derecho en la UE revelan que estamos ante una Europa en crisis o recesión[88] en cuyo seno se observan importantes movimientos involucionistas que ponen en riesgo garantías inherentes al Estado de Derecho que se creían consolidadas o, al menos, compartidas y la pérdida de confianza que las mismas generan como consecuencia de las reformas legislativas que, en materia de organización de justicia, se están llevando a cabo en algunos Estados. Se abre así una importante brecha que sitúa en distintos niveles a los EE.MM.: aquellos cuyos sistemas de justicia respetan los principios del Estado de Derecho y aquellos otros cuyos sistemas judiciales generan serias dudas o reticencias, lo que

---

88 LÓPEZ AGUILAR, J.F., "El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de Derecho y el 'dilema de Copenhague'", UNED, *Teoría y realidad constitucional, n. 38, 2016, pp. 101-142, esp. p. 101.*

amenaza la cohesión institucional y la cooperación judicial europea. 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 para preservar la legitimidad democrática del sistema. 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.

Luces y sombras del gobierno del Poder Judicial en España y análisis de derecho comparado

Mª INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN DEL CGPJ EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EN EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO. III. LA COMPOSICIÓN DEL CGPJ. III.1. Regulación en la Constitución Española de 1978. III.2. Su desarrollo posterior en las diferentes leyes. IV. LA FORMA DE ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CGPJ. IV.1. Primeros desarrollos legislativos. IV.2. Las leyes del incompleto cambio. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La creación de nuestro Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) por la Constitución Española de 1978 siguió la estela de los órganos 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 nuestro trabajo[1], principalmente para destacar las semejanzas y diferencias entre ellos y el CGPJ español.

---

[1] Vid., entre muchos, DI FEDERICO, G., "Lottizzazioni correntizie e politicizzazione del CSM: quali rimedi?", in *Quaderni costituzional*, X, 1990, p. 290 y ss.; BERTRAND, F.G., "El Gobierno de la Justicia en Francia" (trad. Palomo Herrero y Vidal Fernández), en AA.VV., *El Gobierno de la Justicia. El GPJ, Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal de Castilla y León* (coord. E. Pedraz Penalva), Universidad de Valladolid, 1996, p. 61 y ss.; TURCET, V., "Le Conseil Superieur de la Magistrature Francais: bilan et perspectives", *Revue du Povoir Judiciare*, núm. 75, 2004, p. 539-551; DE FIGUEIREDO DIAS, "Do "governo" da Justiça" ao "governo dos Juizes" no Portugal de hoje", en AA.VV., *El Gobierno de la Justicia*, op. cit., p.

Aunque ya hubo con anterioridad a esa época otros tímidos intentos de crear órganos de gobierno de Juzgados y Tribunales en España, no es hasta el CGPJ creado por la Constitución 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, por tanto, 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[2].

Aquellos momentos podrían 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 aceptables y poseía unas competencias importantes, sustraídas al Ejecutivo en mayor medida incluso que en muchos de los países que constituyeron un referente para nosotros. Pero no siempre iba a ser así.

---

83 y ss.; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. y SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., *Independencia judicial y consejos de la judicatura y magistratura (Europa, EE.UU. e Iberoamérica).* Barcelona, 2016; FERRI, G., "Il sistema di elezione dei componente togati del CSM e il ruolo delle associazioni", en *L'ordinamento giudiziario.* 2022, pp. 105-115, en (https://www.dsg.univr.it/?ent=pubbdip&id=1072350⟨ consulta: 5/12/2025).

[2] Vid. GIMENO SENDRA, J.V., *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, acción y proceso), Madrid, 1981, p.43 y ss.; ANDRES IBAÑEZ y MOVILLA ÁLVAREZ, El Poder Judicial, Madrid, 1986, esp. p. 66; TOMAS Y VALIENTE, F.,* "Poder Judicial y Tribunal Constitucional", *Revista Poder Judicial,* núm. especial XI, 1989, p. 18 y 19; TEROL BECERRA, M.J., *El Consejo General del Poder Judicial,* CEC, Madrid, 1990, p. 154 y ss.; PEDRAZ PENALVA, "Del Consejo General del Poder Judicial y de la selección de sus miembros", *Revista La Ley, 1996,* núm. 2, pp. 1556-1571; SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., *Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial,* Ed. Tesitex, Salamanca, 1999, y *La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial español y de sus homólogos europeos,* Ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; BALLESTER CARDELL, M., *El Consejo General del Poder Judicial: su función constitucional y legal,* Madrid, CGPJ, 2007; VEGAS TORRES, J., "El Consejo General del Poder Judicial como garantía de la independencia judicial"*, Diario La Ley, núm. 7925, 2012;* PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. y SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., *Independencia judicial y consejos de la judicatura y magistratura (Europa, EE.UU. e Iberoamérica),* 2016, Barcelona: Atelier; ROSADO IGLESIAS, G., "La autonomía judicial en España. El Consejo General del Poder Judicial". *Revista de la Facultad de Derecho de México,* 2022, nº 72 (282), pp. 271-292; CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., *El Poder judicial: configuración constitucional, desarrollo y retos.* Madrid, 2023, Marcial Pons, etc.

II. LA REGULACIÓN DEL CGPJ EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EN EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO

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 fueron avecinando diversos 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 apartados posteriores.

La composición mixta del CGPJ —tanto miembros de la Carrera Judicial, 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[3]. Son

---

[3] La STC 108/1986, de 29 de julio, señala que "la CE obliga, ciertamente, a que doce de sus vocales sean elegidos entre jueces y magistrados de todas las categorías, mas esta condición tiene como principal finalidad que un número mayoritario de vocales del Consejo tengan criterio propio por experiencia directa sobre los problemas que los titulares de los órganos judiciales afrontan en su quehacer diario, de la misma forma que, al asignar los restantes ocho puestos a abogados y en otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio

muchos, pero no en todos los países cuentan con órganos de este tipo. Nos referiremos solo a los órganos de Francia, Italia y Portugal, por su especial importancia y por su influencia en el nuestro.

Así, puede observarse como el *Conseil Supérieur de la Magistrature francés* incluyó tradicionalmente una formación competente con respecto a los jueces y una formación competente con respecto a los fiscales. La formación con respecto a los jueces *(magistrats du siège)* está presidida por el primer presidente del Tribunal de Casación e incluye, además, cinco jueces y un fiscal. La formación competente con respecto a los fiscales *(magistrats du parquet)* está presidida por el Fiscal general del Tribunal de Casación e incluye, además, cinco fiscales y un juez. Además, debe tenerse en cuenta el resto de miembros que componen este CSM, aspecto que ha sido objeto de varias reformas. Con la Ley Constitucional de 25 de julio de 2008 se produjeron importantes modificaciones, de tal forma que se puso fin a la presidencia del CSM por el Presidente de la República y a su vicepresidencia por el Ministro de Justicia, habiendo creado una tercera formación, la «plenaria», presidida por el primer presidente del Tribunal de Casación, competente para resolver solicitudes presentadas por el Presidente de la República, en su papel de garante de la independencia de la autoridad judicial, o por el Ministro de Justicia, sobre las cuestiones enumeradas en el artículo 65 de la Constitución. A mayores está compuesto por un consejero de Estado nombrado por el Consejo de Estado, un abogado, nombrado por el presidente del Consejo Nacional de los Colegios de Abogados, así como seis personalidades cualificadas que no pertenecen ni al Parlamento, ni al orden judicial, ni al orden administrativo. El Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado nombran cada uno dos personalidades cualificadas[4]. De este modo,

---

su profesión, se busca que aporten su experiencia personas conocedoras del funcionamiento de la Justicia desde otros puntos de vista distintos del de quienes la administran" (FJ 8º)

[4] Vid. PILLOUX, R., *La nouvelle Constitution de la France*, 1946; HOLLEAUX, A., "L´Administration des Magistrats et leur Indépendance", *Revue Française de Science Politique*, nº 13, 1963, I, p. 44 y ss.; BERTRAND, F.G., "El Gobierno de la Justicia en Francia"…cit., p. 61 y ss.; RICARD, T., "Le Conseil supérieur de la magistrature", Collection "Que sais-je?", PUF, Paris, 1990; PLENEL, E., *La part d´ombre*, Ed. Gallimard, Paris, 1994; AA.VV., *Magistrat* (sous la direction de Frédéric DEBOVE), 3e éd., Sirey, 2007; MACHELON, J.P., "Le Conseil Supérieur de la magistrature en France", en *El Gobierno del Poder Judicial. Una perspectiva comparada*, CEPC, Madrid, 2012, p. 301 y ss.; SERRA CRISTÓBAL, R., "La elección de los miembros del CGPJ. una propuesta de consejo más integrador e independiente", *Teoría y Reali-*

los magistrados se encuentran en minoría en el seno del Consejo, en las formaciones competentes para los nombramientos, pero en situación de paridad en las formaciones disciplinarias. Igualmente se recoge que debe respetarse un equilibrio entre mujeres y hombres.

En cuanto al *Consiglio Superiore della Magistratura* italiano, su Constitución no establece directamente cuántos miembros debe tener el CSM, sino que se limita a indicar su composición porcentual. Actualmente está integrada por 33 miembros y presidido por el Presidente de la República, quien participa como miembro de pleno derecho. Otros miembros son el Primer Presidente del Tribunal Supremo y el Fiscal General del Tribunal Supremo de Casación. El resto son elegidos de la siguiente forma: dos tercios (20 miembros) por todos los magistrados ordinarios de entre los pertenecientes a todos los componentes del poder judicial; y un tercio (10 miembros) por el Parlamento reunido en sesión conjunta. de entre profesores universitarios de materias jurídicas, abogados y juristas de reconocido prestigio[5]. Por lo tanto, dos terceras partes de sus miembros son de origen

---

dad Constitucional, núm. 31, 2013, pp. 277-322; LE POGAM, M., *Le Conseil supérieur de la magistrature*, Ed. Lexis Nexis, 2014; JOHANNÈS, F., "La difficile réforme du Conseil supérieur de la magistrature, en sommeil depuis un an", *Le Monde*, 25 juin 2014; HAUSALTER, L., "Réforme du CSM et indépendance du parquet: la droite en pleine contradiction", *Marianne*, 26 avril 2016; MONTANARI, L., "Il Consiglio superiore della magistratura in Francia tra proposte di modifica e resistenze conservatrici", *DPCE* Online: Vol. 45 No. 4, 2020; CAMBY, J.P., "Le juge administratif et les nominations faites au CSM par un président d'assemblée parlementaire: extension du contrôle juridictionnel, restriction de l'autonomie parlementaire". *Actu Juridique*, 8 febrero 2024.

[5] Puede consultarse: PIZZORUSSO, *L´organizzazione della giustizia in Italia*, Instituzioni italiane 6, Einaudi, Torino, 1981, p. 41; DI FEDERICO, G., "Lottizzazioni correntizie e politicizzazione del CSM…", cit, p. 290 y ss.; BORGNA, P. y CASSANO, M., *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Donzelli, Roma, 1997; AA.VV, *Governo della giustizia e autogoverno dei giudici*, a cura di E. Panciotti, Milano, 1997; GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002; VOLPE, G., "La composición y el papel del CSM en el sistema institucional italiano", en *El Poder Judicial. Teoría y Realidad Constitucional*, nº 8-9, 2002; FERRI, G., "Il sistema di elezione dei componenti togati del Csm e il ruolo delle associazioni", *L'ordinamento giudiziario. Poligrafico e Zecca dello Stato italiano*, 2022, pp. 105-115 (https://www.dsg.univr.it/?ent=pubbdip&id=1072350⟨ consulta: 5/12/2025); TROILO, S., "Prime osservazioni sul nuovo sistema elettorale del Consiglio Superiore della Magistratura, anche alla luce della sua applicazione iniziale". *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalist (AIC)*, num.2/2023 (https://www.rivistaaic.it/images/fascicoli/Rivista_AIC_Fascicolo_02_2023.pdf; consulta: 5/12/2025); DE CARLO L., "L'elezione

judicial. Este es el Consejo en el que más se inspiró nuestro CGPJ y el que probablemente ha funcionado mejor en su conjunto.

Por último, nos referiremos, en igual sentido, al *Conselho Superior da Magistratura* portugués, que está integrado, además de por el Presidente y el Vicepresidente, por quince Vocales: dos miembros designados por el Presidente de la República; siete miembros elegidos por la Asamblea de la República; seis Miembros elegidos por los Magistrados Judiciales[6]. Actualmente son elegidos por sufragio secreto y universal, según el principio de representación proporcional, mediante la elaboración de listas respaldadas por un mínimo de 20 electores, habiendo en cada lista un juez del Tribunal Supremo, dos jueces de segunda instancia y cuatro jueces de primera instancia. Hubo un intento de modificar este sistema de elección proponiéndose que cada categoría de jueces escogiese a sus representantes, es decir, que no resultaran elegidos por todos los jueces sino por categorías, pero fue declarado inconstitucional.

---

dei membri laici del Consiglio Superiore della Magistratura alla prova della riforma dell'ordinamento giudiziario". *IRIS. Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 3/2023. (https://hdl.handle.net/11382/581512); BIONDI, F., *Il Consiglio Superiore della Magistratura. Governo autonomo o luogo di potere?*. Il Mulino, Bologna, 2024 (https://www.mulino.it/isbn/9788815386366; consulta: 5/12/2025)

6 DA CUNHA GOMES RODRIGUES, A., "Discurso proferido na tomada de posse dos novos juízes", en *Boletim Informativo do Conselho Superior da Magistratura*, nº 3, julho 1994, y del mismo "O Poder Judicial na pespectiva de futura revisio constitucional", en *Boletim Informativo do Conselho Superior da Magistratura*, núm. 4, dezembro 1994; ORLANDO VIEGAS, A., "Notas sobre el Consejo Superior de la Magistratura en Portugal", en *JPD*, 1994, n. 22; pp. 97 y ss.; DE FIGUEIREDO DIAS, "Do "governo" da Justiça" ao "governo dos Juizes" no Portugal de hoje", en AA.VV., *El Gobierno de la Justicia*, op. cit., p. 83 y ss.; CONDE DA SILVA FRAGA, C.A., *Sobre a independência dos juízes e magistrados : um estudo constitucional comparado entre a Ley orgánica del poder judicial e o Estatuto dos magistrados judiciais portugués*, Vislis Editores, 2003; COSTANTINI, P., "Il modelo portoghese di autogoverno della magistratura: evoluzione nella stabilità", *DPCE* Online: Vol. 45 No. 4, 2020.

III. LA COMPOSICIÓN DEL CGPJ

III.1. Regulación en la Constitución Española de 1978

Aunque la composición del CGPJ no ha sido especialmente polémica, también llegaron a plantearse controversias sobre la misma y se debatió sobre algunas cuestiones al respecto: sobre el número concreto de miembros que debería tener el CGPJ, sobre cuántos jueces o magistrados[7] 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[8] (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[9].

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 debía 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 Magistrados 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.

---

7 Todas las referencias realizadas en esta investigación a jueces y magistrados, a partir de ahora deben entenderse hechas a jueces/juezas y magistradas/os.

8 Destacamos la obra de MARTIN OSTOS, J. *El Secretario Judicial, a examen,* Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 79 y ss.

9 Puede consultarse ampliamente en SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., *La elección de los miembros del Consejo…,* op. cit.; e igualmente de la misma autora "Reformas legislativas sobre el CGPJ en materia de composición y forma de elección de sus miembros", *AA.VV. Cuestiones actuales de Derecho Procesal,* (coord. A.M. Rodríguez Tirado), Valencia, 2017, Tiran lo Blanch, p. 88 y ss.

III.2. Su desarrollo posterior en las diferentes leyes

Por ejemplo, en la LO 1/1980, de 10 de enero, del CGPJ, se primaba a las categorías superiores, 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[10].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.

La anterior LO 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[11]. 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 aquélla». 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.

---

10 Vid. BERGALLI, "El Estado democrático y la cuestión judicial: el caso argentino", *Revista Poder Judicial*, núm. 10, marzo de 1984, p. 84 y ss.; MOVILLA ÁLVAREZ, "El autogobierno de la Justicia", en *AA.VV., Jornadas de estudio sobre el CGPJ,* Madrid, CGPJ, Ed. Nacional,1983, p. 261 y 262 (y también "El autogobierno de la justicia," en AA.VV., *Los comunistas y la reforma de la administración de justicia,* P.C.E., Madrid, 1981, p. 7 y ss.).

11 Vid. FAIREN GUILLEN, "Colofón a un comentario de la LOPJ de 1 de julio de 1985", *RDP*, 1985, 3, p. 628; PEDRAZ PENALVA, E., "Notas sobre la Oficina Judicial y reforma", *Rev. Justicia*, 1989, núm. IV, p. 850 y 851; MARTÍN OSTOS, "Poder Judicial, Función Jurisdiccional y Secretario Judicial", *Rev. Justicia*, 1990, 1, p 39 y ss.

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, como se verá más adelante, igual que también lo había hecho —de manera drástica— la LOPJ con anterioridad.

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[12]. 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 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 podría 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. De este modo, la Permanente tiene ahora más atribuciones que el Pleno; y los Vocales de la Permanente, únicos con dedicación exclusiva, pueden adoptar sus decisiones sin estar sujetos a la revisión por el Pleno. Como se ha dicho, es pura aritmética: es más fácil controlar a cinco que controlar a veinte. Como dato algo más positivo se arguyó que se preveía su renovación anual, estableciendo la posibilidad de que todos los vocales, con excepción

---

12 BANACLOCHE PALAO, J., "La insólita reforma de la organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial". *Diario La Ley*, núm. 8126, Sección Tribuna15, Jul.2013, Ref.D-260.

de los que integraran la Comisión Disciplinaria, pudieran llegar a formar parte de la misma[13].

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 su problema más agudo: el de la elección de sus miembros.

IV. LA FORMA DE ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CGPJ

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 más se ha debatido, sobre la que apuntaremos algunos de los aspectos que nos parecen más transcendentes, 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,

---

13 BANACLOCHE PALAO, J., "La insólita reforma de la organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial", cit.; SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., "Comentario a la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la LOPJ", *Revista Ars luris Salmanticensis*, Vol. 1, diciembre 2013, p. 216 y ss.; CUERVO NIETO, C., *La composición y la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial*, Universidad de Salamanca, TFG 2015; CGPJ, "Novedades y contenido de la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del CGPJ". *Noticias Jurídicas,* 30/junio/2013, https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/2920-novedades-y-contenido-de-la-ley-organica-4-2013-de-28-de-junio-de-reforma-del-consejo-general-del-poder-judicial/; consulta: 5/12/2025); GERPE LANDÍN, M. y CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., "La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial a la búsqueda de un modelo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 103, enero-abril 2015, pp.13 y ss.

desde entonces y hasta ahora. La hacemos constar una vez más, pues inexcusablemente debe ser el punto de partida. Según expresa el 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[14]. 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.

IV.1. Primeros desarrollos legislativos

El primer desarrollo legal de las disposiciones constitucionales se realizó por la L.O. 1/1980 ya referenciada, que 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 forma de elección de estos últimos[15], como

---

14 Vid., entre otros, ALMAGRO NOSETE, "El Poder Judicial", en AA.VV., *Problemas actuales de la Justicia. Libro Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 46.

15 RODRIGUEZ AGUILERA, *El Consejo General del Poder Judicial,* Barcelona, 1980, p. 31 y ss.; AGUNDEZ FERNANDEZ, A. "Garantías constitucionales de la Independencia Judicial", *RDPI,* 1981, nº 2-3, p. 358; y del mismo "Procedimiento electoral para la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial", en

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 (cada cámara pasó a elegir seis vocales de procedencia judicial y cuatro juristas)

Las críticas no se hicieron esperar y más aún 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* que nadie esperaba y, que dio la vuelta completa al sistema que estaba previsto (que se había dado por bueno a lo largo de todo el iter legislativo). Se consideró por muchos como un hecho muy grave el cambio recogido: 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[16].

Jornadas de estudio sobre el CGPJ, CGPJ, Ed. Nacional,1983, p. 513 y ss.; JAURALDE MORGADO, E., "La política y los jueces", *RPJ,* nº 12, sept. 1984, p. 154 y 155; ALVAREZ CONDE, "Algunas consideraciones sobre la posición constitucional del Poder Judicial", en *El Poder Judicial,* Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF, Madrid, 1983, vol. I, p. 516 y ss.; RODRÍGUEZ-ZAPATA PEREZ. J., XIOL RIOS, J.A. y GONZALEZ RIVAS, J.J., *El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado Social y Democrático de Derecho, Premios Poder Judicial,* nº 1, CGPJ, Madrid, 1990; DEL CACHO FRAGO, A., "El régimen jurídico de las Asociaciones Judiciales", en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López,* Trivium, Madrid, 1990, p. 57 y ss.
Más ampliamente, vid. la monografía dedicada a esta materia SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., *La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial*...op. cit.

16 Vid. MARTINEZ VAL, J. Mª, "El Poder Judicial ante el Tribunal Constitucional", *RGD*, Julio-agosto, 1986, p. 3078 y ss.; PEDRAZ PENALVA, "Sobre la crisis de la Justicia", *RPJ*, nº 16, 1988, p. 57; DIAZ DELGADO y FERRANDO MARZAL, "La independencia judicial", en *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, op. cit., p.1076; SERRA DOMINGUEZ, M., "Constitución y designación del Consejo General del poder Judicial", en AA.VV., *El Gobierno de la Justicia*, op. cit., p. 183 y ss.; SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., *La elección de los miembros del Consejo…,* op. cit., p. 23 y 149 y ss.
Esta nueva fórmula fue, entre otros muchos, muy duramente criticada por DE LA OLIVA SANTOS, "Nuevo panorama de la Administración de Justicia según la Ley Orgánica del Poder Judicial", en *Problemas actuales de la Justicia. Libro Homenaje al Prof. Gutierrez-Alviz y Armario*, op. cit., p. 271 y ss. En sentido contrario, entre otros, RODRÍGUEZ-ZAPATA PERE, J., XIOL RIOS, J.A. y GONZALEZ RIVAS, J.J., *El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit.

Como se sabe, 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, 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[17]. 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[18]. 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 existió en un principio.

IV.2. Las leyes del incompleto cambio

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[19].

---

17 SERRA DOMINGUEZ, "Constitución y designación del Consejo General del Poder Judicial", op. cit., p. 183, había manifestado que resultaba imprescindible reformar el art. 112 de la LOPJ -de cuyo contenido el TC ya había advertido de los graves peligros que podía generar- para adaptarlo al espíritu de la Constitución y a la finalidad del CGPJ de garantizar la independencia de la judicatura y el correcto ejercicio de la jurisdicción.

18 Lo grave es que en julio de 1986, fecha de esta sentencia, el TC sólo tuvo en cuenta la Ley, sin ninguna referencia a cómo se había aplicado, pues el riesgo ya había sido una realidad en la elección de 1985.

19 Mediante sufragio interno, las asociaciones judiciales proponían a las Cámaras 36 candidatos o avalaban a aquellos que obtuvieran al menos un 2% de apoyo de los

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»[20]. ¿Podría hablarse de nueva época de «luces»?

Sí podría considerarse positiva la mayor trasparencia de la selección de los vocales judiciales que algunos destacaban y que fueran los mismos Jueces y Magistrados los electores en primer término, aunque por el contrario se potenció en un alto grado el protagonismo de las asociaciones profesionales de la judicatura, quizás más de lo deseado por algunos.

El sistema elegido era, en sí mismo, un ejemplo de cómo se podrían afrontar lo que se ha dado en llamar cuestiones de Estado: cada uno cediendo parte sus posiciones en aras de una regulación que, seguramente, no satisfizo por completo a ninguno, tenía la gran virtud de ser aceptado por todos[21], aunque también se criticó que el Pacto lo hubieran suscrito

---

jueces en servicio activo. Posteriormente, Congreso y Senado elegían a los doce vocales a partir de estas propuestas.
GERPE LANDÍN, M., "La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial a la búsqueda de un modelo", *Revista española de derecho constitucional*, 2015, n. 35, pp. 13-44, p. 16 y ss.; PÉREZ ALONSO, J., "La independencia del Poder Judicial en la historia constitucional española". *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n. 19, 2018, pp. 47-87, esp. p. 85; MIGUEL BARRIO, R., "El Consejo General del Poder Judicial en perspectiva: análisis, desafíos y propuesta de reforma". *Revista de Derecho Político*, nº 120, mayo 2024, pp. 289 317.

20 El PP pretendía volver a la fórmula anterior a la reforma socialista de 1985, es decir, que doce de los vocales del CGPJ fueran directamente elegidos por los jueces y magistrados y los ocho restantes por las Cámaras. Pero el PSOE forzó la negociación hasta llegar a lo que han bautizado también como "fórmula mixta".
Vid. (https://www.libertaddigital.com/espana/2001-05-31/gobierno-y-psoe-ratifican-oficialmente-el-pacto-para-la-reforma-de-la-justicia-31677/; https://www.elmundo.es/especiales/2001/05/espana/justicia8.html;
https://www.elmundo.es/elmundo/2001/05/31/espana/991309036.html; consulta: 5/12/2025); DE LA CUADRA, B., "Las asociaciones inician la elección de aspirantes a vocales del Poder Judicial", *El País,* 26-junio,2024; y "El presidente del Poder Judicial facilita a los jueces no asociados que se presenten como candidatos al Consejo", *El País*, 30-junio-2001; YANEL, A., "El nuevo CGPJ será elegido el día 26", *El Mundo*, 30-junio-2001.

21 CARMONA RUANO, M., "Pacto de Estado para la reforma de la justicia", *Juezas y Jueces para la Democracia*, 24 septiembre, 2001 (https://www.juecesdemocracia.es/2001/09/24/pacto-estado-la-reforma-la-justicia/; consulta: 5/12/2025)

únicamente los dos partidos referenciados. Y, por lo demás, tampoco fue todo idílico, ni mucho menos, y pronto comenzaron los problemas[22]. De todas formas, al menos se suavizó algo la politización de la forma de elección de los miembros del CGPJ con este sistema híbrido.

Años después, se produjo el cambio llevado a cabo por la L.O. 4/2013, de 28 de junio, de reforma del CGPJ. Se habían promovido diversos intentos de modificación del sistema de designación de los miembros del CGPJ, algunos de los cuales propugnaban la recuperación del modelo originario previsto en la L.O. 1/1980. El entonces Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, pese a sus iniciales propósitos reformistas, finalmente impulsó la L.O. 4/2013, mediante la cual se introdujo una nueva configuración en la estructura y funcionamiento del órgano de gobierno del Poder Judicial, pero no se volvió al modelo de 1980.

En el programa electoral que el Partido Popular presentó a las elecciones de noviembre de 2011, se indicaba: «Promoveremos la reforma del sistema de elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, para que, conforme a la Constitución, doce de sus veinte miembros sean elegidos de entre y por jueces y magistrados de todas las categorías». Se pensaba que se regresaría al modelo planeado por el constituyente y así se podrían superar las críticas de politización que especialmente desde 1985 acompañaban al órgano de autogobierno de la judicatura. Pero no fue así, la reforma del CGPJ realizada por la LO 4/2013 causó una gran sorpresa en la comunidad jurídica, al diseñar un modelo inédito hasta entonces y contrario a lo esperado —como antes lo había hecho el PSOE con el cambio de rumbo de 1985, que trocó para siempre la historia de este órgano—.

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 entendimos

---

22 El obstáculo para cumplir el Pacto de Estado, y para para la inmediata renovación del CGPJ, derivó, a lo que parece, del desacuerdo surgido sobre los "perfiles" no de sus vocales, sino de alguna persona concreta propuesta para un órgano distinto, que aparece así como el verdaderamente importante para los partidos políticos y respecto del cual nada menos que el órgano de gobierno del Poder Judicial queda relegado al triste papel secundario de moneda de cambio (CARMONA RUANO, M., "Pacto de Estado para la reforma de la justicia"…cit.)

y que no fue nunca justificado. También implicó otra modificación 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.

Así, dicha norma incorporó mecanismos destinados a ampliar la participación de los jueces en el proceso de selección de candidatos, restringiendo el monopolio que hasta ese momento venían ejerciendo las asociaciones judiciales. Estas últimas dejaron de ostentar la facultad de presentar directamente a los candidatos, limitándose a otorgarles su aval. Pero, en realidad, la nueva regulación mantuvo sustancialmente el modelo instaurado en 1985, caracterizado por la distribución de los vocales en función de cuotas partidistas entre las principales formaciones políticas[23].

Sobre esta reforma surgieron bastantes voces críticas, como las de aquellos que pensaban que la misma debilitó el papel constitucional del CGPJ como órgano de gobierno de los jueces y garante de su independencia, convirtiéndoles en una simple Dirección General de Justicia del Gobierno[24].

Persistieron los riesgos que podía generar un CGPJ que seguía siendo elegido por Congreso y Senado y con la mayoría de sus miembros actuan-

---

23 El procedimiento de elección del presidente del CGPJ continuó siendo previsible, al estar prácticamente determinado de antemano; se produjo una reducción injustificada de las competencias del órgano y se acentuaron las diferencias entre los vocales, en particular entre aquellos que integraban la Comisión Permanente y los que no formaban parte de ella.

24 Vid. DOLADO PÉREZ, A., "Valoración del nuevo Consejo General del Poder Judicial", *Diario La Ley, Nº 8126, Sección En Primera Persona, 15 Jul. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.*

do a tiempo parcial[25]. Pero a pesar de ello se colocó en un plano intermedio entre los excesos de la libre elección parlamentaria de todos los vocales introducida en 1985 y la elección por los Jueces y Magistrados entre ellos mismos como aparecía en la L.O. 1/1980[26].

Hubo más reformas, que no modificaron lo anteriormente indicado, 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 (modificó la composición de la Comisión Permanente del CGPJ, produjo 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 hombres 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.

---

25 BANACLOCHE PALAO, J., "La insólita reforma de la organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial",op. cit.

26 LLERENA, P.," La nueva Ley del Consejo General del Poder Judicia", *Diario La Ley,* Nº 8126, Sección En Primera Persona, 15 Jul. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY. Aun así, algunos creyeron que la LO 4/2013 mató al CGPJ, que era la crónica de una muerte anunciada. "Procede por ello hacer una autopsia que será breve, pues la causa de la muerte está muy clara: la voluntad de la clase política de controlar al Poder Judicial" (PÉREZ MINAYA, J., "Crónica de una muerte anunciada. Breve autopsia del Consejo General del Poder Judicial", *Diario La Ley,* Nº 8126, Sección En Primera Persona, 15 Jul. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY)

¿Podemos decir que las mismas representan una oportunidad perdida? ¿Podemos hablar de que ya no hay remedio y de que, como algunos lo han hecho, 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 garantizaría la independencia judicial, la participación directa de Jueces y Magistrados y el alineamiento con los estándares europeos? Son muchos los interrogantes.

V. CONCLUSIONES

Nuestro CGPJ ha planteado no pocos problemas, como es conocido y ha quedado expuesto, pero lo cierto es que ningún modelo europeo ha evitado la desconfianza sobre la politización de la Justicia. Sin ir más lejos, no olvidemos, por ejemplo, el papel importante que ha tenido el Presidente de la República en Francia, Italia o Portugal en ellos. Además, son muchos los países que no tienen órganos similares a los CSM europeos que hemos analizado y tampoco ello ha significado una falta de independencia o un fracaso del Estado de Derecho, si bien es cierto que la existencia de estos órganos de gobierno pueden ayudar a garantizar la independencia del Poder Judicial, sustituyendo al Ejecutivo en muchas de sus funciones, evitando injerencias no deseadas.

Finalizamos, insistiendo en dos aspectos sobre esta materia que nos preocupan. Hemos sido testigos del gran retraso, de varios años, en la renovación del CGPJ (no siendo la primera vez que ha sucedido algo así, pero sí la más llamativa por el enorme tiempo transcurrido), lo que supone una situación anómala indeseable que no debería repetirse, tanto por el hecho del retraso en sí, como sobre todo por lo que ello significa. Por otro lado, el sistema de reparto de la composición del Consejo por cuotas políticas entiendo que claramente vulnera nuestra Constitución, preocupándonos más este segundo aspecto ya que ha consolidado desde hace demasiado tiempo una percepción de politización del Poder Judicial casi insostenible, incompatible con los principios de un Estado de Derecho.

De todas formas, creo oportuno indicar que esta imagen del CGPJ no depende solo del sistema de elección de sus miembros —aunque sí sea muy significativo—, sino que también puede ser importante la actuación *a posteriori* de los miembros del CGPJ, una vez que son nombrados, si se observa en ellos sectarismo o parcialidad o si los vocales reciben injeren-

cias desde el exterior o si pudieran recibir «recompensas» en forma de nuevos cargos. El descrédito del CGPJ también ha venido de la mano de los posicionamientos de algunos de sus miembros una vez que ya forman parte de él. Deben poder limitarse las influencias y presiones que recibe el Consejo de los partidos políticos, de asociaciones y de otros órganos o personas y asegurar que la elección de candidatos se lleve a cabo atendiendo más a los criterios de mérito y capacidad, o idoneidad para el cargo que van a desempeñar, que por conveniencia política o posibilidades de influencia en ellos.

No podemos olvidar la Recomendación CM/Rec (2010) 12, del Comité de Ministros a los Estados miembros «Sobre los jueces: independencia, eficacia y responsabilidad», adoptada el 17 de noviembre de 2010. Su Capítulo IV, párrafo 26, está dedicado a los «Consejos de la Justicia», donde se definen los mismos como «Instancias independientes, establecidas por la ley o la Constitución que aspiran a garantizar la independencia de la justicia y de cada juez en particular y promover así el funcionamiento eficaz del sistema judicial». Y por lo que respecta a su composición, se establece en el párrafo 27 que «Al menos la mitad de los miembros de estos consejos deberían ser jueces elegidos por sus pares, con pleno respeto al pluralismo en el seno del sistema judicial».

Y también debemos tomar en consideración, más recientemente, los informes GRECO, que han ido en la misma línea en los últimos años, al igual que la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el Informe sobre la situación del Estado de Derecho en 2024, o los informes de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión Venecia), entre otros.

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

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE JUECES Y MAGISTRADOS. II.1. El derecho de asociación profesional y de afiliación a las mismas. *II.1.1. El marco Constitucional del derecho de Asociación de Jueces y Magistrados. II.1.2. Intervención de las Asociaciones Judiciales en el ámbito del Poder Judicial. II.1.3. Elementos esenciales del derecho de Asociación*. II.2. Derecho a participar en los órganos de gobierno interno del Poder Judicial. II.3. Retorno al ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas. II.4. Las Asociaciones de jueces y el derecho de huelga. *II.4.1. Las Asociaciones de jueces y la participación política. II.4.2. El derecho de huelga. II.4.2.1. El problema técnico. La búsqueda del equilibrio. II.4.2.2. La Cuestión no es la Titularidad del Derecho sino a qué límites está sometido el mismo. II.4.2.3. ¿Qué ha pasado en las situaciones precedentes?. A MODO DE CONCLUSIÓN.*

I. INTRODUCCIÓN

Como cuestión previa, 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»[1]. 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.[2]

Pero el concepto de independencia judicial no es algo estático, inmutable, sino que tiene que ser «repensado», adaptándolo a la realidad normativa e institucional de nuestra democracia desde el reconocimiento y la defensa de su función, tanto para el juez-persona, como para el poder judicial en su dinámica de relación y equilibrio con los otros poderes del Estado. En este sentido es oportuno incorporar aquí, siquiera una mención al cambio jurisprudencial que sobre el concepto de independencia judicial se ha producido en la UE tras la STJUE de 27 de febrero de 2018, Asunto C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, pues como señala ES-

---

1 TOMAS Y VALIENTE, F., Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales, en *Constitución: Escritos de introducción histórica, Madrid 1996, pág. 152.*

2 Como señala el TJUE en su Sentencia de 6 de marzo de 2025 (Sala Quinta), nº de recurso: C-647/2021. ECLI: EU:C:2025:143, en su parágrafo 66 "La exigencia de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho fundamental a un proceso equitativo, que revisten una importancia capital como garantías de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho". *Vid.* En el mismo sentido la Sentencia de 11 de julio de 2024, Hann-Invest y otros, C-554/21, C-622/21 y C-727/21, EU:C:2024:594, apartado 49 y jurisprudencia citada. Y continua la mencionada Sentencia en su parágrafo 67, señalando que "Dicha exigencia de independencia comprende dos aspectos. El primero de ellos, de orden externo, supone que el órgano en cuestión ejerza sus funciones 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 de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones. El segundo aspecto, de orden interno, 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 dicho litigio. Este aspecto 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". *Vid.* Sentencia de 11 de julio de 2024, Hann-Invest y otros, C-554/21, C-622/21 y C-727/21, EU:C:2024:594, apartados 50 y 51 y jurisprudencia citada.

CALADA LÓPEZ,[3] con anterioridad a esta resolución, la independencia judicial, para el TJUE, se encuadraba en la defensa de un derecho fundamental del justiciable, considerándose un requisito ineludible, exigible particularmente a un concreto juez, tanto para plantear la cuestión prejudicial, como para garantizar la tutela judicial efectiva. Y, tras la mencionada resolución judicial, también se pretende garantizar el respeto al principio estructural de la división de poderes y la defensa del Estado de Derecho en la UE[4]. Y esta, la independencia judicial, como elemento estructural

---

[3] *Vid.* ESCALADA LÓPEZ, M.L., "La Independencia judicial en la UE: ¿Presupuesto incuestionado o exigencia cuestionada? En *Independencia Judicial y Crisis del Estado de Derecho en perspectiva comparada y Europea*, FAGGIANI, V. (Directora), GARRIDO CARRILLO, F.J. (Coordinador). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2024, pp. 113-147.

[4] El TJUE ha modificado su tratamiento del concepto de independencia judicial, en respuesta a la proliferación de los populismos en la Unión presentes en algunos Estados miembros como Hungría y Polonia, y avanzando rápidamente en otros, que buscan y persiguen limitar la autonomía del poder judicial, sometiéndolo al poder político. *Vid.* entre otros: MAGALDI MENDAÑA, N. "La garantía de independencia del juez europeo: una revolución encubierta del TJUE", *Revista de Derecho Público,* Estudios de Deusto, Vol. 70/1 enero-junio 2022, pp.81-109; FAGGIANI, V. "La "rule of law backsliding" como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE", *Revista Española de Derecho Europeo 71*, Julio-Septiembre 2019, pp. 57-99; BARRIO LÓPEZ, A. "Democracia iliberal, populismo y Estado de Derecho", *Revista de Derecho Público, Estudios de Deusto*, Vol. 70/1 enero-junio 2022, pp. 15-33; KRZYWON´, A. "La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, pp. 85-117; DRINÓCZI, T. "The European Rule of Law and illiberal legality in illiberal constitutionalism: the case of Hungary", *MTA Law Working Papers*, 2019/16, pp.1-29.

En definitiva, en la mencionada STJUE de 27 de febrero de 2018, Asunto C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses,* no se trataba de un asunto en el que se solicitara al Tribunal un pronunciamiento sobre la imprescindible independencia del juez para poder dotar al justiciable de una tutela efectiva, sino que eran los propios jueces portugueses los que acudían al TJUE pidiendo un pronunciamiento sobre medidas acordadas por otros poderes, que entendían, podían ser lesivas de su independencia. Es decir, aquí no se estaba solicitando la defensa de un derecho fundamental, sino el respeto al principio estructural de la división de poderes y a la defensa del Estado de Derecho en la Unión. Es esta la razón por lo que el TJUE en su labor jurisdiccional analizando los derechos a la tutela judicial efectiva y a la independencia, fija su decisión no en el art. 47 CDUE por lo limitado de su operatividad, sino en el art. 19 TUE que, de forma, mucho más extensa exige que se observen estas garantías en todos los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión.

de la división de poderes y del Estado de Derecho, es una perspectiva o dimensión que no podemos ni olvidar ni desconocer, pues sin la misma no existe Estado de Derecho, y sin Estado de derecho no existen libertades ni garantías[5].

Pero volviendo al Juez persona, integrante del Poder Judicial, y titular de la función jurisdiccional, hemos de decir que, hoy en día, esa independencia ha de circunscribirse tanto a la libertad de acción del juez, como a las garantías de esa libertad. Y en este análisis del estatus de jueces y magistrados hemos de ser conscientes de su doble naturaleza, como titulares de la función que desarrollan, y 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 esto sin duda alguna, se proyecta a los derechos de participación de los Jueces y Magistrados, en cuanto funcionarios públicos.

En esta aproximación a los derechos de participación política de jueces y magistrados desde la perspectiva funcionarial, es decir, desde la óptica administrativa que afecta al juez o magistrado como funcionario público, se puede anticipar ya, que en sus rasgos esenciales la relación de servicios de los integrantes de la Carrera Judicial no es muy distinta de la que corresponde a cualquier otro funcionario público, puesto que, como hemos insistido, el juez, además de juez e integrante de uno de los poderes del Estado, es también funcionario público y como tal tiene una relación de servicios con la administración del Estado. Ahora bien, como ya sabemos

---

[5] Como se recoge en el Informe del Estado de Derecho de la UE (2024), *"El correcto funcionamiento, la eficiencia y la plena independencia de los sistemas judiciales son cruciales para la aplicación y el cumplimiento del Derecho de la UE y nacional y para la defensa del Estado de Derecho. La independencia judicial es esencial en la toma de decisiones judiciales y se deriva del principio de tutela judicial efectiva*". (Art. 19 de TUE y art. 47 CDFUE). En concreto dicho informe constata en su p. 15 que "*En algunos Estados miembros existe preocupación por la presión indebida que los políticos y el poder ejecutivo ejercen sobre el poder judicial, y también hay pruebas de presiones por parte de terceros países. El riesgo de que las declaraciones públicas de Gobiernos y políticos puedan afectar a la confianza del público en la independencia judicial ha suscitado preocupación en Eslovaquia, Italia y España.*". *Vid.* COM(2024) 800 final/2. Comunicación de la Comisión al PE, al Consejo, al CESE y al Comité de Regiones, de 24/07/2024. Informe sobre el Estado de Derecho en 2024. P. 12.

la CE 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), respecto del resto de funcionarios para los que prevé una remisión en bloque a la Ley en el art. 103.3 CE.

Dicho esto, dentro del ámbito de los distintos derechos que corresponden a jueces y magistrados en cuanto funcionarios públicos,[6] distinguimos cuatro perspectivas en relación a los denominados derechos de participación: a) el derecho de asociación profesional y de afiliación a las mismas; b) el derecho a participar en los órganos de gobierno del poder judicial; c) el retorno al ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas; d) Las asociaciones de jueces y el derecho de huelga.

II. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE JUECES Y MAGISTRADOS

II.1. El derecho de asociación profesional y de afiliación a las mismas.

II.1.1. El marco Constitucional del derecho de Asociación de Jueces y Magistrados.

De todo el conjunto de elementos que comprende el estatuto del juez y magistrado, sin duda el más polémico es la prohibición, recogida en el art. 127 de nuestra Constitución, de pertenencia a partidos políticos y sindicatos[7], que puede calificarse de «independencia ideológica»[8]. Aquí, lo primero que me planteo, es si esta limitación es excesiva o no lo es. Tengamos en

---

6 Derecho a una retribución, a permisos, licencias, vacaciones, ascenso, promoción profesional, a la rehabilitación, a honores, tratamiento, trajes e insignias, etc.

7 *Vid.* En el mismo sentido el Art. 395 LOPJ y art. 1.4 LOLS.

8 *Vid.* MONTERO AROCA, J., *Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez*, en Libro Homenaje a Gabaldón López, Madrid 1990, p. 222; GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pp. 49 y ss; DE LA PLAZA, M, *Las garantías de la independencia Judicial*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1954, p. 15; BELLOCH JULBE, J.A., *Notas sobre el Asociacionismo Judicial*, Poder Judicial número V, especial, p. 37 y ss.; GONZALEZ GRANDA, P. *La independencia del Juez y control de su actividad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1993, p. 79.

cuenta que, hoy en día, hay un sector que mantiene que lo que se intenta prohibir no es la política, ni tampoco la «politización de la justicia»[9], sino más bien el pluralismo político, la posible adscripción de los administradores de la justicia a otras opciones que no sean las dominantes.

Pero antes de profundizar en esta cuestión recordemos que nuestra Constitución configura como un derecho fundamental de todos, el poder «sindicarse libremente» (art. 28.1 CE), siendo las asociaciones de jueces y magistrados manifestación de este derecho general de asociación que puede ser matizado por la ley regulando su ejercicio para determinados funcionarios, pudiéndose limitar o exceptuar su ejercicio para específicos empleados públicos como pueden ser los sometidos a la disciplina militar.

Por otro lado, el carácter de asociaciones profesionales de las asociaciones de jueces y magistrados permite apreciar en su seno una actividad típicamente asociativa en la que sus miembros, que son trabajadores y que se dedican a la función pública, en este caso concreto a la función judicial, se organizan para la defensa de sus intereses, asimilándose las asociaciones profesionales en este sentido y con todos sus matices, al asociacionismo sindical[10]. Pero las asociaciones de jueces y magistrados no son sólo eso, asociaciones, son algo mucho más que eso[11], la caracterización constitucional de las mismas permite calificarlas de un *tertium genus,* distinto por un lado, de los partidos políticos y los sindicatos, pero distinto también de los Colegios Profesionales que la propia Constitución regula separadamente en el artículo 36 y que además presentan «peculiaridades» respecto de las restantes asociaciones (art. 22 CE), y todo ello por cuanto que la especial función que desempeñan sus asociados también impregna a la actividad asociativa, y porque se trata de una estructura participativa que interviene

---

9 Entendida esta como el uso de la justicia con fines e intenciones exclusivamente ideológicos y partidistas y ajenos a los ideales de justicia.

10 Recordemos que fue a principios del siglo XX cuando se intentó sin éxito constituir una asociación, produciéndose en junio de 1921 una reunión en Madrid entre representantes de todas las Audiencias Territoriales, y en febrero de 1922 se creó la llamada "Unión Judicial", que no era una Asociación porque no podía serlo. *Vid.* sobre el tema a MONTERO AROCA, J., *Independencia y Responsabilidad del Juez,* Ed. Civitas, Madrid 1990, p. 86 y ss.

11 *Vid.* GABALDÓN LOPEZ, J., *Implicación de las Asociaciones y Colegios profesionales en la reforma de la Justicia.* LA LEY, nº 1, 1996, pp. 1629-1633. Otros autores como BELLOCH JULBE, J. A., "*Jueces y derecho de huelga*", Jueces para la Democracia, 1991, nº 16-17, pp. 132-135.

en el gobierno del Poder Judicial con distintas facultades[12]. 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»[13].

Dicho lo cual, tengamos en cuenta que prácticamente la mitad de los Magistrados y Jueces en nuestro país no están afiliados a ninguna asociación (a fecha 30 de septiembre de 2024, del total de jueces en activo en España (5.416) solo se encontraban asociados el 58 %), y por otro lado el mero hecho de pertenencia a una asociación tampoco puede reconocerse como un elemento condicionante de su independencia e imparcialidad. La realidad es que en muchos casos la inscripción de Jueces y Magistrados a una asociación profesional se debe, no a su orientación ideológica sino a las posibilidades de promoción en la carrera judicial, por cuanto que dichas Asociaciones funcionan como mecanismos necesario para que sus afiliados alcancen los puestos más relevantes de la carrera judicial[14].

Por otro lado, como ya hemos dejado dicho, nuestro texto Constitucional prohíbe la afiliación de los jueces y magistrados a los partidos políticos y sindicatos, mientras se hallen en activo (art. 127 CE)[15]. Por su parte La

---

12 Intervienen en la designación de vocales del Consejo General del Poder Judicial, en la elección de miembros de las Salas de Gobierno de los Tribunales y se integran en el Consejo Rector de la Escuela Judicial entre otras facultades.

13 ANDRES IBAÑEZ, P.; "*Sobre Asociacionismo e Independencia Judicial*", Jueces para la Democracia, nº 25, marzo de 1996. P. 89. En la misma línea BELLOCH JULBE, J. A., "*Notas sobre …" op. Cit.* P. 59: señala que "la única forma constitucionalmente coherente de que el derecho reconocido en el artículo 23 no quede vació de contenido es, precisamente, la de entender que el "asociacionismo" judicial constituye el instrumento fundamental de participación de los Jueces en asuntos públicos".

14 *Vid.* Informe "Estado de Derecho 2024" de la Fundación Hay Derecho, 2024. Gráfica 31, pág. 54. (https://www.hayderecho.com/wp-content/uploads/2024/09/Informe-del-Estado-de-derecho-2024.pdf; consulta: 5/12/2025) y (https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Estructura-judicial-y-recursos-humanos—en-la-administracion-de-justicia/Asociaciones-Profesionales-Judiciales/; consulta: 5/12/2025).

15 En concreto establece que "*1. Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. 2. La Ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional*

LOPJ (ampliando el art. 127.1 CE), en su art. 395 y siguiendo la línea marcada por la Ley Orgánica provisional de 1870, prohíbe a jueces y magistrados, además de la pertenencia a partidos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos, tomar parte en las elecciones, más allá de emitir su voto personal, o dirigir a autoridades o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos.[16]

---

de los Jueces, Magistrados y Fiscales. La Ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos". ANDRES IBAÑEZ considera que el art. 127 de la CE es una limitación de los derechos de los jueces en cuanto ciudadanos. *Vid.* ANDREZ IBAÑEZ, P., *Justicia/ Conflicto,* Ed. Tecnos, Madrid 1988, p. 19. Llega a decir este autor que "...se quiere que el juez dimita incluso de algunos de los que para los demás, ciudadanos constituyen elementales derechos cívicos: así –incluso al margen del ejercicio profesional- no puede tener ideas políticas, ni asociarse, ni enjuiciar la actuación del gobierno", Pp. 96 y 97. No obstante, y a pesar de ello cree el autor que posteriormente, en el desarrollo y regulación del movimiento asociativo judicial se abrió el camino a una importante experiencia, produciéndose la apertura al pluralismo de un ámbito hasta la fecha unilateralmente politizado desde arriba. En cambio, otros autores como ALMAGRO NOSETE, no lo entiende así, pues en su opinión no se podría "sugerir que se priva de derechos ciudadanos a quienes por razón de su función se encuentran en una situación peculiar respecto de los demás, por otra parte, renunciable" (en "*Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución", en Lecturas sobre la Constitución Española,* ed. De T.R. Fernández Rodríguez, UNED, Madrid, 1978, vol. I, p. 291.

De lo que no cabe duda es de que surgió un debate muy interesante político y jurídico vinculado al quehacer jurisdiccional, y la expectativa de un nuevo modelo de organización judicial imprimió fuerza a la dinámica asociativa, obligando a una reflexión profunda de la situación de los jueces y magistrados como colectivo en relación con el aparato estatal. *Vid.* Sobre el quehacer jurisdiccional y la conformación de un nuevo modelo de organización judicial a, OLLERO TASSARA, A. "Poder Judicial y transición democrática en España", en *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas,* 1982, pp. 10 y ss, y asimismo es de interés consultar a CANO BUESO, J. *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945*) Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 116 y ss.

16 En concreto señala que no podrán "*1. Dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial, excepto aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial. 2. Tomar en las elecciones legislativas o locales más parte que la de emitir su voto personal. Esto, no obstante, ejercerán las funciones y cumplimentarán los deberes inherentes a sus cargos".*

Parte de la doctrina entiende que el régimen asociativo de jueces y magistrados no es precisamente un acierto, señalando que dicho régimen «… fue en su momento inicial objeto de un tratamiento limitador y reductivo, expresión de una inaceptable interpretación extensiva del precepto constitucional»[17]. En el fondo, estos autores señalan 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 ello escriben que «…por eso, cuando como ocurrió en la elaboración de la Constitución de 1978 se ponen barreras a la proyección cívica del juez, se hace buscando no ciertamente su neutralidad política, sino sencillamente conservarle donde ya está, evitar su posible desplazamiento»[18].

Por otro lado, otro sector doctrinal al abordar este tema, señala contradicciones constitucionales congénitas y contrasentidos, por ejemplo, al «prohibir 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»[19]. Y asimismo, señala como contradicción que «en el Tribunal Constitucional, órgano igualmente investido de jurisdicción…, cuyos miembros según la propia Constitución (Art. 159.4) son (de lógica política), igualmente incompatibles con todo mandato representativo, pero en absoluto se les va a prohibir cualquier militancia política en partido alguno, en todo caso, como señala el art. 19.1 de su Ley Orgánica, no podrán desempeñar —funciones directivas en los partidos políticos y sindicatos—»[20].

Por su parte ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ[21], en sintonía con la opinión de STAMLER[22], afirma que los jueces han de asumir que «el mejor

---

17 ANDRES IBAÑEZ, P. y MOVILLA ALVAREZ, C; *El Poder Judicial*, Ed. Tecnos, Madrid 1986., p. 135.

18 *Ibid. P. 133.*

19 HUERTAS CONTRERAS, M. *El poder judicial en la Constitución*. Ed. Universidad de Granada, 1995, p. 87.

20 *Ibid. p.* 85.

21 ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, A., *Poder Judicial, Sociedad y Estado de Derecho*, La Ley 1997- 6, pp. 1434.

22 *Vid.* STAMLER, R. *El Juez*, Ed. Cultural S.A. La Habana, 1941. P. 99. Mantiene Stamler que para alcanzar con la mayor perfección posible la mirada del Estado de Derecho, es necesario en todo tiempo mantener a los Tribunales alejados de las incidencias de la política diaria. Por otro lado, la Unión Internacional de ma-

servicio a la ciudadanía lo deben prestar desde la competencia profesional, el trabajo responsable y el distanciamiento prudente de los compromisos ideológicos y políticos». Ahora bien, este distanciamiento hay que hacerlo compatible con el cumplimiento del artículo 22 de la Constitución, que consagra el derecho fundamental de asociación, mientras que el art. 127 permite el asociacionismo judicial.

Entiende ANDRES IBAÑEZ[23] que, el juez que «no es un ciudadano pleno por obra del artículo 127 CE, recupera una parte sustantiva de esa condición por la vía del derecho de asociación profesional, en la medida en que éste le convierte en sujeto activo de un nuevo orden de relaciones de orden político-cultural». Por lo tanto, el derecho de asociación profesional de jueces y magistrados, ha de ser configurado de un modo específico en la LOPJ por *mor* del art. 122 de la Constitución[24].

III.1.2. Intervención de las Asociaciones Judiciales en el ámbito del Poder Judicial

Con respecto a las Asociaciones profesionales como estructura participativa con intervención en el Gobierno del Poder Judicial, constatamos que las asociaciones de jueces y magistrados habían conseguido un gran

---

gistrados ha insistido en que no quiere tener y no tiene finalidades políticas ni carácter sindical y que sus miembros, libres en su formación y organización, están estatutariamente obligados a permanecer apolíticos. Haciendo hincapié además en que la independencia requiere como exigencia imprescindible que el Juez deba abstenerse también de todo activismo político, bajo cualquier forma en que se ejercite porque ello puede poner en duda la credibilidad que debe a aquellos que le piden justicia con la necesidad de tener fe en él. (Vid. *Il Giudice nella nuova Società*, Unione Internazionale dei magistrati, Roma, 1980.).

23 ANDRES IBAÑEZ, P.; *"Sobre Asociacionismo e Independencia Judicial", op. cit.* P. 89.

24 La LOPJ en su exposición de motivos, parágrafo VI, señala que "la materialización de los principios de pluralismo y participación de qué se quiere impregnar el gobierno del Poder Judicial impone una profunda modificación de la actual regulación del derecho de asociación profesional que el artículo 127.1 de la Constitución reconoce a jueces, magistrados y fiscales. El régimen transitorio de libertad asociativa hasta ahora existente contiene restricciones injustificadas a las que se pone fin. De ahí que esta Ley Orgánica reconozca el derecho de libre asociación profesional con la única limitación de no poder llevar a cabo actuaciones políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos. Las asociaciones profesionales quedarán válidamente constituidas desde que se inscriban en el registro que será llevado al efecto por el Consejo General del Poder Judicial".

protagonismo (fuera ya del mero hecho asociativo del art. 401 LOPJ)[25]. Y digo habían, puesto que las modificaciones operadas en la LOPJ por la reforma de la LO 4/2013 de 28 de junio de reforma del CGPJ, dejó sin efecto el art. 110.2.a) LOPJ (por disposición derogatoria nª 2), que hacía referencia a la integración en el Consejo Rector de la Escuela Judicial de las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados, no obstante, no se ha modificado el Reglamento 2/1995, de 7 de junio de la Escuela Judicial, por lo que siguen formando parte de dicho Consejo Rector tres miembros nombrados a instancia de las Asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados[26]. Y, asimismo quedó sin efecto la participación de las mencionadas Asociaciones profesionales en el sistema de nombramiento de los miembros del CGPJ, que proponía los candidatos conforme al derogado art. 112 LOPJ (sin vigor por D. Derogatoria nº 3 LO 4/2013 de reforma del CGPJ).

Por otro lado, continúan vigentes otras disposiciones, como la que establece, que los proyectos de reglamentos de desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dicte el CGPJ, se someterán a informe de las asociaciones de jueces y magistrados (art. 560.2 LOPJ). Así mismo, con arreglo al sistema vigente, las Asociaciones profesionales participan en la elección de vocales del CGPJ[27]. Previéndose en el art. 574 LOPJ, en relación a los

---

25 *Vid.* El Acuerdo de 28 de febrero de 2011 (BOE de 18 de marzo) del Pleno del CGPJ por el que se aprueba el Reglamento 1/2011 de Asociaciones judiciales y profesionales.

26 En concreto el Consejo Rector de la Escuela Judicial está integrado, además de por el presidente del CGPJ, que lo preside, por cinco vocales del Consejo -entre los que se encontrarán los Vocales que tengan atribuidas competencias en materia de Selección, Formación Inicial y Formación Continuada-, tres miembros de la Carrera Judicial, un miembro designado por el Ministerio de Justicia, un miembro de la Carrera Fiscal designado por la FGE, tres miembros nombrados a propuesta conjunta de las Comunidades Autónomas con competencia transferidas en materia de justicia y tres miembros nombrados a instancia de las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados.

27 En este sentido, en la actualidad, el CGPJ estará integrado por el Presidente del TS que lo presidirá, y por veinte vocales, de los cuales doce serán jueces o magistrados en servicio activo en la carrera judicial y ocho juristas de reconocida competencia (art. 566 LOPJ). Los veinte vocales del CGPJ serán designados por las Cortes Generales del modo establecido en la CE y en la LOPJ atendiendo al principio de presencia paritaria entre hombres y mujeres. Cada una de las Cámaras elegirá, por mayoría de tres quintos de sus miembros, a diez vocales, cuatro entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión y seis correspondientes al turno judicial (art. 567 LOPJ).

avales de Jueces o Magistrados candidatos a vocales del CGPJ, que aquellos Jueces o Magistrados que deseen presentar su candidatura podrá elegir entre aportar el aval de veinticinco miembros de la carrera judicial en servicio activo o el aval de una asociación judicial legalmente constituida en el momento en que se decrete la apertura del plazo de presentación de candidaturas. Cada uno de los Jueces o Magistrados o Asociaciones judiciales a los que se refiere el apartado anterior podrá avalar hasta un máximo de doce candidatos (art. 574.2 LOPJ).[28]

La comprensión del derecho de asociación de jueces y magistrados obliga a tener en cuenta que las asociaciones judiciales, en las que sus asociados son los titulares de la función jurisdiccional, se insertan en una estructura participativa de notable entidad en la actividad del gobierno del poder judicial. Es decir, hemos de tener en cuenta que se trata de asociacionismo profesional y algo más. Las asociaciones judiciales pueden avalar candidaturas en el proceso de elección de miembros de las Salas de Gobierno (art. 151.2º de la LOPJ)[29], o pueden ostentar legitimación extraordinaria en el

---

[28] El CGPJ se renovará en su totalidad cada cinco años, computados desde la fecha de su constitución. A tal efecto, y con cuatro meses de antelación a la expiración del mandato del Consejo, su Presidente se dirigirá a los de las Cámaras (Presidente del Congreso y del Senado), interesando que por éstas se proceda a la elección de los nuevos vocales y poniendo en su conocimiento los datos del escalafón y del registro de asociaciones profesionales de jueces y magistrados obrantes en dicha fecha en el Consejo (art. 568 LOPJ).

[29] Artículo 151. [Elección de miembros de las Salas de gobierno de los Tribunales]
"1. La elección de miembros de las Salas de gobierno se llevará a cabo conforme a las siguientes reglas:
2ª Las candidaturas podrán incluir uno o varios candidatos, junto con su correspondiente sustituto, hasta un número igual al de puestos a cubrir, y bastará para que puedan ser presentadas que conste el consentimiento de quienes las integren, aunque también podrán ser avaladas por un grupo de electores o por una asociación profesional legalmente constituida. Las candidaturas serán abiertas, y los electores podrán votar a tantos candidatos y a otros tantos suplentes como plazas a cubrir…"
Esta posibilidad prevista en el vigente art. 151.2º LOPJ, que permite a las asociaciones judiciales avalar candidaturas en el proceso de elección de miembros de las Salas de Gobierno, se suprime en el anteproyecto de reforma de LOPJ y del EOMF de 2025, pues en la nueva redacción del precepto recoge que "*las candidaturas serán individuales y los electores podrán votar a un solo candidato*", eliminando la regulación actualmente vigente que especifica que las candidaturas "también podrán ser avaladas por un grupo de electores o por una asociación profesional legalmente constituida".

recurso contencioso administrativo, cuando impugnan las sanciones disciplinarias que el CGPJ pueda imponerles a sus asociados (art. 425.8 LOPJ).

III.1.3. Elementos esenciales del derecho de asociación

En el tratamiento de los elementos esenciales del derecho de asociación profesional de jueces y magistrados, distinguimos un ámbito subjetivo y un ámbito objetivo. Hasta aquí hemos relacionado el asociacionismo profesional de jueces y magistrados con el derecho de asociación reconocido en el art. 22 CE, por considerar que éste ha de ser su incardinación[30]. Pero esto no es óbice para que también hayamos hecho referencia a la libertad sindical del art. 28 CE, entendiendo que existe un contenido esencial de la misma que podemos alumbrar —al amparo de lo dispuesto en el art. 53.1 de la CE— y organizar más adecuadamente por la naturaleza profesional de los intereses a que sirve, con referencia al derecho de libertad sindical, en los términos que resultan de la doctrina del TC al interpretar el artículo 28 de la Constitución, es decir derecho a fundar asociaciones profesionales, afiliarse a la de su elección, y la libertad negativa de no ser obligado a afiliarse a una de ellas.

Así mismo ya hemos dicho que el art. 127 de la CE prohíbe a los miembros de la carrera judicial, mientras se hallen en activo, la pertenencia a partidos políticos y sindicatos[31], considerando esta limitación correcta si atendemos a la finalidad que persigue, que no es otra que la de proteger la independencia de los jueces y magistrados[32]. Se trata de una norma que representa una excepción a la regla general en materia de libertades y

---

30 En el mismo sentido se expresa FERNANDEZ FARRERES, G., en su trabajo "*Las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados"*, VVAA, El Poder Judicial, Vol. II, Madrid, 1983, p. 1225, que considera que "las asociaciones profesionales de jueces y magistrados son asociaciones cuyo contenido básico e irrenunciable, sin perjuicio de ciertas limitaciones que por su especialidad –al igual que para partidos políticos o sindicatos, por ejemplo- puedan imponerse, hay que encontrar en lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución."

31 En el mismo sentido se expresa el art. 395 LOPJ, y por otro lado el art. 1.4 de la LOLS (Ley Orgánica de Libertad sindical) dice que "De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 127.1 de la Constitución, los Jueces, Magistrados y Fiscales no podrán pertenecer a sindicato alguno mientras se hallen en activo".

32 En concreto hemos de ser conscientes que las restricciones al derecho de participación política de los jueces que contempla el art. 127.1 CE no se justifican solo por adecuarse al diseño del Poder Judicial que establece la Constitución, sino para garantizar los derechos del resto de los ciudadanos a los cuales el juez

derechos fundamentales y, por lo tanto, de interpretación restrictiva pero que, como hemos dicho, aparece justificada por su finalidad. Así mismo, la conducta de la afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleo o cargos a su servicio, tiene también relevancia disciplinaria, por lo que, de darse, sería tipificada como falta muy grave del art. 417.2 de la LOPJ.

El derecho de asociación de jueces y magistrados se regula en el capítulo IV del Título II de la LOPJ[33], recogiendo el art. 401 de dicha norma, que, de acuerdo con lo establecido en el art. 127 de la CE, se reconoce el derecho de libre asociación profesional de jueces y magistrados integrantes de la Carrera judicial, sin que se pueda afiliar a más de una asociación. Solo podrán formar parte de las mismas quienes ostenten la condición de Jueces y magistrados en el servicio activo. Es pues esta, la carrera judicial, la que indica el ámbito subjetivo de las asociaciones profesionales, y esto por delimitación del derecho constitucional del que a su vez se infiere que el ámbito nacional de las asociaciones profesionales no deviene del ámbito objetivo de su actuación sino del subjetivo de su integración[34].

Las asociaciones de jueces y magistrados tendrán personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Dichos fines ya se limitan en el texto legal teniendo como «fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general[35]. No podrán llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculación con partidos

---

imparte justicia. No se trata, solo, de que los jueces han de ser imparciales, se trata también, de que los ciudadanos tienen derecho a un juez imparcial.

33 *Vid.* También el Acuerdo de 28 de febrero de 2011 (BOE de 18 de marzo) del Pleno del CGPJ por el que se aprueba el Reglamento 1/2011 de Asociaciones judiciales profesionales.

34 Y con ello, lo que el legislador pretende no es otra cosa que la constitución de asociaciones amplias de carácter nacional, y por ello mismo aunque disfrutarían del carácter de asociaciones nacionales aquellas asociaciones de una sola categoría de la Carrera Judicial o circunscrita a determinados destinos judiciales u órganos judiciales, o a determinadas especialidades, éstas no satisfarían la condición legalmente requerida de que sean asociaciones de jueces y magistrados en el sentido y con el alcance subjetivo general que requiere la Ley Orgánica.

35 Sobre las funciones de las Asociaciones Judiciales *Vid.* MARIN CASTAN, F., *Funciones de las Asociaciones de Jueces y Magistrados*, Poder Judicial número V, especial, p. 67; en la misma revista, BELLOCH JULBE, J.A., *Notas sobre el Asociacionismo judicial, op. cit.* p. 35 y siguientes y MAZA MARTIN, *Asociaciones de Jueces y Magistrados* pp. 71 y siguientes.

políticos o sindicatos» (art. 401.2º LOPJ). También se limita la extensión territorial de las asociaciones, señalándose que tendrán ámbito nacional, aunque podrán tener secciones coincidentes con el territorio de un Tribunal Superior de Justicia (art. 401.3º LOPJ), y han de inscribirse en un registro del CGPJ al que incorporarán una copia de los estatutos, que deberán ajustarse a los requisitos exigidos en el art. 401. 7º LOPJ[36].

Por último, el marco normativo de las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados, también se ve afectado por el Proyecto de Ley Orgánica de 2025, hoy en las Cortes, por el que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para la ampliación y fortalecimiento de las carreras Judicial y Fiscal,[37] pues se reforma el art. 401 de la LOPJ que regula el derecho de libre asociación profesional de jueces y magistrados integrantes de la Carrera Judicial y establece las reglas del ejercicio de tal derecho por parte de las asociaciones profesionales de jueces y magistrados. El APLO de modificación de LOPJ y EOMF da una nueva redacción a la regla número 9ª —y se añade una regla 10ª relativa a la aplicación supletoria de las normas reguladoras del derecho de asociación en general— en la que se regulan de forma minuciosa y detallada, los recursos económicos de los que podrán valerse las diferentes asociaciones judiciales para el desarrollo de los fines de representación que les son propios[38].

---

[36] Las menciones que han de contener los estatutos de las Asociaciones de Jueces y Magistrados son las siguientes; a) Nombre de la Asociación; b) Fines específicos; c) Organización y representación de la asociación. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos; d) Régimen de afiliación; e) Medios económicos y régimen de cuotas; f) Formas de dirigir los cargos directivos de la Asociación.

[37] Proyecto de Ley 121/000059 BOCG, núm. 59-1 de 22 de mayo de 2025, pp.1-45. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el EOMF, para la ampliación y fortalecimiento de las carreras judicial y fiscal.

[38] «Artículo 401…
9ª) Los recursos económicos de las Asociaciones Judiciales estarán integrados por:
10ª) Serán de aplicación supletoria las normas reguladoras del derecho de asociación en general.»
Hay que advertir aquí, que el contenido de esta regla novena, no se ajusta a una correcta técnica normativa por cuanto una Ley Orgánica no debe descender a tal grado de detalle, en este caso en referencia a la financiación de las asociaciones profesionales, pues debe dejar su posterior desarrollo al Reglamento como norma jurídica general y de inferior rango. En relación a este tema *Vid.* STC

Distinguiendo entre recursos procedentes de la financiación pública y recursos procedentes de la financiación privada. Como se recoge en la exposición de motivos del anteproyecto «Las asociaciones judiciales, conforme a sus fines constitucionales, deben velar igualmente por preservar esa apariencia de imparcialidad, no sólo en sus actividades, sino también en su organización interna y financiación. Desde esta perspectiva, la financiación privada de las mismas puede comprometer dicha apariencia, por cuanto las personas físicas o jurídicas privadas que las financien pueden relacionarse con la administración de justicia, y por ello generarse desconfianza en el resto de justiciables». Esta es la razón para modificar el mencionado artículo 401 LOPJ, pues considera el prelegislador «que la financiación pública de las asociaciones judiciales y la proveniente de sus cuotas asociativas debe ser suficiente para que su funcionamiento y actividades puedan desarrollarse con normalidad, y permitiendo en todo caso que concierten créditos con entidades financieras siempre que tengan por finalidad la adquisición de patrimonio para el desarrollo de sus fines asociativos» (Exposición de Motivos, parágrafo VI *in fine* del Proyecto de Ley).

II.2. Derecho a participar en los órganos de gobierno interno del Poder Judicial

Dentro de los derechos de participación, abordamos el derecho de jueces y magistrados a participar en los órganos de gobierno del poder judicial. En este sentido, 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.

En lo que se refiere al CGPJ, es el art. 122 de la CE el que prevé que de los veinte miembros que han de componer este órgano, doce serán jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, cuyo procedimiento de selección será previsto por Ley Orgánica, y dicha previsión constitucional se contiene en el artículo 566 de la LOPJ.

131/2013. Por otro lado, este nivel de detalle es el que encontramos en el Reglamento 1/2011 de asociaciones judiciales profesionales, aprobado por acuerdo del Pleno del CGPJ el 28 de febrero de 2011, en concreto en la regulación de su capítulo V dedicado al régimen económico, artículos 17 a 23).

Por lo que se refiere a la composición de las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia habremos de estar a lo dispuesto en los artículos 149-151 LOPJ, y asimismo a los artículos 1 y 18 a 23 del Reglamento 1/2000 de 26 de julio de los Órganos de Gobierno de los Tribunales. Podemos distinguir entre miembros natos[39] y miembros electivos. Son miembros electores todos los Magistrados designados en las Salas del Tribunal a que se refiera la elección, así como los magistrados y jueces destinados en los órganos jurisdiccionales sitos dentro del ámbito territorial de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia. Y son elegibles los mismos electores salvo que se trate de miembros natos de las Salas de Gobierno por razón de su cargo. Se precisa para tomar parte en esta elección estar en servicio activo y haber sido nombrado, mas no es necesario haber tomado posesión del órgano judicial para el que se ha sido nombrado[40].

Por su parte, la reforma de 2003 introdujo un apartado 4 para reconocer expresamente al Secretario de Gobierno (del TS, de la AN y de los respectivos TTSSJJ) como Secretario de la Sala de Gobierno[41]. Por último, en relación a la participación en la elección de miembros de las Salas de Gobierno, hay que señalar que las Asociaciones Judiciales participan en las mismas (art. 151.1.2º de la LOPJ), avalando candidaturas, al menos hasta ahora, por cuanto que el anteproyecto de reforma de LOPJ y del EOMF de 2025, suprime la regulación actualmente vigente que dispone

---

39 Miembros natos serán los Presidentes del TS y de la AN, y los presidentes de las Salas en ellos existentes. En el caso de las Salas de Gobierno de los TTSSJJ, los Presidentes de dichos órganos y los Presidentes de las Salas en ellos existentes, y los Presidentes de las Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma.

40 El legislador de 1994 aumentó la composición de las Salas de Gobierno de los TSJ, incorporando a ella a los Presidentes de las AP y los jueces decanos liberados, con lo que se potenciaba la representación de los órdenes civil y penal, frente a las carencias de la situación previa. Pero, para mantener la línea "democratizadora" de la Ley de 1985, aumenta el número de los miembros directa "aunque corporativamente" elegidos. Así mismo y para los casos en que la Sala de Gobierno alcance unas dimensiones que obstaculicen su operatividad, es decir cuando el número de miembros exceda de diez podrá constituirse en pleno o en comisión, que estará integrada por seis miembros, tres natos y tres electos (art. 149 LOPJ).

41 Hay que tener en cuenta que tras la LO 19/2003, el Secretario de Gobierno es el máximo responsable de la organización de la oficina judicial y a tal fin el art. 153.2 LOPJ le reconoce legitimación para instar la reunión de la Sala de Gobierno con el objeto de tratar cuestiones que afecten a oficinas judiciales o a secretarios judiciales que de él dependan.

que las candidaturas «también podrán ser avaladas por un grupo de electores o por una asociación profesional legalmente constituida», proponiendo una nueva redacción en el sentido siguiente «las candidaturas serán individuales y los electores podrán votar a un solo candidato», eliminando de esta forma la participación de las asociaciones profesionales.

Por lo que se refiere a los Presidentes de los Tribunales de Instancia, serán nombrados por un período de cuatro años, elegidos por una mayoría de tres quintos de todos los que integren el Tribunal de Instancia, si no se obtuviere esta mayoría bastará mayoría simple en la segunda votación, en caso de empate se resolverá a favor de quién ostente mejor puesto en el escalafón (art. 166 LOPJ)[42].

Tras la reforma operada en la LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, por la que se redactó completamente el libro VI de dicha ley del Poder Judicial, se han suprimido las facultades gubernativas de los Presidentes de las Salas de Justicia y de los jueces sobre el personal al servicio del órgano judicial[43], disponiendo actualmente de dichas competencias el Ministerio de Justicia y los órganos que se determinen por las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, en sus respectivos ámbitos territoriales (art. 539 de la LOPJ)[44].

---

42 Los presidentes de las Salas de Justicia y los jueces integrados en los Tribunales de Instancia son órganos de gobierno de sus respectivos órganos jurisdiccionales, y sobre ellos y de conformidad con el art. 165 de la LOPJ, ejercen la dirección e inspección de todos los asuntos, adoptando las resoluciones que la buena marcha de la Administración de Justicia aconseje, ejerciendo dentro del marco legal las funciones disciplinarias sobre el personal adscrito al órgano judicial, así como sobre los profesionales que se relacionan con el Tribunal
Sobre las Facultades inspectoras véanse los artículos 174 y 175 de la LOPJ, también y para lo que se denomina policía de estrados respecto de los intervinientes en el Tribunal que no sean Abogados o Procuradores, los artículos 190-195 de la LOPJ, y para el caso de que sean abogados y procuradores los artículos 552-557 del mismo texto legal.

43 El artículo 165 de la LOPJ en la regulación dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2025 de 2 de enero, señala en su apartado 2 que "con respecto al personal al servicio de la Administración de Justicia se estará a lo previsto en su respectivo régimen disciplinario."

44 Cfr. con el art. 464 de la LOPJ anterior a la reforma de la LO 19/2003.

II.3. Retorno al ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas

Una tercera perspectiva que merece nuestra atención es el derecho a retornar al ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas, como por ejemplo cargos políticos. Y es que, la separación y el control recíproco de los poderes es uno de los principios básicos de los Estados Constitucionales, por lo que en la defensa de esta separación es clave la independencia de los jueces.[45] En definitiva, y siguiendo a RODRIGUEZ,[46] lo que subyace aquí es la confrontación, que no debiera ser tal, por cuanto la actividad política y la jurisdiccionalidad deberían de tener algunos cauces de comunicación y relación. Han de existir espacios de inter-relación entre la postura de que la distancia de la actividad política protege la independencia del juez, frente al razonamiento del pluralismo, propio de las democracias modernas, en las que todos los poderes públicos, también los jueces deber ser reflejo y participar de la diversidad que acoge la Sociedad Civil[47]. En definitiva, hoy en día, la importancia y la

---

45 Esta es la razón por la que se llegó a afirmar que "el principio de separación de poderes se reduce, de hecho, a garantizar la independencia de jueces y tribunales", frase que se cita como una "acertada síntesis" de la doctrina constitucional sobre la separación de poderes en TOMÁS Y VALIENTE, F., «Poder Judicial y Tribunal Constitucional». *Poder Judicial, XI extraordinario, 1989, p. 17. Vid.* DE ESTEBAN, J., LÓPEZ GUERRA, L. (eds.), *El régimen constitucional español. Barcelona: Labor, 1980, p. 237.*

46 RODRÍGUEZ, A., "De la judicatura a la política y viceversa. El ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022, pp.185-217.

47 Lo que se persigue es eliminar cualquier forma de "monopolio ideológico de la judicatura", pues podría afectar a la imparcialidad del juzgador, de ahí la importancia de encontrar espacios de comunicación e inter-relación entre el ámbito de la política y de los jueces. Un ejemplo en España, de estos espacios para incorporar el pluralismo en la judicatura, es el sistema de turnos que permite que juristas de reconocido prestigio se incorporen a la carrera judicial en distintas categorías. No obstante, hay que advertir de los riesgos de los extremismo o populismos, por cuanto que un pluralismo extremo o polarizado, como podría ser el alineamiento ideológico de un Tribunal de Justicia, erosiona el concepto de independencia del Poder judicial, de la misma forma que ese pluralismo extremista en vez de alcanzar integración de grupos ideológicos diversos, lo que da lugar es la desintegración del conjunto.

necesidad de fomentar la pluralidad ideológica de la judicatura tiene tanta importancia, como la de preservar su independencia[48].

En un principio, en España no se recogían ninguna prohibición de volver al ejercicio de la función jurisdiccional para quienes hubieran desempeñado cargos políticos, tampoco se regulaban periodos de «enfriamiento» o incompatibilidad, a diferencia de lo que sucedía en muchos países de nuestro entorno. Lo que no cabe duda, es que estas prácticas, la existencia de las llamadas «puertas giratorias», erosionan la apariencia de independencia de Jueces y Magistrados.

Desde la aprobación de la LOPJ, hace ya cuarenta años, la misma se ha reformado en múltiples ocasiones, pudiendo distinguir cuatro etapas[49] atendiendo a los requisitos que ha de cumplir el juez que se reincorpora a la carrera judicial después de haber ejercido otras funciones públicas. Una primera etapa abarcaría de 1985 a 1997, en la que el tránsito de ida y vuelta entre la política y la judicatura, no planteaba dificultad alguna[50]. En una segunda fase de 1997 a 2011, el legislador endureció la regulación considerablemente, incrementando las exigencias para volver a ejercer la

---

48 Pero dicho esto, hemos de convenir que es la necesidad de garantizar la Constitución frente a la política la que otorga un nuevo fundamento al principio de independencia del Poder Judicial frente a los otros poderes del Estado, de ahí la necesidad de profundizar y garantizar que el juez no tenga ninguna relación de dependencia, directa ni indirecta con el Poder político. En palabras de FERRAJOLI «La figura y la posición institucional del juez en la democracia constitucional quedan más claramente definidas por su exterioridad respecto del sistema político y por su distanciamiento de los intereses particulares de los sujetos implicados en el procedimiento (…) es claro que para cumplir esta función [el juez] no debe tener ninguna relación de dependencia, directa o indirecta, con ningún otro poder» (p. 73). FERRAJOLI, L., «Jueces y política». *Derechos y Libertades, 7,* 1999, pp. 63-80.

49 RODRIGUEZ habla de tres etapas a la que he añadido una con ocasión de la reforma de la LOPJ de 2024, que abre otra fase en esta materia. *Vid.* RODRÍGUEZ, A., "De la judicatura a la política y viceversa..." *Op. cit.,* pp.185-217.

50 El legislador de 1985, en los arts. 219 y ss y 348 y ss de la LOPJ, conforma un marco jurídico muy favorable a la posibilidad de retorno del juez tras haber ejercido un «cargo político o de confianza». La aceptación del cargo solo exigía comunicación al CGPJ y suponía el pase automático a la situación de servicios especiales en la carrera judicial; y el regreso a la judicatura era igualmente automático, salvo que el Juez decidiera no regresar, en cuyo caso debía dejar su situación de servicios especiales para pasar a la de excedencia voluntaria por interés particular.

jurisdicción[51]: una tercera fase, de 2011 hasta 2024 en el que la regulación suavizó nuevamente la situación[52]. Y en el año, 2024, podemos decir que se ha abierto una nueva fase más exigente con las condiciones exigidas a los jueces y magistrados para retornar al ejercicio jurisdiccional, con la reforma operada por la 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. Esta reforma, incorpora un conjunto de normas, en sintonía con las exigencias de la UE y recogidas en el informe sobre el Estado de Derecho de la UE de 2024.

Lo que es común a estas cuatro etapas, son los aspectos estatutarios o ejes transversales sobre los que basculan las distintas reformas legislativas, pues en el análisis del retorno a la labor jurisdiccional tras un cargo político se ven afectadas; a) la situación administrativa en la que permanece el juez mientras está en la política, lo que condiciona el cómo puede producirse su reingreso; b) la existencia o no de un periodo de «enfriamiento», durante el cual el juez tiene prohibido volver a ejercer funciones jurisdiccionales;

---

51 La reforma de la LOPJ operada por la LO 5/1997, complicó mucho las condiciones para volver a la judicatura desde la política. Por un lado, en lo que se refiere a la situación administrativa del juez que aceptaba un cargo político o se presentaba como candidato a las elecciones dejaba de ser la de servicios especiales para pasar a ser de excedencia voluntaria; por otro lado, se estableció un periodo de "enfriamiento" para la vuelta al ejercicio de funciones jurisdiccionales, este plazo era de tres años desde el cese en el cargo público (plazo o periodo en el que el juez quedaba en situación de excedencia forzosa y que se aplicaba incluso a los candidatos a cargos públicos representativos que no lograban ser electos. Esta excedencia forzosa tras el cese del cargo político, fue suprimida a finales de 2003) y, por último, se introdujo una causa de abstención específica, que se añadía a las ya existentes y se concretaba en haber ocupado un cargo público con ocasión del cual el juez hubiera podido «formar criterio, en detrimento de la debida imparcialidad, sobre el objeto del pleito o causa, sobre las partes, sus representantes y asesores».

52 Con la modificación de la LOPJ operada por la LO 12/2011 de 22 de septiembre, que afectó a los arts. 351 y 356 de dicha norma orgánica, se volvió a suavizar la situación. Se volvió a establecer la situación de servicios especiales para los jueces que ejercieran algún cargo político, conservando la de excedencia voluntaria solo para los candidatos a cargos públicos representativos desde que aceptaban la candidatura hasta que resultaran, en su caso, electos. Al mismo tiempo, se amplió la causa de abstención introducida en 1997 a todos «los asuntos concretos vinculados con su actividad política».

c) La necesidad de abstenerse, a la vuelta a la jurisdicción, de conocer de determinados asuntos, pudiendo ser recusado si no lo hace.

Con respecto a esta última cuestión sobre la abstención[53] recordar que fue la LO 4/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la LOPJ, la que dio una nueva redacción al art. 351 LOPJ , que se ocupa de las situaciones en la que los Jueces y Magistrados serán declarados en situación de Servicios Especiales, para incorporar *in fine,* en el apartado f) como causa de abstención, o en su caso de recusación, el supuesto de que los jueces y magistrados hubieran ocupado algún cargo público y luego, tras su reingreso a la función jurisdiccional, tuvieran que intervenir en «…cualesquiera asuntos en los que sean parte partidos o agrupaciones políticas, o aquellos de sus integrantes que ostenten o hayan ostentado cargo público»[54]. Este precepto ha sido modificado por la LO 3/2024 de 2 de agosto, quedando redactado el actual 351. f) (que se ocupa de la declaración de en situación de servicios especiales para Jueces y Magistrados) de la siguiente manera: «*f) Cuando sean nombrados para cargo político o de confianza en virtud de Real Decreto, Decreto autonómico o acuerdo de Pleno de entidad local con rango de director general o inferior.»,* introduciendo a su vez una letra g en el artículo 356 de

---

53 Y al margen de lo dispuesto en el art. 219.16ª de la LOPJ, que recoge como causa de abstención y, en su caso, de recusación "*Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad.*»

54 En relación a la posible pérdida de la imparcialidad objetiva del juez en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, tras su incorporación a la judicatura después de ejercer un cargo político, ha sido objeto de distintas reformas, así la reforma de 1997 añadió un nuevo apartado, el 12º) al art. 219 LOPJ, contemplando como causa específica de abstención que el juez hubiera podido formarse un criterio propio sobre la causa con ocasión de haber ocupado un cargo público. Además, la contrarreforma de 2011 no solo siguió contemplando esta misma posibilidad, sino que la amplió a todos los asuntos vinculados con su actividad política, sin necesidad de demostrar que el juez se hubiera «formado criterio» sobre la cuestión. Por lo que a la vista de la amplitud con la ley contempla esta causa, parece que se protege el derecho del ciudadano al juez imparcial, otra cosa distinta sería valorar si el sistema judicial, el poder judicial, en su conjunto, puede ver dañada su imagen como poder imparcial si hay un número significativo de jueces, que, con frecuencia, tuvieran que ser apartados de los asuntos que deberían en principio juzgar por haber sido anteriormente un cargo político. Un caso paradigmático de esta cuestión sería la situación de Magistrado del TC. Sr. Campos, y sus abstenciones en numerosos casos que conoció cuando ejerció de ministro de Justicia.

la LOPJ[55] (que se ocupa de la declaración en excedencia voluntaria) que mantiene la precisión eliminada del 351 f) de la LOPJ. Dicho esto, y al margen de la aplicabilidad o no de esta causa de abstención, lo que no cabe duda es que la imparcialidad del juzgador queda comprometida si el mismo está decidiendo sobre asuntos formados por el gobierno del que formó parte, aunque en un tiempo anterior, o si participa en el enjuiciamiento de conflictos y contenciosos promovidos por ese gobierno o por grupos o partidos políticos a los que perteneció o a los que se enfrentó.

Nuestro texto constitucional, respetuoso con la división de poderes, no admite el ejercicio simultáneo de la potestad jurisdiccional, y de las que se ejercen en el poder legislativo y ejecutivo. Esta es la razón por la que prohíbe a los titulares de la función jurisdiccional que militen en partidos políticos y/o ejerzan otros cargos públicos mientras están en activo. Y, es este marco normativo, el que proyecta un espacio en el que se puede regular el tránsito de ida y vuelta desde la política a la jurisdicción. Y esta regulación se puede hacer desde planteamientos más restrictivos y exigentes o más amplios y suaves, como he expuesto anteriormente. Piénsese por ejemplo en la excedencia forzosa de tres años tras el cese en el cargo político (vigente de 1997 a 2003), que impedía con carácter absoluto el retorno a la carrera judicial. O la excedencia voluntaria (vigentes desde 1997 a 2011), que suponía una importante pérdida de derechos para el juez de carrera, pues cuando el mismo volvía a la judicatura, no se le computaba el tiempo de servicio para ascensos y debía concursar de nuevo para acceder a una plaza en la judicatura, ya que no habría podido reservar la suya. Todo lo contrario de lo que ocurre cuando la regulación opta por la situación de servicios especiales, pues con la misma se le asegura al juez el cómputo del tiempo que está en un cargo político a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos, la reserva de la plaza que ocupa o la que pudiera obtener

---

55 Se introduce una letra g) en el artículo 356 de la LOPJ por la LO 3/2024 de 2 de agosto, con el siguiente tenor:
«g) Cuando sean nombrados para cargo político o de confianza en virtud de Real Decreto, Decreto autonómico o acuerdo de Pleno de entidad local, con rango superior a director general, o elegidos para cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o Juntas Generales de los Territorios Históricos, o titular de la Presidencia de una Corporación local. En este caso, así como en el supuesto previsto en la letra f), los jueces y magistrados, y los funcionarios de otros cuerpos, que reingresen en la Carrera correspondiente deberán abstenerse, y en su caso podrán ser recusados, de intervenir en cualesquiera asuntos en los que sean parte partidos o agrupaciones políticas, o aquellos de sus integrantes que ostenten o hayan ostentado cargo público.»

estando en esa situación y la consideración de los servicios prestados como si se hubiera permanecido en la judicatura a efectos de promoción.

Como vemos resulta siempre complejo alcanzar un equilibrio[56], entre los derechos del Juez Funcionario y titular de la función jurisdiccional cuando vuelve de la política, pues el Juez en cuanto ciudadano también es titular de derechos fundamentales, pero también se han de garantizar y respetar los derechos de los ciudadanos en tanto que posibles justiciables, y que merecen una justicia independiente e imparcial.

En este marco, el pasado 25 de junio de 2024, en Bruselas, se alcanzó un acuerdo entre el PP y PSOE,[57] con la mediación de la Vicepresidenta de la Comisión Europea, Vera Jourová, que incluía mecanismos específicos para evitar las «puertas giratorias» en el Poder judicial, dicho acuerdo se concretó en la 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. En concreto, los jueces y magistrados deberán declararse en excedencia voluntaria[58] cuando se presenten o sean elegidos para la

---

56 Sobre esta cuestión, también encontramos algunas recomendaciones éticas formuladas por la Comisión de Ética Judicial en su dictamen de 13 de mayo de 2021(Consulta 1/21). Una regulación que a todas luces era insuficiente. En este sentido la Comisión Europea en su informe de 2023 ya destacó que "*el régimen de incompatibilidades de los jueces y magistrados con otras profesiones, como los cargos políticos, sigue suscitando preocupación"*. Por ello concluía que era conveniente que en España se reformara la regulación relacionada con el tránsito judicatura-política para introducir garantías suficientes, como ocurre en otros países europeos.

57 https://www.epe.es/es/politica/20240625/lea-texto-integro-acuerdo-psoe-pp-cgpj-104274994 (consulta: 26/05/2025); https://www.abc.es/espana/consulta-acuerdo-integro-firmado-psoe-pp-renovacion-20240625185917-nt.html (consulta: 26/05/2025)

58 Conforme al artículo 356 LOPJ, "Procederá declarar en la situación de excedencia voluntaria, a petición del juez o magistrado, en los siguientes casos:
f) Cuando se presente como candidato en elecciones para acceder a cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales.
g) Cuando sean nombrados para cargo político o de confianza en virtud de Real Decreto, Decreto autonómico o acuerdo de Pleno de entidad local, con rango superior a director general, o elegidos para cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o Juntas Generales de los Territorios Históricos, o titular de la Presidencia de una Corporación local.

mayoría de cargos representativos o de altos cargos en la Administración (hasta ahora pasaban a servicios especiales, lo que suponía reserva de plaza y cómputo de la antigüedad de los años en los que estaban dedicados a la política, por lo que la situación actual supone un endurecimiento de las condiciones).

Además, en el acuerdo se establece un periodo de enfriamiento/«*cooling off*» de manera que, una vez concluido su mandato o el ejercicio de dicho cargo, deberán esperar dos años para volver al ejercicio de la judicatura, período en el que quedarán adscritos al Presidente del Tribunal Supremo o al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma según corresponda[59].

En el mismo sentido del punto anterior, se establece como requisito para la elección de los vocales no judiciales del CGPJ, que no hayan ocupado cargos políticos en los cinco años anteriores (Ministros, Secretarios de Estado, Consejerías Autonómicas, Alcaldías, Diputados, Senadores, Europarlamentarios, etc.)[60].

En definitiva, a la vista de todo lo expuesto, recuerdo como a finales del siglo pasado, aparecieron en nuestro país los llamados «jueces estrella», cuyas actuaciones dieron lugar a que se endureciera la legislación de ida y vuelta de la política a la judicatura.[61] La situación actual dista mucho de la de entonces, pero no por ello han desaparecido los riesgos y los problemas que conllevan una excesiva permeabilidad entre política y justicia, sino todo lo contrario. A diferencia de entonces, hoy día la extraordinaria politización de la justicia, el uso espurio de la misma, la falta de respeto institucional, el desbordamiento del diseño constitucional, están participando de las derivas iliberales o populistas, que son, sin ningún género de

---

En este caso, así como en el supuesto previsto en la letra f), los jueces y magistrados, y los funcionarios de otros cuerpos, que reingresen en la Carrera correspondiente deberán abstenerse, y en su caso podrán ser recusados, de intervenir en cualesquiera asuntos en los que sean parte partidos o agrupaciones políticas, o aquellos de sus integrantes que ostenten o hayan ostentado cargo público.

59 Ello de conformidad en el nuevo apartado 3 del art. 358 de la LOPJ, incorporado por la LO 3/2024 de 2 de agosto.

60 Todo ello de conformidad con el artículo 567.3 de la LOPJ (incorporado por la reforma operada por la LO 3/2024 de 2 de agosto).

61 Sobre los Jueces estrella, *Vid.* FERNÁNDEZ VIAGAS, P., *El Juez Imparcial, Granada, Comares, 1993.*

dudas las verdaderas amenazas de las democracias actuales y de los Estados de Derecho.

II.4. Las asociaciones de jueces y el derecho de huelga

II.4.1. Las asociaciones de jueces y la participación política

Refiere BELLOCH JULBE[62] que el asociacionismo judicial consagrado en el artículo 127 de la CE constituye, con la excepción de las asociaciones empresariales aludidas junto con los sindicatos en el art. 7 de la CE, la única concreta modalidad asociativa que ha merecido una singular consagración constitucional que, en su opinión, supone entenderlas como *tertium genus* diferenciado; por un lado, de los partidos políticos y de los sindicatos; y por otro lado, de los colegios profesionales que regula la Constitución en el artículo 36, presentando además peculiaridades respecto de las restantes asociaciones.

Hemos de recordar con SERRA CRISTOBAL[63] que «en aras a la salvaguardia de tal independencia e imparcialidad —de los jueces y magistrados—, a priori existe una convicción sociopolítica generalizada de que el juez debe abstenerse de involucrarse en actividades de naturaleza política». Por ello como ya hemos mencionado con anterioridad, no se permite a un Juez la afiliación a un partido político o sindicato. Por el contrario, está constitucionalmente previsto el asociacionismo judicial, en el que las connotaciones políticas son de sobra conocidas, razón por la cual este autor entiende que «el asociacionismo constituye el grado inferior, en cuanto a implicación política, frente a la pertenencia a un sindicato o partido político»[64]. Por nuestra parte podemos concluir que el asociacionismo judicial se ha establecido constitucionalmente como el mecanismo de agrupación de jueces y magistrados en defensa de los intereses de la judicatura.

---

62 BELLOCH JULBE, J.A., Jueces y derecho de huelga, *Jueces para la Democracia nº 16-17, 1992, p. 132.*

63 SERRA CRISTOBAL, R., "El derecho de Asociación de los Jueces: Asociacionismo profesional y asociación del juez a asociaciones no profesionales", *Revista Española de Derecho Constitucional, nº 83, mayo-agosto 2008, p. 116.*

64 SERRA CRISTOBAL, R., *op. cit. P. 118.*

En lo que se refiere a la situación europea, cabe mencionar que en Alemania existe la Asociación Federal de Jueces (*Deutscher Richterbund),* que agrupa a un total de 25 asociaciones judiciales y que, según se dice, es independiente de cualquier partido político. En Francia se produjo la transformación del asociacionismo en sindicalismo, pues se consideró que la estructura sindical servía mejor a la defensa de los intereses profesionales. En Italia, hasta el año 2005 no había prohibición legal respecto a la posibilidad de afiliarse a partidos políticos o sindicatos[65]. Y por último, en Gran Bretaña no hay asociaciones de jueces, por lo que se entiende que cualquier reivindicación referida a las condiciones del servicio debe ser defendida y solventada por el gabinete del *Lord Chancellor*[66].

Por lo que se refiere a España, es el artículo 127 de la CE el que, junto a la prohibición de los jueces de pertenecer a partidos políticos y sindicatos, hace referencia al asociacionismo judicial. Este precepto constitucional fue muy debatido durante la elaboración de la carta Magna, y es de interés dejar anotado que mientras la prohibición de los jueces de pertenecer a partidos políticos fue lo que apareció en primer lugar en el borrador, la prohibición de pertenecer a sindicatos se introdujo por la Comisión Constitucional del Congreso. Por último, fue una enmienda transaccional *in voce* del diputado Sr. Roca la que abrió la posibilidad de que fuera una futura ley la que estableciera el sistema y modalidad de

---

65 El artículo 98.2 de la Constitución Italiana dice que "se podrán establecer por ley limitaciones al derecho de inscribirse en los partidos políticos para los magistrados". El legislador no hizo uso de esta opción hasta el año 2005 mediante Decreto Legislativo posteriormente modificado por la Ley 269/2006 en el sentido de prohibir "la inscripción o la participación sistemática y continuada en un partido político o la directa colaboración en la actividad de sujetos operantes en el sector económico y financiero, que puedan condicionar el ejercicio de las funciones o comprometer la imagen del magistrado". Actualmente la Asociación Nacional de Magistrados (ANM), regida por un comité directivo de 36 miembros, reúne en Italia al 96% de los Magistrados, siendo un órgano de representación sin carácter político.

66 Lo que existe en Gran Bretaña son agrupaciones que representan los intereses de jueces específicos o en ciertas áreas. La UK *Association of Police Courts (UKAFPJ)* representa a los jueces de los tribunales del Reino Unido, incluyendo tanto jueces remunerados como asalariados. Por otro lado, la Judicial Conduct Investigations Office (JCIO) apoya al Lord Chancellor y a la Presidenta del Tribunal Supremo en la disciplina judicial, y se ocupa de tramitar denuncias por mala conducta de jueces.

asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales, así es como acabó resultando el artículo 127 CE[67].

La delimitación de los fines y actividades de las asociaciones de jueces y magistrados se recoge en el artículo 401.2 de la LOPJ señalando que «podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la justicia en general. No podrán llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculación con partidos políticos o sindicatos». No obstante «nada es tan próximo a la actividad sindical como la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos. De hecho, no se ha dudado en afirmar que las asociaciones judiciales tienen una innegable vertiente sindical»[68]. En el mismo sentido se expresan GALLEGO y MONEREO cuando dicen que en cualquier caso, el artículo 127.1 no cercena el cometido funcional de tales asociaciones, que materialmente es sindical[69].

En definitiva, está bastante extendida la convicción de que *de facto se trataría de «sindicatos con régimen especial»*[70], o de que su cometido funcional es materialmente sindical (defensa de los intereses profesionales). Lo que resulta incuestionable, al margen de la posible naturaleza de las asociaciones profesionales, es que las mismas son para los jueces y magistrados «el instrumento fundamental a cuyo través resulta posible para ellos la actualización del vector promocional de la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos recepcionado en los artículos 9 y 23 de la CE, toda vez que pesa sobre estos colectivos la interdicción de pertenencia a los partidos

---

67 *Vid.* GALLEGO MORALES, A., y MONEREO PEREZ, J. L.; "La asociación profesional y el derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales", en MONEREO PEREZ y otros (coords.): Comentario a la Constitución Socio-económica de España, Granada 2002, Ed. Comares, pp. 1161.

68 SERRA CRISTOBAL, R., "*El derecho de Asociación de los Jueces: Asociacionismo profesional y asociación del juez a asociaciones no profesionales", op. cit. p. 125*. Vid también en el mismo sentido RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., La Huelga de los jueces, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 2, febrero de 2009, p. 53.*

69 *Vid.* GALLEGO MORALES, A. y MONEREO PEREZ, J. L.; "La asociación profesional y el derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales", en MONEREO PEREZ y otros (coords): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España, op. cit. p. 1170).*

70 OJEDA AVILES, A. "Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales", en *Jueces para la Democracia nº 16-17, 1992, p. 138, y en Actualidad Laboral nº 6/8 de 14 de febrero de 1993, pp. 87-92.*

políticos y de los sindicatos. De modo que tales asociaciones profesionales también han de contribuir a la realización de la idea participativa, compensando la imposibilidad de acudir a otros canales de los que expresamente se hallan privados»[71].

En la misma línea argumental se expresa BELLOCH JULBE[72], señalando que el derecho de participación directa de los ciudadanos comprende «la vehiculación precisa de esa participación a través de los grupos en que los ciudadanos se integran», y la Constitución consagra distintos instrumentos colectivos para articular esa participación directa de los ciudadanos en los «asuntos públicos» siendo los principales, los partidos políticos (art. 6 CE), los sindicatos, las asociaciones empresariales (a las que hace referencia el art. 7 CE), y las asociaciones consagradas en el artículo 22 de la CE, «que en realidad constituyen el género, de la que partidos y sindicatos vendrían a ser especies». Entiende BELLOCH que el movimiento asociativo judicial es una nueva especie del derecho de asociación llena de peculiaridades, que responde a la necesidad de colmar el derecho constitucional de jueces y magistrados a participar directamente en la vida política a través de los grupos en que como ciudadanos se integran.

La CE y la LOPJ sólo se refieren a las asociaciones profesionales de jueces y magistrados, pero nada impide que un juez pueda solicitar su admisión en una asociación no profesional. En este sentido se puede ver la LO 1/2002 reguladora del derecho de asociación que, al referirse a la capacidad para asociarse, simplemente señala que «los Jueces, Magistrados y Fiscales habrán de atenerse a lo que dispongan sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales», (art. 3.d). Por lo tanto, no hay ninguna limitación adicional para jueces y magistrados en lo que se refiere al derecho de asociación, más allá de lo que se ha prohibido por nuestra Constitución.

El alejamiento del juez de la política y por ende, el de las asociaciones judiciales de actividades de carácter político o sindical viene a garantizar, entre otras cosas, la imagen de independencia que debe acompañar a

---

71 MONEREO PEREZ en GALLEGO MORALES, A. y MONEREO PEREZ, J. L.; "La asociación profesional y el derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales", en MONEREO PEREZ y otros (coords): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España, op. cit. p. 1172.*

72 BELLOCH JULBE, J.A.*, Jueces y derecho de huelga, op.cit., p. 133.*

la justicia. Coadyuva a salvaguardar una imagen del poder judicial en el que la sociedad ha depositado su confianza, de unos jueces que son los garantes últimos de sus derechos y pieza insustituible del Estado de Derecho. Pero lejos de mantener a los jueces alejados de los asuntos políticos las asociaciones judiciales han servido precisamente para permitir a los jueces inmiscuirse en un terreno que su estatuto profesional les veta. Por ello BELLOCH JULBE entiende que «las Asociaciones Profesionales deben limitar su función de instrumento fundamental de participación en la vida política a la que podríamos denominar —vida política judicial— no entrando más que en aquellos aspectos que realmente resultan inseparables de cualquier concepto racional o razonable de Poder Judicial, en particular la teoría de los derechos y libertades fundamentales, no abarcando fuera de sus concretos aspectos otras facetas de la llamada política general»[73].

Entiende por lo tanto BELLOCH que el artículo 127 de la CE tiene como objetivo garantizar la imparcialidad de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales ante las diversas opciones políticas globales que se proyectan tanto en los partidos políticos como en los sindicatos. Por lo tanto, la limitación del artículo 127 de la CE constituiría una prohibición referida a jueces y magistrados considerados como individuos aislados, y no como colectivos asociativos y además, referida al ejercicio de la función jurisdiccional. Y el verdadero motivo de esta limitación no puede ser otro que la doble condición de los jueces, de los asociados a esa modalidad específica de asociación que, por un lado, supone que los jueces son funcionarios y por otro son integrantes de un poder del Estado, perspectiva que no hemos de olvidar o minorar.

La prohibición que afecta a jueces y magistrados de pertenecer a sindicatos no supone en modo alguno prohibir o impedir que los mismos puedan defender sus intereses profesionales. En este sentido, las Asociaciones Profesionales pueden ser entendidas como el instrumento fundamental para la participación de los jueces en la vida política judicial y, por lo tanto, pueden ser el cauce idóneo para la defensa de los intereses de sus asociados. Ahora bien, dicho esto, la cuestión no estaría en la legitimidad o no de las asociaciones profesionales para la defensa y promoción de esos intereses, sino que el problema radicaría en qué instrumentos son susceptibles de ser utilizados por las Asociaciones, por los jueces, para que el derecho no carezca de contenido. En definitiva,

---

73 BELLOCH JULBE, J.A., *op. cit. p. 133.*

el tema no estaría en la titularidad o no del derecho de huelga por parte del juez, sino más bien en concretar la posibilidad de su eventual ejercicio.

II.4.2. El derecho de huelga.

Al hablar del derecho de huelga y de los jueces y magistrados, abordamos una polémica de honda raigambre que algún autor denomina «caso especial»[74]. Hay que decir que «los jueces como colectivo y la huelga como fenómeno jurídico» en nuestra experiencia y en nuestra cultura, también jurídica, casaban mal,[75] por lo que hablar de huelga de jueces parecería algo extraordinario, a pesar de que muchos piensan que ya la hemos vivido alguna.[76]

Por otro lado, el derecho de huelga de los jueces, ha sido siempre y hasta nuestros días un debate de poco consenso y con poca proyección mediática, aunque esto último ha cambiado radicalmente, por lo que es necesario como hace PEREZ BENITEZ[77] que adoptemos algunas prevenciones, entendiendo que hace tiempo que se abandonó el paradigma de la existencia de una única solución correcta, y por lo tanto «no es cierto que cuando dos juristas discuten sobre una solución, aportando respuestas divergentes, necesariamente uno esté equivocado y el otro resulte amparado por la letra y el espíritu de la ley», e igualmente hemos de considerar que «tampoco la falta de una prohibición expresa en la norma fundamental es argumento de peso para apoyar el ejercicio del derecho de huelga por

---

74 GONZALEZ DE LA ALEJA, R. *La Titularidad del Derecho de Huelga. En especial en la Función Pública: Perspectivas jurídico críticas.,* Ed. Comares. Granada 1999, p. 354 y ss.

75 RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., La Huelga de los jueces, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 2, febrero de 2009, p. 48.*

76 Y digo que algunos piensan esto, pues fue disfrazada de reunión simultánea de Juntas de Jueces el 21 de noviembre de 2008. Posteriormente tuvo lugar otra huelga el 14 de noviembre de 2012 (seguida por un 23'57 % de Jueces según datos del CGPJ). Y hace dos años, en 2023, fue noticia de portada la huelga prevista en principio para 16 de mayo, que finalmente se suspendió por el acuerdo de las Asociaciones profesionales con el gobierno. Por último, el 1, 2 y 3 de julio de 2025 tuvo lugar una huelga de jueces y magistrado en protesta por el anteproyecto de reforma de la LOPJ, y del EOMF para la ampliación y fortalecimiento de las carreras judicial y fiscal, que según la Asociación Judicial Francisco de Vitoria fue respaldada por un 70% de jueces y fiscales.

77 PEREZ BENITEZ, J. J., "Jueces y Huelga" *La Ley nº 225/2009 de 5 de febrero, p. 1.*

los jueces. La tesis de que, en materia de derechos fundamentales, todo lo no prohibido ha de resultar permitido, se antoja sumamente débil». Desde estas consideraciones y prevenciones podemos iniciar el análisis de la cuestión.

En primer lugar, hemos de plantearnos si en la materia que nos ocupa existe un vacío normativo. CAMARA VILLAR,[78] al hablar del derecho de huelga de Jueces, 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». Por el contrario PEREZ ROYO[79] mantiene que no hay «ningún vacío en el ordenamiento español respecto del derecho de huelga de jueces y magistrados. Hay mucho más que una prohibición expresa. La huelga de un juez o magistrado es la negación de su propia condición como poder del Estado».

Como ya he dejado dicho, es al artículo 28 de la CE el que 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 están legitimados para el ejercicio del mencionado derecho[80]. Así mismo el derecho de huelga es considerado como un derecho social[81] y por lo mismo «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 igualación y participación social, debidamente promovidas por los poderes públicos a las que hace referencia el artículo 9.2 de la propia Constitución Española»[82].

---

78 CAMARA VILLAR, G. *El tercer poder del Estado amenaza con la huelga,* artículo publicado en el diario La Opinión de Granada, 16 de enero de 2009.

79 PEREZ ROYO, J. *Burdo fraude de Ley,* artículo publicado en el diario el País, sábado 17 de enero de 2009.

80 *Vid. e*ntre otros MONEREO PEREZ, J.L. "Limites subjetivos del derecho de huelga: algunas reflexiones críticas", *Relaciones Laborales, Tomo 1993-II, pp. 89-113.*

81 MONEREO PEREZ lo denomina "derecho social fundamental de libertad", en "La Huelga", en MONEREO PEREZ y otros (coords): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España, Granada 2002, Ed. Comares, p. 1058.*

82 LOPEZ MARTIN DE LA VEGA, R. *La huelga de funcionarios públicos y el código penal,* Ed. Bomarzo, Albacete 2005, p. 155.

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[83]. Hoy 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), reconoce expresamente a los empleados públicos el siguiente derecho individual que se ejerce de forma colectiva: «el ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». El Estatuto básico del empleado público se aplica al personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas, y en lo que pueda a su personal laboral incluidos en su ámbito de aplicación, teniendo carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación (art. 2, apartados 1 a 5 del RDL 5/2015). Sin embargo, esta ley recoge expresamente 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). En ningún precepto de la LOPJ 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 derecho.[84]

A la hora de abordar el problema hemos de recordar como hace SOLDEVILA[85], que «se ha llegado a negar que jueces y magistrados

---

83 Sobre el derecho de huelga de los funcionarios públicos, *Vid.* por todos a CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. *El derecho de Huelga de los funcionarios públicos,* Ed. Thomson- Aranzadi, Madrid 2006.

84 Tengamos también en cuenta en esta exposición otro dato, como es que la DA 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 "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 hay que decir 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.

85 SOLDEVILA FRAGOSO, S., Derechos de Huelga de Jueces y Magistrados, *en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 7, 1993, p. 414.*

sean funcionarios, habida cuenta 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.

II.4.2.1. El problema técnico. La búsqueda del equilibrio.

Como anota SANCHEZ PEGO[86], «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 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 hemos de decir que 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 abordada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 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, qué únicamente corresponde a los trabajadores y las facultades que integran el

---

86 SANCHEZ PEGO, F.J., La huelga en la función pública y las huelgas judiciales, *Documentación Laboral nº 42, 1992, p. 96.*

mismo que corresponderían tanto a los trabajadores individuales como a los sindicatos[87].

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. En definitiva y siguiendo a OJEDA AVILES el art. 28 de nuestra Carta Magna consagra en su número 1 la libertad sindical y en su número 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[88].

Por otro lado, la LOPJ al regular el derecho de huelga en su artículo 496[89], lo 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, magistrados y secretarios judiciales[90]. No obstante, no podemos deducir que el legislador haya querido privarles de ese ejercicio, 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 recogi-

---

87 Sobre la titularidad individual y el ejercicio colectivo del derecho de huelga *Vid.* LOPEZ MARTIN DE LA VEGA, R. *La huelga de funcionarios públicos y el código penal,* Ed. Bomarzo, Albacete 2005, p. 158 y siguientes.

88 OJEDA AVILES, A. "Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales", en *Jueces para la Democracia* nº 16-17, 1992, pág. 136-137. *Vid.* mismo trabajo *en Actualidad Laboral* nº 6/8 de 14 de febrero de 1993, pp. 87-92.

89 El art. 496 es un precepto modificado por la LO 19/2003, que 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"

90 *Cfr.* Art. 470 LOPJ.

dos son directamente invocables ante los tribunales ordinarios de justicia, siendo título suficiente para su ejercicio[91].

Por otro lado, el derecho de huelga no tiene carácter ilimitado pudiendo el legislador prohibirlo o imponerle limitaciones o condiciones para su ejercicio. Como referencia, constatamos que en España hay funcionarios como la policía (LO 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado[92]) y el personal militar (Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas[93]) que lo tienen prohibido.

II.4.2.2. La Cuestión no es la titularidad del derecho sino a qué límites está sometido el mismo.

Por lo tanto, a la vista de 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, cómo operan, con qué criterios han de ser interpretados y sobre todo, con qué limitaciones han de ser aplicados.[94]

Una primera limitación sería la que pone de manifiesto OJEDA AVILES[95] señalando que «aplicar al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales los límites que le son propios[96] abarca una parte, quizá la

---

91 *Vid.* Fundamento jurídico Número 7 de la STC 8 abril de 1981.

92 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*"

93 Es el artículo 7 dedicado a la neutralidad política y sindical el que señala en su apartado 2, párrafo segundo 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"*

94 AGUIAR DE LUQUE, L., "Poder judicial, estatuto del juez y libertad de expresión", en Alessandro PIZZORUSSO (Coord.): *Libertad de manifestación de pensamiento y jurisprudencia constitucional: Doctorado de "Justicia Constitucional y Derechos fundamentales",* Valencia 2005, Ed. Tirant Lo Blanch, p. 273.

95 OJEDA AVILES, A. "*Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales", op. Cit., p. 139. Vid* también mismo trabajo en *Actualidad Laboral nº 6/8* de 14 de febrero de 1993, pp. 87-92

96 Servicios mínimos, control de los mismos…etcétera.

principal, de la problemática en torno a ese fenómeno. Hay problemas sucesivos, pero asimismo importantes, como es el de controlar la legalidad de las huelgas de este personal. ¿Quid custodiat custodes?, podríamos interrogarnos. 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 vendrán, con razón, recusados para tal menester?».

Una segunda limitación, entiende parte de la doctrina que estaría constitucionalmente implícita, y sería la de que no caben huelgas judiciales «políticas», lo que supondría que «las Asociaciones Profesionales no pueden pretender hacer uso de tal instrumento 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»[97].

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 labor y 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, por cuanto 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. Quienes sostienen que los Jueces y Magistrados pueden ejercer la huelga 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.

Por último, una cuarta limitación 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 del Juez como titular de un poder del Estado, parece inadmisible 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 condi-

---

97 BELLOCH JULBE, J.A., *Jueces y derecho de huelga, op. Cit., p. 134.*

ciones de trabajo conlleva una situación de dependencia, ya que la huelga reivindicativa se ejercita por el subordinado respecto de su empleador[98].

Otra cuestión distinta es la realidad de esa relación de dependencia por cuanto existe la incidencia del poder ejecutivo en los ingresos económicos de jueces y magistrados, y por lo tanto destacamos 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».[99]

Por su parte, PEREZ ROYO[100] 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 entiende este autor 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,

---

98 CAMARA VILLAR, G. *El tercer poder del Estado amenaza con la huelga,* publicado en el diario La Opinión de Granada, 16 de enero de 2009. El profesor Cámara indica que *"el caso de los jueces es distinto. No se trata aquí ni de trabajadores por cuenta ajena ni de personas que estén en una relación "de especial sujeción" ante la Administración de Justicia, sino de personas que son portadoras de un poder del Estado. Y lo son no como colectivo, sino singularmente todos y cada uno de los mismos… Por consiguiente, por mucho que estiremos el concepto y aunque evidentemente los jueces trabajen como profesionales de la Administración de Justicia (probablemente muchos de ellos más de lo que sería razonable exigirles), no son ni mucho menos trabajadores que tengan que defender sus intereses frente a un empleador, sino un poder del Estado independiente de cualquier otro poder. Precisamente por ello no podrán desempeñar otros cargos públicos mientras estén en activo ni pertenecer a partidos o sindicatos, si bien pueden canalizar sus reivindicaciones profesionales a través de su modalidad específica de asociación profesional (art. 127 de la Constitución)".* En su opinión si los jueces acuden a la huelgan no ejercitan un derecho fundamental, sino que lo que hacen es abandonar temporalmente el ejercicio del poder jurisdiccional del que son portadores por mandato constitucional, dejando en el vacío ese concreto poder del Estado.

99 SOLDEVILA FRAGOSO, S., *Derechos de Huelga de Jueces y Magistrados, op. cit., p. 416.*

100 PEREZ ROYO, J. *Burdo fraude de Ley,* artículo publicado en el diario el País, sábado 17 de enero de 2009.

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 tribunales superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y del Consejo General del Poder Judicial, 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 a modo de conclusión, recordemos que el TC en su ST de 8 de abril de 1981 (FJ nº 12), concretaba que el art. 28 de nuestro texto constitucional no es de aplicación a los llamados trabajadores independientes, auto-patronos o profesionales, es decir que no son trabajadores por cuenta ajena. Y es que esta concepción 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 este órgano asumiera, 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 artículo 28 de la Constitución a los mismos.

II.4.2.3. ¿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 hubo de dar respuesta 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, resolviendo que no procedía tener por anunciada la convocatoria de huelga. En concreto, el Pleno del CGPJ consideró la propuesta de huelga ilegal o, más

exactamente, sin soporte normativo alguno (FJ 2º)[101], añadiendo a continuación que no podía proceder a la fijación de servicios mínimos ni tener por tales aquellos que pudieran señalar quienes suscribían los escritos (FJ 3º), terminando su razonamiento con un último argumento, «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» (FJ 4º).

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, muestra en dicha declaración su apoyo a las peticiones de jueces y magistrados, advirtiendo «que la respuesta efectiva a tales peticiones no se inscribe en el ámbito de sus medios propios ya que la cobertura presupuestaria de las medidas a adoptar está en manos del Ministerio de Justicia y de las Comunidades Autónomas a las que se ha transferido la competencia en esta materia».

Es decir, hace un difícil equilibrio, dando como se dice coloquialmente, una de cal y otra de arena, para finalizar 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».

Ahora bien, cabría una posibilidad digna de estudio, un CGPJ con autonomía presupuestaria y con competencias plenas en la materia. El supuesto de la existencia 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

---

[101] En concreto el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 9 de febrero de 2009 en su FJ segundo expresó 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".

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. Hemos de valorar 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.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, en estas líneas he intentado concretar una serie de reflexiones en torno a los derechos de participación política de jueces y magistrados, que cómo en una fuerza centrípeta cambian, modulan y se adaptan a nuestra realidad social, pero que tienen como centro, tanto para su desarrollo y su avance el concepto de independencia judicial, en sus múltiples manifestaciones, independencia del juez-persona, independencia del juez funcionario, independencia del titular de la función jurisdiccional e independencia del Poder Judicial, como uno de los poderes estructurales de los Estados democráticos. Es, en este marco sociológico, político y jurídico, en el 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.

Ahora bien, es necesario determinar si en esta defensa de dichos intereses profesionales, pueden utilizar determinados instrumentos, uno de ellos la huelga, teniendo en cuenta que la cuestión no es la titularidad de la huelga sino la concreción de su posible ejercicio. Y, respecto de este tema es clave 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 actual marco regulatorio de las relaciones del titular de la función jurisdiccional no permite ni reconoce el ejercicio del derecho de

huelga por jueces y magistrados, lo que no significa que, si se llevaran a cabo cambios sustanciales en esta materia, en especial en el diseño de un Consejo General del Poder Judicial con autonomía presupuestaria propia, pudiera alumbrar otra situación más acorde con un estado de derecho del siglo XXI.

La suficiente imparcialidad judicial. Entre sesgos, ruido y confianza en la justicia

CARMEN CUADRADO SALINAS

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

ÍNDICE: I. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL: DIMENSIONES Y ENFOQUE DEL TEDH. I.1. La falibilidad humana, la imparcialidad judicial y el mito del algoritmo imparcial. I.2. Ruido, sesgo y predictibilidad en las decisiones judiciales. II. IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y LÍMITES DE SU OBJETIVIZACIÓN. II.1. La doctrina *Locabail*. II.2. La suficiencia de la imparcialidad judicial en contextos interpretativos. *III. CONCLUSIONES.*

I. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL: DIMENSIONES Y ENFOQUE DEL TEDH

John Locke, uno de los pensadores más influyentes del empirismo moderno y considerado padre del liberalismo del siglo XVIII, sostenía que la judicatura debía ser concebida como una institución dedicada a la interpretación imparcial del derecho. Para el filósofo inglés, la clave de un sistema de justicia justo y legítimo radicaba, pues, y en última instancia, en la existencia de un juez imparcial[1].

Esta visión filosófica ha permeado profundamente en la construcción teórica y normativa del Estado de Derecho moderno. En efecto, la imparcialidad judicial no solo ha sido reconocida como una exigencia funcional, sino como un valor esencial e inherente a la función jurisdiccional, constituyendo uno de los pilares sobre los que se asienta la propia idea de justicia. La imparcialidad es, por tanto, mucho más que una regla de actuación: es un principio estructural que garantiza que las

---

[1] Kleinig, John, Ethics and Criminal Justice, ed. Cambridge University Press, 2008, p. 156.

decisiones judiciales no se vean contaminadas por intereses, preferencias o prejuicios personales.

No obstante, la imparcialidad no actúa de manera aislada. Históricamente ha estado acompañada de otros valores fundamentales, entre los cuales destaca la integridad; y si bien en el lenguaje común el término «integridad» suele asociarse al de «honestidad individual», en el contexto judicial dicho término adquiere un significado más amplio y profundo. Tal como lo ha desarrollado KLEINIG la integridad en la judicatura implica no solo honestidad, sino también rectitud y moralidad en la toma de decisiones. En este sentido, pues, un juez íntegro no es únicamente aquel que actúa con honestidad, sino aquel que orienta su labor conforme a estándares éticos elevados, guiado por principios de justicia sustantiva[2].

Y esta dimensión ética de la integridad es la que guarda una relación directa con la idea de confianza pública en la justicia. La ciudadanía no solo exige que los jueces resuelvan conforme al derecho, sino que puedan confiar en que lo hacen con imparcialidad, integridad y plena independencia. Así, la percepción de imparcialidad y la evidencia de integridad se convierten en elementos indispensables para legitimar el ejercicio de la función jurisdiccional ante la sociedad.

En consecuencia, tanto la imparcialidad como la integridad deben entenderse como componentes esenciales del Estado de Derecho. Y ello porque, mientras la primera asegura que las decisiones se tomen sin influencias indebidas; la segunda se orienta a que dichas decisiones se ajusten a un ideal ético y jurídico coherente con los valores democráticos. Desde esta perspectiva, pues, la imparcialidad no debe ser concebida como un principio meramente operativo, sino como un fundamento sustantivo del derecho al debido proceso, que trasciende su función técnica para adquirir la categoría de garantía institucional de la jurisdicción y núcleo sustantivo de una justicia digna de confianza.

Por otro lado, la imparcialidad, como principio esencial de la actuación judicial, se proyecta, en palabras de GARDNER, hacia tres audiencias diferenciadas, que han dado lugar al desarrollo de tres dimensiones distintas de la justicia. En primer lugar, una dimensión procesal, vinculada a las partes del proceso; en segundo lugar, una dimensión política, referida al impacto social y al sistema institucional en su conjunto; y, por último, una

---

[2] Kleinig, John, "Ethics…", op., cit., p. 167.

dimensión ética[3], concerniente a los propios jueces, entendida esta como un fin en sí mismo dentro del ideal del «buen juez»[4].

Y dentro de la dimensión procesal, la imparcialidad judicial incorpora, a su vez, dos significados específicos: por un lado, la ausencia de intereses personales del juez en relación con el objeto del litigio, y, por otro, la inexistencia de vínculos o inclinaciones del juez respecto de alguna de las partes[5].

En este sentido, GARDNER señala, además, que la doctrina ha añadido recientemente una tercera dimensión, relevante en el análisis contemporáneo: aquella que exige la ausencia de sesgos personales por motivos de raza, género, orientación religiosa, política u otros factores de índole similar, que puedan comprometer la imparcialidad del juzgador[6].

En relación con esta última categoría de la imparcialidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ya se pronunció con claridad en el emblemático asunto Piersack v Bélgica[7], estableciendo una doctrina que ha sido ampliamente consolidada en la jurisprudencia posterior. En dicho caso, el TEDH reconoció que, si bien la imparcialidad judicial exige la ausencia de sesgos o prejuicios, su examen dentro del marco del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH), no puede limitarse a una única dimensión, sino que requiere un enfoque dual y complementario.

En primer lugar, el TEDH distingue un enfoque subjetivo, centrado en las convicciones, actitudes o predisposiciones personales del juez en el momento de resolver un caso concreto. Este análisis busca determinar si existen elementos que permitan afirmar que el juez ha actuado

---

3 Gardner Geyth, Charles; "The Dimensions of Judicial Impartiality", Florida Law Review, vol. 65, 2013, p. 511.

4 Gardner Geyth, Charles; "The Dimensions…", op., cit., p. 523.

5 Como garantía de la jurisdicción que aboga, en nuestra tradición procesalista, por la ausencia de prejuicios del órgano judicial frente a las partes entre sí contrapuestas y con intereses distintos, y frente al objeto procesal. Vide, Gimeno Sendra, V., Constitución y Proceso, ed. Tecnos, 1988, pp. 56 y ss. En el mismo sentido Ortells Ramos, M., "Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española", en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, Cáceres, nº 3, 1984-85, p. 454.

6 Gardner Geyth, Charles; "The Dimensions…", op., cit., p. 499.

7 Piersack v Bélgica, Nº 8692/79, de 1 de octubre de 1982, y más recientemente en el caso Micallef v Malta, Application Nº 17056/06 de 15 de octubre de 2009.

con parcialidad efectiva, es decir, si su decisión ha estado influenciada por factores personales ajenos a la aplicación de la ley. No obstante, el TEDH parte del principio de buena fe y de la presunción de integridad del juzgador, por lo que únicamente considerará vulnerado este estándar cuando existan pruebas fehacientes y suficientes que permitan constatar una falta real de imparcialidad.

En segundo término, el Tribunal introduce el enfoque objetivo, que no se limita a indagar en el fuero interno del juez, sino que examina las circunstancias externas e institucionales que rodean el procedimiento. En este plano, lo determinante no es la imparcialidad efectiva del juez, sino la apariencia de imparcialidad que proyecta el órgano jurisdiccional ante los ojos de los justiciables y de la sociedad. En este sentido, el TEDH ha afirmado que «la justicia no solo debe hacerse, sino también parecer que se hace»[8], de modo que deben evitarse aquellas situaciones que, sin constituir necesariamente una parcialidad real, generen dudas legítimas sobre la independencia o neutralidad del tribunal.

Este enfoque objetivo obliga a examinar, pues, y entre otros aspectos, la posición institucional del juez, su eventual relación con las partes, el papel desempeñado con anterioridad en el mismo procedimiento, así como la estructura y funcionamiento del órgano jurisdiccional. En consecuencia, el TEDH considera que la imparcialidad puede verse comprometida incluso sin intención subjetiva de favorecer a una de las partes, si el diseño o las condiciones del proceso no garantizan una distancia adecuada entre el juzgador y los intereses en conflicto.

Esta doctrina originada en Piersack ha sido reiterada y desarrollada en numerosos pronunciamientos posteriores, en los que el Tribunal ha insistido en que la confianza pública en la justicia depende, en gran medida, de la garantía de imparcialidad ofrecida por los tribunales, no solo en términos reales, sino también percibidos[9]. Así, el estándar establecido por

---

8 "*Justice must not only be done; it must also be seen to be done*". Caso Delcourt v Bélgica, TEDH, Application Nº 2689/65, de 17 de enero de 1970, apartado 31.

9 Así, en el asunto *De Cubber v. Bélgica (n.º 9186/80, sentencia de 26 de octubre de 1984), el Tribunal subrayó la importancia de que el juez que haya participado como instructor en una fase previa del proceso no actúe posteriormente como juzgador, al considerar que ello vulnera la apariencia de neutralidad, aun cuando no se demuestre parcialidad efectiva. Se refuerza aquí la dimensión* **objetiva** del estándar, en la medida en que lo decisivo no es la intención del juez, sino la confianza que el procedimiento debe inspirar a las partes. Del mismo modo, en *Morice v. Francia (n.º 29369/10, Gran Sala, sentencia de 23 de abril de 2015), el TEDH reiteró que la imparcialidad se compromete no solo por con-*

el TEDH incorpora tanto el análisis de los factores internos que puedan afectar al juez individual como el examen de las condiciones externas del proceso judicial, estableciendo un marco integral para la evaluación de la imparcialidad conforme al artículo 6.1 del Convenio.

En este marco interpretativo, pues, debemos entender la imparcialidad como la ausencia de preferencias o prejuicios personales evaluables y constatables, que puedan incidir de manera indebida en la decisión judicial.

I.1. La falibilidad humana, la imparcialidad judicial y el mito del algoritmo imparcial

Resulta innegable que el ser humano, en tanto sujeto social, se encuentra profundamente influido por factores tales como su educación, entorno cultural, creencias religiosas, ideología o experiencias personales. Estas variables moldean la percepción de la realidad y, por tanto, condicionan —de manera más o menos consciente— sus procesos decisionales. En este contexto, cabe preguntarse legítimamente si es posible exigir al juez una imparcialidad absoluta, entendida como una total ausencia de sesgos cognitivos, morales o emocionales.

Esta cuestión, lejos de ser meramente teórica, ha cobrado especial relevancia en el marco de la digitalización de la justicia y la incorporación progresiva de tecnologías basadas en inteligencia artificial. Uno de los argumentos centrales que ha impulsado la adopción de estos sistemas es, precisamente, la pretensión de superar los límites inherentes al juicio humano. Se ha sostenido que, a diferencia del ser humano, los algoritmos —al operar sobre datos y patrones lógicos— podrían ofrecer decisiones objetivas, libres de prejuicios personales o influencias externas, garantizando así un grado superior de neutralidad e imparcialidad[10].

---

ductas explícitas de favoritismo, sino también por vínculos previos entre el juez y las partes, o entre el juez y personas relacionadas con los hechos del caso. Esta sentencia pone de manifiesto la necesidad de una transparencia total en las condiciones de participación de los jueces, como garantía esencial del debido proceso (apartados 76 a 78 y apartado 89).

10 Keats Citron, Danielle/ Pasquale, Frank, "*The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*", *University of Maryland Francis King Carey School of Law Legal Studies Research Paper,* Nº 2014-8, disponible en (https://ssrn.com/abstract=2376209; consulta: 5/12/2025), p. 6.

Sin embargo, esta visión idealizada de la tecnología ha sido objeto de crecientes críticas por parte de la doctrina especializada. El supuesto de que los algoritmos son, por naturaleza, incapaces de producir decisiones sesgadas ha resultado ser profundamente ingenuo. Diversos estudios han demostrado que los algoritmos no solo son susceptibles de reproducir los sesgos existentes en los datos con los que han sido entrenados, sino que también pueden amplificarlos, especialmente cuando los sistemas aprenden a partir de información histórica contaminada por decisiones humanas previamente influenciadas por prejuicios estructurales[11].

De este modo, la promesa de una justicia automatizada e imparcial se revela como una ilusión técnica y ética. La imparcialidad, tanto en el juez humano como en el sistema algorítmico, no puede entenderse como una cualidad inherente, sino como una meta regulativa sujeta a controles, garantías y procesos de revisión constantes. De esta forma, podemos decir que la exigencia de una imparcialidad absoluta al ser humano resulta tan problemático como depositar en la inteligencia artificial una confianza ciega en sus decisiones como absolutamente ciertas y objetivas. Y por ello, lo lógico, no es sustituir la falibilidad humana por una supuesta perfección tecnológica, sino reconocer y gestionar críticamente los márgenes de error judicial afectados por una posible decisión no compatible con los postulados del principio de imparcialidad.

I.2. Ruido, sesgo y predictibilidad en las decisiones judiciales

En el análisis de la imparcialidad judicial, no debe perderse de vista que las resoluciones pueden verse condicionadas no solo por sesgos personales, sino también por otros factores externos que inciden de manera silenciosa pero determinante en el juicio del decisor. A esta clase de influencias, Daniel Kahneman las ha denominado «ruido de ocasión»[12], en contraposición al sesgo, dado que no se originan en prejuicios o inclinaciones ideológicas o culturales, sino en circunstancias externas circunstanciales del juez.

---

11 Tal y como demostró el informe publicado por ProPública *Machine Bias*, en mayo de 2016. Disponible en (https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing; consulta: 5/12/2025).

12 Kahneman, Daniel/Sibony, Oliver/Sunstein, Cass, R. Ruido, ed. Debate, 2021, p. 29.

Estos factores, que conforman el llamado «ruido» en la toma de decisiones, han sido empíricamente estudiados y confirmados por diversas investigaciones. Uno de los estudios más conocidos al respecto fue llevado a cabo en 2011[13], donde se evidenció que el contenido y severidad de una decisión judicial puede verse alterado por variables tales como el hambre, el cansancio, el horario del día o el nivel de carga mental del juez. En términos prácticos, estos condicionantes pueden inclinar el resultado del fallo hacia una resolución más indulgente o, por el contrario, más estricta, sin que exista una justificación jurídica objetiva que lo fundamente. Resultados similares ya habían sido observados en investigaciones previas, como las desarrolladas en Francia durante la década de 1980[14].

Aunque estos factores no constituyen sesgos en sentido estricto, sí afectan de manera significativa a la invariabilidad y previsibilidad de las resoluciones judiciales, introduciendo una dimensión de aleatoriedad que afecta no a la imparcialidad, sino a los ideales de seguridad jurídica y justicia material. En este sentido, se podría sostener que una reducción del nivel de ruido en la toma de decisiones aumentaría la predictibilidad de los fallos, pero, como se anticipaba, ello no implica, necesariamente, un incremento proporcional en los niveles de imparcialidad[15]. La confusión entre predictibilidad e imparcialidad puede, pues, resultar equívoca: una decisión sistemáticamente previsible no es, por ello, intrínsecamente justa o imparcial.

Por otra parte, conviene reconocer que los sesgos cognitivos son inherentes a la condición humana. Estos sesgos se configuran como atajos mentales formados a lo largo de la vida del sujeto, mediante la interiorización de patrones culturales, religiosos, sociales o educativos que actúan de forma inconsciente. Y, a diferencia del ruido, no son contextuales, sino estructurales, ya que se manifiestan como distorsiones sistemáticas en el procesamiento de la información, y afectan a la evaluación racional de los hechos y las pruebas[16].

---

13 Ulenaers, Jasper, "*The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?, en Asian Journal of Law and Economics, nº 11, 2020, p. 24.*

14 Kahneman, Daniel/Sibony, Oliver/Sunstein, Cass, R. Ruido, ed. Debate, 2021, p. 29.

15 Ulenaers, Jasper, "*The Impact of Artificial Intelligence.…*", ob., cit., p. 24.

16 Tversky, Amos/Kahneman, Daniel, "*Judgment under Uncertanty: Heuristics and Biases", en American Associacion for the Advancement of Science*", New Series, vol. 185, Nº 4157, September 1974, p.185.

Dado que tales sesgos operan como prejuicios invisibles en la interpretación jurídica, cabría formular una serie de interrogantes fundamentales para el diseño de una posible reforma institucional: ¿Es posible eliminarlos completamente del razonamiento judicial?, ¿O debemos, en cambio, aprender a identificarlos, reconocer su influencia, y establecer mecanismos para su control o neutralización?

En esta línea, surge la posibilidad de prever en la legislación procesal medidas de carácter preventivo. ¿Podría, por ejemplo, contemplarse un listado indicativo de sesgos frecuentes, que sirviera de guía para apartar a jueces en situaciones de riesgo de parcialidad cognitiva? Si bien esta propuesta puede parecer controvertida, responde a una necesidad creciente de garantizar una justicia no solo formalmente imparcial, sino también consciente de sus propias limitaciones humanas.

II. IMPARCIALIAD JUDICIAL Y LÍMITES DE SU OBJETIVIZACIÓN

II.1. La doctrina Locabail

En el marco del análisis sobre la imparcialidad judicial, resulta particularmente ilustrativa la reflexión formulada por la jurisprudencia británica en el conocido caso *Locabail, resuelto por la* House of Lords[17]. En dicha decisión, se planteó la imposibilidad de elaborar un listado cerrado, exhaustivo y universal de circunstancias que, por sí mismas, puedan determinar la existencia de un sesgo en el juez o justificar su apartamiento por falta de imparcialidad.

La sentencia advertía que cualquier intento de definir de manera categórica los factores que afectan la neutralidad del juzgador está condenado al fracaso, pues cada caso presenta hechos propios, contextos distintos y objetos procesales específicos que deben ser valorados individualmente. En consecuencia, el análisis de la imparcialidad debe situarse en una dimensión casuística, abierta a las particularidades del asunto y a la percepción razonable que se proyecta hacia las partes y la sociedad.

---

17 *Locabail* (UK) v *Bayfield Properties*; *Locabail* (UK) v *Waldorf Investment; Timmins v Gormley; Williams v HM Inspector of Taxes; R v Bristol Betting and Gaming Licensing Committee, ex parte O'Callaghan* (2000), QB 451, 25.

Asimismo, se reconocía expresamente que no pueden presumirse como elementos automáticos de parcialidad las circunstancias personales del juez, tales como su religión, etnia, nacionalidad, género, edad, orientación sexual, clase social, formación académica, experiencias profesionales previas, historia familiar o incluso sus antiguas vinculaciones políticas. La sola existencia de estas características no constituye, por sí misma, un motivo legítimo de recusación ni compromete, en principio, la apariencia de justicia. Aceptar lo contrario implicaría introducir una forma de discriminación inversa, incompatible con los principios de independencia judicial y dignidad de la función jurisdiccional.

Desde esta perspectiva, se asume que la imparcialidad judicial, lejos de exigir la neutralidad absoluta del sujeto juzgador en todos los aspectos de su identidad, debe entenderse como una obligación funcional, que exige del juez la capacidad de separar su esfera personal de sus deberes institucionales, y de aplicar el derecho con objetividad, más allá de sus convicciones o antecedentes. La presencia de ciertas inclinaciones o predisposiciones internas —inevitables en todo ser humano— no debe interpretarse automáticamente como sinónimo de falta de imparcialidad, en la medida en que no se traduzcan en conductas objetivamente observables que comprometan la equidad del proceso.

En definitiva, la doctrina declarada en este fallo permite sostener que, si bien es necesario garantizar mecanismos para prevenir la influencia indebida de prejuicios, no es viable —ni jurídicamente deseable— construir una tipología rígida de causas de parcialidad. Ello desnaturalizaría la complejidad del juicio humano y erosionaría, además, la presunción de integridad que debe acompañar al ejercicio de la jurisdicción. La imparcialidad, en este sentido, debe ser entendida como una tarea exigente pero no inhumana, que reconoce los límites de la subjetividad sin renunciar al mandato de justicia.

II.2. La suficiencia de la imparcialidad judicial en contextos interpretativos

En el debate contemporáneo sobre la imparcialidad judicial, resulta especialmente relevante la noción de «suficiente imparcialidad» propuesta por Gardner[18]. Esta categoría permite abordar de manera realista la tensión existente entre la objetividad exigida a los jueces y la inevitable presen-

---

[18] Gardner Geyth, Charles; "*The Dimensions…*", op. cit., p. 541.

cia de factores personales que intervienen, consciente o inconscientemente, en sus procesos de deliberación y decisión.

Y esta idea cobra una importancia particular cuando nos enfrentamos a los llamados «casos difíciles», es decir, aquellas situaciones en las que el contenido normativo no resulta lo suficientemente claro, debido a su ambigüedad, indeterminación o conflicto con otros principios jurídicos. En tales supuestos, el juez no se limita a aplicar mecánicamente la norma, sino que debe realizar una labor interpretativa compleja, en la que entra en juego un margen de discrecionalidad inherente a la función jurisdiccional[19].

Y, precisamente en este espacio interpretativo es donde la imparcialidad se enfrenta a su prueba más exigente. La discrecionalidad, en tanto herramienta legítima del juzgador, no constituye por sí misma una amenaza para la imparcialidad, aunque abra la puerta a la influencia de convicciones personales, valores morales o cosmovisiones arraigadas en la identidad del juez, tales como su religión, género, cultura, experiencia de vida o sensibilidad social.

No obstante, reconocer esta potencial diversidad en la perspectiva judicial no equivale a asumir que toda diferencia de enfoque o matiz interpretativo implique un incumplimiento del deber de imparcialidad. La imparcialidad no exige la ausencia total de humanidad, sino la capacidad de contener y controlar aquellas influencias que puedan comprometer la equidad de la decisión. En este sentido, parece muy acertada la opinión de GARDNER al afirmar que la imparcialidad que exigimos al órgano judicial no debe concebirse como una perfección idealizada, sino como una imparcialidad suficiente, es decir, aquella que permita confiar razonablemente en que el juez se ha guiado por razones jurídicas y no por preferencias personales[20].

En consecuencia, cuando el juez, actuando dentro del marco que le otorga el derecho, realiza una interpretación fundada, motivada y racionalmente defendible, su actuación no puede tildarse de parcial por el solo hecho de estar impregnada —como toda obra humana— de una cierta

---

19 Morrison, John/McInerney, Thomas, "*When should a computer decide? Judicial decision making in the age of automation, Algorithms and generative and artificial Intelligence*", en *Research Handbook on Judging and the Judiciary* (S. Turenne & M. Mopussa Dir.), Ed. Edward Elgar-Routledge, 2024, p. 19.

20 Gardner Geyth, Charles; "*The Dimensions…*", ob. Cit., p. 541.

perspectiva personal. La imparcialidad, así entendida, significa un compromiso consciente con la justicia del caso, desde una posición institucional de integridad, prudencia y responsabilidad[21].

III. CONCLUSIONES

Aceptar el concepto de «suficiente imparcialidad» no implica una renuncia a los principios fundamentales de la justicia, sino la asunción consciente y madura de sus límites estructurales. Esta noción, lejos de debilitar el sistema judicial, lo fortalece, al permitir que el ideal de imparcialidad se articule de forma compatible con la naturaleza humana del juez y con las exigencias prácticas del proceso jurisdiccional.

La «suficiente imparcialidad» representa, en este sentido, un estándar razonable y operativo, que permite mantener la confianza pública en el sistema judicial y garantizar, al mismo tiempo, el derecho a un juicio justo. No se trata de abdicar del valor de la imparcialidad, sino de comprender que una imparcialidad utópica, entendida como la completa erradicación de toda influencia personal, es simplemente inalcanzable. Por el contrario, lo que debe exigirse es una imparcialidad suficiente para asegurar que el juez decida con independencia, racionalidad y sujeción al derecho, aun reconociendo que no es un ente desprovisto de identidad ni de experiencia vital.

Esta imparcialidad suficiente es, precisamente, la que permite que el juicio sea justo, predecible y confiable, sin necesidad de excluir la humanidad del juez. Dicha humanidad, entendida como dimensión constitutiva del juzgador, queda legítimamente canalizada y limitada por las garantías procesales ya existentes: los mecanismos de abstención y recusación, los recursos, el control jurisdiccional y el principio de motivación de las resoluciones judiciales. Estos instrumentos, al estar diseñados para prevenir y corregir posibles desviaciones del juez en su obligación de someterse al imperio de la ley, permiten salvaguardar el proceso frente a cualquier sospecha razonable de parcialidad.

---

[21] En nuestro ordenamiento jurídico, el razonamiento y motivación de la resolución que se adopte es uno de los elementos esenciales del denominado derecho a la tutela judicial efectiva que, como derecho fundamental, viene recogido en el artículo 24 de la Constitución española. No ha de olvidarse que el razonamiento de la decisión forma parte integral de la misma y, por ello, también de la certeza o predictibilidad jurídica.

Desde esta perspectiva, sostener una visión realista y matizada de la imparcialidad no supone una merma de las exigencias del Estado de Derecho, sino una forma más honesta y eficaz de protegerlo. No se trata de exigir lo imposible, ni de sustituir al juez por mecanismos tecnológicos o soluciones despersonalizadas, sino de consolidar un modelo de justicia centrado en el respeto al debido proceso y en la integridad del sistema de garantías.

Hablamos, pues, de una concepción ya aceptada tanto en nuestro ámbito procesal nacional como en el europeo. El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 24 de la Constitución Española reconocen ambos el derecho a un proceso con las debidas garantías, y ello no implica una perfección ideal, sino un grado de imparcialidad jurídicamente aceptable y socialmente confiable.

En definitiva, lo que se exige al juez no es que deje de lado y sea ajeno a su humanidad, sino ser consciente de ella, y actuar con responsabilidad, dentro de un marco institucional que permita a las partes confiar legítimamente en la justicia del proceso.

TERCERA PARTE.
EL FUTURO DEL MINISTERIO FISCAL

La crisis de la dependencia jerárquica y el diseño del futuro Ministerio Fiscal

ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO

Catedrática de Universidad
Universidad de Cádiz

Índice: I. LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PASADO; II. LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA EN EL ART. 124 CE Y PERSPECTIVA DE FUTURO. II.1. Dependencia jerárquica e investigación penal. II.2. ¿Está en crisis de la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal? II.3. 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 2025. III. CONCLUSIONES..

I. LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PASADO

Si se busca algún antecedente al que se pueda relacionar el afianzamiento de la institución del Ministerio Fiscal, cabe situar al posible antecesor del Ministerio Fiscal como alguien cercano al monarca y que custodiaba su patrimonio (el Fisco), incluido el ejercicio de acciones[1]. Se vinculó a la figura del Procurador Fiscal, del Promotor Fiscal[2], en definitiva, a un

---

1 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, p. 14, https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/19850/4/0729993_00000_0000.pdf) (Consulta: 3/6/2025).

2 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

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 pública[3].

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 ni en la esfera de un Estado consolidado.

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»[4].

Llegados al siglo XIX, en la Constitución de 1812 no se contiene mención al Ministerio Fiscal[5] al igual que ocurre en la Constitución de la Monarquía española de 18 de junio de 1837, que tampoco incluye al Ministerio Fiscal o al Fiscal del Reino. De manera similar sucede en la Constitución

---

(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, Cizur Menor,* 2008, p. 120).

3 DORESTE ARMAS, Delia Carolina, *Las Responsabilidades del Ministerio Fiscal, op. cit.,* p. 20.

4 DORESTE ARMAS, Delia Carolina, *Las Responsabilidades del Ministerio Fiscal, op.cit.,* pp. 22-23. 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).*

5 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 1845[6] y en la Constitución de la Nación Española de 6 de junio de 1869, que carecen de menciones al Ministerio Fiscal o a Promotores Fiscales, por ejemplo.

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), ni a que el ordenamiento jurídico español contuviera referencias al Fiscal. Así, a partir de 1812, el Fiscal no se ciñe a «defensor exclusivo de la causa real, de los intereses del Fisco o del patrimonio del monarca para comenzar a asumir una nueva función como es la defensa de la causa pública»[7].

En 1835, con la aprobación del Reglamento Provisional de la Administración de Justicia, se instituyó el Ministerio Fiscal en el Tribunal Supremo y en las audiencias. Comentado dicho Reglamento 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»[8].

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»[9].

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

---

6 Con la salvedad hecha a los Ministros y sus Fiscales de los mismos en relación a los elegibles para ser senadores (art. 15).

7 DORESTE ARMAS, Delia Carolina, *Las Responsabilidades del Ministerio Fiscal, op. cit.,* p. 28.

8 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.

9 MONTERO AROCA, Juan, *Proceso penal y libertad, op. cit.,* 2008, p. 121.

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»[10]. Sería en el Real Decreto de 26 de abril de 1844 en el que preconizaran los principios de unidad y dependencia.

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 1926[11], completa la previsión de la Ley de 1870 al incidir en que el 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 este 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 recusación[12], pero sí

---

10 DORESTE ARMAS, Delia Carolina, *Las Responsabilidades del Ministerio Fiscal, op. cit.,* pp. 31 y 32.

11 En 1926, se separó la carrera fiscal de la judicial.

12 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

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, lo que era una clara manifestación del principio de jerarquía.

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 ostentaban la jefatura de sus respectivos territorios y los de las audiencias provinciales, la de sus respectivas provincias.

¿Qué obligaciones incluía la dependencia jerárquica en 1926? 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 tuviera conocimiento, ya se hubieran 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 realicen sus superiores en el orden jerárquico.
- Cumplir exacta y lealmente las instrucciones que sus superiores jerárquicos le comunicasen, 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 considerase 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 resolvía en atención a si las encontraba ajustadas, en cuyo caso reformaba o dejaba sin efecto las órdenes o instrucciones. Si provenían de otro superior jerárquico, se las remi-

---

con respecto a algo que no le es ajeno (MONTERO AROCA, Juan, *Proceso penal y libertad, op. cit.,* 2008, p. 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.

tía. Si el superior no encontraba ajustadas dichas observaciones o las consideraba improcedentes, daba al inferior las instrucciones que considerase e, incluso, podía decidir su sustitución en los asuntos a que se refiriese las observaciones realizadas (art. 46).

- Interponer en tiempo y forma, sin perjuicio de lo que su superior resuelva acerca de su seguimiento, cuando no tuviere instrucciones en contrario, los recursos procedentes en los asuntos en que sea parte.

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 venía determinado por las resoluciones y medidas que los Fiscales de las Audiencias territoriales adoptasen a partir de la información (datos y noticias) solicitada a los Fiscales de las Audiencias provinciales de su territorio, de lo que daban conocimiento al Fiscal del Tribunal Supremo.

Se dispuso, asimismo, que el Fiscal del Tribunal Supremo, a la sazón Jefe del Ministerio Fiscal, pudiera designar un funcionario fiscal especialmente dedicado a un determinado asunto en caso de que se estimase conveniente su actuación. Lo mismo efectuaba 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 incluía, como la vigente Constitución, referencia a la institución del Ministerio Fiscal (Título VII «Justicia»). En dicho precepto, se atribuía 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 previsión constitucional. 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). Texto constitucional que tuvo escasa efectividad por su efímera vigencia.

El Estatuto de 1927 fue sustituido por el Reglamento Orgánico 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 10 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 que, en buena medida, pasaron actualizadas a las del art. 3.º del vigente Estatuto de 1981, si bien este las incrementa con la incorporación de nuevas funciones:

- Velar para que la función jurisdiccional se ejerza conforme a las leyes. En el de 1981, se incluye la de ejercer las funciones atribuidas por la ley en defensa de la independencia judicial.

- Promover en el orden judicial penal las acciones penales y las civiles que de aquella se deriven y actuar en el proceso en defensa del ordenamiento jurídico y de los intereses protegidos por la ley. Se ha actualizado en el Estatuto de 1981.
- Actuar en cada uno de los demás órdenes judiciales de la jurisdicción ordinaria con el carácter y funciones que los códigos especiales y las demás leyes establezcan. En el Estatuto vigente, se le otorga la función de velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.
- Ejercer, según establezcan las leyes, las acciones y peticiones procedentes en los pleitos sobre el estado civil de las personas, en los expedientes sobre supresión de pagos o quiebras y en cuantos puedan afectar a intereses sociales. Se ha actualizado en el Estatuto de 1981.
- Ostentar la defensa de quienes, carentes de representación legal, no puedan valerse por sí mismos y promover la constitución de los órganos tutelares, correspondientes. Se ha actualizado en el Estatuto de 1981.
- Intervenir en los conflictos de jurisdicción y en las cuestiones de competencia que se susciten. Se ha actualizado en el Estatuto de 1981.
- Intervenir en los expedientes promovidos para la corrección disciplinaria de los funcionarios relacionados con la Administración de Justicia y promover las correcciones que procedan. Esta desaparece expresamente del art. 3 del Estatuto de 1981, si bien se prevé su intervención en determinados expedientes disciplinarios dirigidos contra jueces y magistrados (arts. 379, 384, 387, 388 y 433 LOPJ).
- Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales y acuerdos gubernativos en todos los asuntos en que hayan intervenido. Desaparece cualquier mención a acuerdos gubernativos.
- Ejercer las demás funciones que las leyes le encomienden.

El análisis del pasado de la dependencia jerárquica sirve de base para entender la evolución de la regulación vigente y de la que se proyecta a futuro con 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 (mayo 2025).

II. LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA EN EL ART. 124 CE Y PERSPECTIVA DE FUTURO

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 aludía 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 o 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[13] 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).

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.

En suma, no hereda de la regulación anterior la referencia expresa a la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial, pero es propuesto por el Gobierno para ser nombrado por el Rey. Se efectúa previa audiencia del Consejo General del Poder Judicial, lo que es un

---

[13] El Real Decreto 205/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal sintetiza los principios rectores del Ministerio Fiscal. El art. 5 se centra en el principio de dependencia jerárquica.

trámite preceptivo, pero no vinculante al no indicarse expresamente en la Constitución de 1978.

Lo que sí hereda es la inclusión de los principios de unidad y dependencia jerárquica y principios de legalidad y de imparcialidad. Mantiene como misión procurar la satisfacción del interés social ante los tribunales. En cuanto a la misión de velar por la independencia de los tribunales, comporta una modificación sustancial con respecto a la previsión de la regulación inmediatamente anterior que se refería a la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a organización de juzgados y tribunales. Se amplía la promoción de la acción de la justicia en lo concerniente a la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. No se limita sólo a la promoción de la justicia del interés público abarcando ahora la defensa de la legalidad y los derechos de los ciudadanos.

ARMENTA DEU manifiesta que, «en el proceso de toma de decisiones, tanto la administración está sometida a la ley y al Derecho (arts. 9.1 y 103.1 CE), como los jueces y magistrados (arts. 9.1 y 117.1 CE); pero, mientras el juez aplica el derecho al caso concreto con un fin difuso de administrar justicia, la administración sirve a los intereses generales en los términos legales. De ahí que se sostenga, en general, que el MF no es un organismo autónomo sino que goza de autonomía funcional, como forma de cohonestar los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica con su actuación conforme a la ley en el caso concreto, entre la dependencia jerárquica interna y la autonomía individual de cada funcionario. Lo cierto es que el conjunto de preceptos en que se habla de imparcialidad, objetividad, independencia o autonomía no articulan una configuración clara»[14].

MONTERO AROCA considera que el principio de imparcialidad rector de la actuación del Ministerio Fiscal se ha de concebir en el sentido de que «el Derecho actuará como límite o cobertura», es decir, el Derecho sería su cobertura, medio o límite, pero no su fin. Actuaría «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Así, «el Ministerio Público, integrado en el Poder Ejecutivo, es un instrumento de éste para el cumplimiento de la política criminal, política que debe servir con objetividad a los intereses generales y en la que la ley actuará como cobertura, medio o límite,

---

14 ARMENTA DEU, Teresa, *Jueces, fiscales y víctimas en un proceso en transformación, Marcial Pons,* 2023, pp. 121-124.

pero no como fin»[15]. Es una constante, desde mediados del siglo XIX, esa atribución de velar por el interés público y por procurar la satisfacción del interés social.

Velar es postular, accionar, pero no tomar decisión alguna, salvo la decisión de no iniciar un proceso que siempre debería ser recurrible o habría de ser comunicada a la autoridad judicial por el interesado a efectos del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, no es lo que ocurre en el proceso penal de menores. Frente a la decisión de no incoar un proceso penal de menores por el Ministerio Fiscal, no cabe recurso alguno y no cabe accionar. Quizás se enmarque como una manifestación de la aplicación del interés general y, en concreto, del interés superior del menor, pero cuestionable sería con respecto al resto de procesos penales en que la decisión de un fiscal que decida no abrir una investigación penal sea irrecurrible. Afectaría directamente al derecho a la tutela judicial efectiva, cuyos garantes son los titulares de la potestad jurisdiccional a través del proceso.

MONTERO AROCA entiende que «el estatuto de los fiscales se basa en la dependencia de los mismos respecto del Fiscal General del Estado, el cual es realmente el único fiscal (principio de unidad, con "dirección" e "inspección"), pues todos los demás actúan, bien como representantes (de la institución), bien como delegados (de su jefe respectivo)»[16]. Así, el representado imparte órdenes e instrucciones a sus representantes, a las que están sujetos los fiscales. Concluye afirmando que, aun cuando el art. 7 EOMF haga referencia a que, en ejercicio del principio de legalidad, el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia, en realidad, la palabra «independencia» quedaría vacía de contenido ya que el Fiscal General del Estado ni los fiscales concretos actuarían con independencia en la defensa de los intereses que se les atribuya. Interpreta el interés general en el marco de la legalidad dada.

---

15 MONTERO AROCA, Juan, *Proceso penal y libertad, op. cit.,* pp. 125-126. Para este autor, y llegando por nuestra parte a una conclusión similar, "el Ministerio Público se le convierte en parte, y debe asumir este papel con plenitud, lo que no es contrario a la esencia de su función, pues ésta consiste en la defensa del interés público tutelado por la ley y en procurar la satisfacción del interés social, lo que tiene que hacer en los casos concretos en que actúa"

16 MONTERO AROCA, Juan, *Proceso penal y libertad, op. cit,* p. 139.

A juicio de MONTERO AROCA, el Ministerio Fiscal se integra en el Poder Ejecutivo, respondiendo así a su propio origen. Por ello, el debate de la independencia del Ministerio Fiscal gira en torno a la transformación del Ministerio Fiscal de ser parte de la Administración a salir y a integrarse, ¿dónde? La única posibilidad sería en el Poder Judicial. Quizás, al estilo del modelo italiano con la distribución de funciones. El límite está marcado en nuestra Constitución que diseñó un modelo de Ministerio Fiscal regido por unos determinados principios y en el marco de un sistema jurisdiccional concreto. Y ese debate se genera en torno a dos cuestiones principales: asimilar el sistema de otros ordenamientos jurídicos europeos en que el Ministerio Fiscal asume la función de dirección de la investigación penal y limitar la dependencia del Fiscal General del Estado con respecto del Gobierno en determinados asuntos que marcan el interés general.

Según la Real Academia Española, autonomía e independencia son términos sinónimos. Una de las acepciones de autonomía es «condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie», siendo el antónimo de «dependencia» y «subordinación». Por imparcialidad[17], considera «falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud».

Nos parece acertada la consideración de autonomía funcional del Ministerio Fiscal a que ARMENTA DEU se refiere. La unidad y la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal son las previstas en la Constitución de 1978, debiéndose garantizar que cada miembro del ministerio público pueda ejercer sus funciones con autonomía individual y con imparcialidad[18] en la medida en queden sometidos a la ley y al Derecho como MONTERO AROCA apunta. Hemos de tener en cuenta que el Ministerio

---

17 Por el contrario, parcialidad es definida como "designio anticipado o prevención en favor o en contra de alguien o algo, que da como resultado la falta de neutralidad o insegura rectitud en el modo de juzgar o de proceder". *Vid.* REAL ACADEMICA DE LA LENGUA, *Diccionario de la Lengua Española*, https://www.rae.es/ (consulta: 3/6/2025).

18 MORENO CATENA también incide en la particular concepción de la imparcialidad con respecto al Ministerio Fiscal. Así, afirma que, "aun cuando pueda parecer contradictorio en sus propios términos, ya que ser imparcial significa no ser parte y por definición el MF interviene el proceso precisamente en una posición de parte, la vigencia del principio de imparcialidad del MF supone la ausencia de implicación directa o indirecta del funcionario del MF en el caso concreto en que debe actuar" (*Introducción al Derecho Procesal (con otro),* Tirant Lo Blanch, 11.ª ed., 2021, p. 193).

Fiscal asume, entre otras funciones, el ejercicio de la acción de la justicia y, por consiguiente, el que sea parte en el proceso por determinación legal como órgano público de la acusación, por legitimación extraordinaria en defensa del interés público y en aplicación del principio de legalidad. Al mismo tiempo, no ha de existir vinculación personal con el caso concreto en el marco de la aplicación de causas objetivadas de abstención por existir conflicto de intereses.

¿Podría ser independiente y estar organizado jerárquicamente? La pregunta hace alusión —en paralelismo a la independencia judicial— a que no debería recibir influencia, instrucción o imposición alguna *ad extra ni ad intra* en el ejercicio de las funciones que le son propias, más allá de que se deba garantizar la no vinculación personal en un asunto o proceso concreto. No es posible afirmar la compatibilidad de la característica de la independencia del Poder Judicial con la dependencia jerárquica. No permitiría hablar de independencia del Ministerio Fiscal.

Resulta, cuando menos llamativo, que, tras la Reforma CARTABIA en Italia, se haya llegado a afirmar que «il punto è questo: il filo rosso delle modifiche introdotte dalla riforma scommette su un pubblico ministero che sia capace di farse giudice della sua stessa indagini»[19].

II.1. Dependencia jerárquica e investigación penal

Con el sistema vigente, el Ministerio Fiscal ha venido asumiendo funciones de investigación preprocesal a partir de la regulación contenida en los arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim. No ha dirigido formalmente la investigación penal en el marco de un proceso incoado, pero sí ha asumido una destacada dirección previa con respecto a determinados delitos de relevancia

---

19 "Insomma, la scommessa è che, nel mecanismo, inceppato, della giustizia si faccia entrare un numero signiticativamente inferiore di regiudicande e questo è possibile sè il pubblico ministero assumerà le sue determinazione con riferimento all'esercizio dell'azione penale da órgano terzo, indipendente e parziale e non da semplice inquirente. Il pubblico ministerio può adeguatamente operare con la funzione giurisdizionale che la reforma Cartabia gli riconosce e per l'attuazione del diritto a garanzia della legalità solo se gli saranno garantite, al pari del giudice, autonomía e indipendenza" (FILIPPI, Paola, "Il pubblico ministero come ridisegnato dalla riforma Cartabia", en *Giustizia insieme*, 2023, https://www.giustiziainsieme.it/it/riforma-cartabia-penale/2957-il-pubblico-ministero-un-organo-pubblico-che-agisce-a-tutela-di-interessi-collettivi) (consulta: 12/11/2025).

penal. No podemos desconocer la amplitud y profusión de algunas de estas investigaciones antes de su judicialización.

Según la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2013, de 30 de diciembre, sobre las diligencias de investigación (Circular FGE 4/2013)[20], se concreta la atribución de practicar diligencias de investigación preprocesales al Ministerio Fiscal. Así, afirma que es «voluntad del legislador dotar al Fiscal como promotor de la acción de la Justicia de más vías procedimentales en aras a facilitar su labor de defensa de la sociedad, de los derechos de los ciudadanos y de promoción de la Justicia»[21]. Para la propia Fiscalía General del Estado, las reformas del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal van encaminadas a potenciar la investigación autónoma del Ministerio Fiscal.

Es cierto que el art. 5 EOMF se ha modificado en varias ocasiones desde su promulgación en 1981[22] y en el que se proyecta recoger la asunción de la dirección de la investigación penal. Otra cuestión es la interpretación que se haga de este precepto y la de otorgar carácter autónomo a la investigación del Ministerio Fiscal. Ello enlaza con el debate sobre el modelo de instrucción penal juez instructor-fiscal instructor en nuestro país y al futuro normativo que se promueve. Nos centraremos en la regulación vigente con la asignación de la función instructora al juez instructor (salvo en el proceso penal de menores), lo que no obsta a que el Ministerio Fiscal tenga conferida algunas atribuciones en la investigación preprocesal en el marco del procedimiento abreviado —de los delitos que determinan el ámbito de dicho procedimiento—, a pesar de que la Fiscalía General del Estado entienda que sería aplicable a cualquier delito con base en el art. 5 EOMF. La Ley de Enjuiciamiento Criminal no establece dicha extensión con carácter general.

---

20 FIS-C-2013-00004.

21 "Por lo demás, las últimas reformas orgánicas apuntan a una potenciación de esta investigación autónoma del Fiscal en general (*vid.* reformas operadas en el EOMF por Leyes 14/2003, de 26 de mayo y 24/2007, de 9 de octubre) como en relación con las Fiscalías Antidroga y contra la corrupción […]". Https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/cir_inst_cons/circular_4_2013.pdf (consulta: 2/6/2025), p. 4.

22 El art. 5 EOMF ha sido modificado por Ley 12/2000, de 28 de diciembre; Ley 14/2003, de 26 de mayo, y Ley 24/2007, de 9 de octubre.

En su redacción original, el art. 5 EOMF disponía que «el Fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante» (párrafo 1); redacción que se mantiene.

En su párrafo 2, se decía que, «igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer, adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva». Esta redacción se mantiene en esencia.

Y en su párrafo 3, tenía como redacción que «todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección, gozarán de presunción de autenticidad», cuya redacción aún se conserva.

La primera reforma de 2000 se vinculó a la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), como se aduce en su Exposición de Motivos[23]. No obstante, el cambio es mínimo en el art. 5, en el que se añade un inciso final al párrafo segundo («o la libertad de los detenidos puestos a su disposición con arreglo a la Ley») en correlación con el art. 17 LORPM.

---

[23] "[…] Impone una reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ya que dicha Ley Orgánica establece un nuevo marco penal, fundamentado en unos principios orientados a la reeducación de los menores de edad infractores y en el reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, y atribuye al Ministerio Fiscal una posición relevante, en su doble condición: por una parte, como institución que constitucionalmente tiene encomendada la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, y, por otra, como institución a la que se encomienda la iniciativa procesal, concediéndole amplias facultades para acordar la terminación del proceso". Por este motivo, la reforma justificaba "la introducción de ciertos cambios en la organización del Ministerio Fiscal, así como una especialización funcional, dirigida a permitir una adecuada actuación del Fiscal en la instrucción de los procesos a los que es llamado por la Ley".

En la reforma de 2003 en coherencia con el antiguo art. 793 LECrim. (antecedente del vigente art. 773.2 LECrim.) en el marco del procedimiento abreviado, el art. 5 EOMF incorpora tres párrafos nuevos[24]. Así, pasa a incluir que, «a tal fin, el fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas. La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado. Transcurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querella, a menos que resultara procedente su archivo». Se añade un párrafo final, por el que «también podrá el fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye». Esta mención a diligencias preprocesales es lo que ha llevado a la Fiscalía General del Estado a distinguir entre diligencias de investigación penal del Ministerio Fiscal y diligencias preprocesales, lo que no se entiende, dado que preprocesal serán todas las diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal sin incoación de proceso penal y no se hace diferenciación en el art. 773.2 LECrim.

En el Pacto de Estado para reforma de la Justicia de 2001, al que alude la mencionada reforma de 2003 (parágrafo I de su Exposición de Motivos) como justificación de dicha reforma, en lo que respecta al Ministerio Fiscal, nada se dispone sobre la modificación del art. 5 EOMF.[25]

---

[24] El primero de los tres párrafos se refiere a los principios que inspirarán la práctica de las diligencias por el Ministerio Fiscal: "Los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias".

[25] "Para asegurar que el Ministerio Fiscal ejerce en las mejores condiciones sus funciones, por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica recogidos en el artículo 124 de la Constitución, se actualizarán, en lo que resulte necesario, su Estatuto Orgánico y su Reglamento. En lo estructural, ello se traducirá en la adaptación de su organización interna, revisándose las funciones de la Secretaría Técnica y de la Inspección Fiscal, y estableciéndose la temporalidad en los cargos jerárquicos del Ministerio Fiscal con criterios objetivos, y en el aumento de sus recursos humanos y medios materiales. En lo funcional, habrá de estarse principalmente a lo que disponga una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y en lo que se refiere al estatuto personal de sus miembros, un nuevo régimen estatutario propio de la Carrera Fiscal incorporará cambios en el sistema de acceso, la formación, la especialización, el modelo de

En cuanto al art. 773.2 LECrim.[26], se incorporó en el acervo de la LECrim. en la modificación de la que fue objeto por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. En la redacción conferida por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, en la antigua redacción del art. 793 LECrim., sólo contenía la redacción —coincidente en esencia— del actual apartado 1 del art. 773 LECrim.

A pesar del tenor literal del art. 773.2 LECrim., enmarcado en el procedimiento abreviado, la Fiscalía General del Estado entiende que la práctica de la investigación penal a que se refiere es aplicable a cualquier

---

carrera o el régimen retributivo, para que los criterios de mérito, especialización, rendimiento y calidad del trabajo resulten determinantes, junto a la antigüedad, para la promoción, la adjudicación de destinos y el nivel retributivo" ["Pacto de Estado para la reforma de la Justicia", firmado en Madrid el día 28 de mayo de 2001 (http://www.juecesdemocracia.es/pdf/pactoRefJust.pdf)] (Última consulta: 5/6/2025).

26 Art. 773.2 LECrim.: "Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará el mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere legado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el juez de instrucción. En otro caso instará al juez de instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal.

Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos".

Este precepto ha sido objeto de diversas modificaciones desde la redacción conferida en 1997. La Ley 4/2015, de 27 de abril, incorporó el deber de informar a la víctima sobre los derechos que legalmente tiene reconocidos, así como lo relativo a la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima en consonancia con lo previsto en el Estatuto de la Víctima del Delito.

delito: «Aunque este precepto de la LECrim. se contiene dentro del Título II dedicado al procedimiento abreviado, debe entenderse que sus disposiciones son aplicables a la investigación por el Fiscal de cualquier delito, al apreciarse eadem ratio decidendi». No es la previsión del art. 773.2 LECrim., pero lo cierto es que, antes de incoarse el proceso penal, puede no estar determinada la tipificación exacta de los hechos investigados a fin de determinar el procedimiento penal aplicable (aunque, en algunos casos, será manifiesto que no se tramitarán como procedimiento abreviado). No hemos de olvidar que, en el procedimiento abreviado, se recogen las especialidades con respecto al procedimiento común ordinario, cuyas disposiciones son de aplicación supletoria (art. 758 LECrim.). Difícilmente, la Fiscalía General del Estado puede entender aplicable a cualquier delito, aunque lo justifica en la expresión «en otro caso instará al juez de instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado […]»[27], y que se complementa con el art. 5 EOMF, en el que alude a diligencias de investigación penal y diligencias preprocesales.

El art. 773.2 LECrim. exige que el fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicando el mismo u ordenando a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. Ello se ha de vincular con la función encomendada del ejercicio de la acción penal para entender la atribución y su alcance, teniendo en cuenta que el juez instructor es el que dirigirá la fase instructora en el procesal penal en curso. Así, el fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres, previos a la apertura de cualquier proceso penal y con comunicación al ofendido o perjudicado (pues podrá presentar denuncia ante el órgano judicial). En otro caso, ha de remitir lo actuado al juez instructor correspondiente e intervenir en su calidad de acusador público conforme al principio de legalidad.

Es cierto que las diligencias del art. 773.2 LECrim. no llevan apelativo como incorpora el art. 5, pero no lo es menos que todas tienen lugar antes de la incoación del proceso penal, por lo que el carácter preprocesal es indudable. En este sentido, utilizaremos la referencia a diligencias de investigación preprocesales del Ministerio Fiscal. Cuestión distinta es que

---

27 Circular FGE 4/2013, *p. 4.*

se quiera darle un alcance diferente a la previsión del art. 5 EOMF[28] por la Fiscalía General del Estado ante la falta de desarrollo legal. También es cierto que late de fondo el debate sobre el modelo de instrucción a seguir en nuestro ordenamiento jurídico, salvo en el proceso penal de menores.

Conforme al art. 3.3 EOMF, el Ministerio Fiscal asume la función de ejercitar las acciones penales y civiles provenientes de delitos u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda, en consonancia con la previsión del art. 124 de la Constitución Española[29].

Desde hace años, se habla de la implantación del fiscal instructor y de la necesaria independencia del Ministerio Fiscal a tal efecto, lo que ha llevado a varios intentos prelegislativos de la atribución de esta función al Ministerio Fiscal. Insistimos en que dirige los expedientes en los procesos penales de menores desde hace décadas sin cambios en su configuración y pese al modelo en que el propio juez de menores actúa de juez de garantías y de juez decisor no impidiendo que un mismo fiscal que dirige el expediente entre como acusador en el trámite de audiencia. Una cuestión es la creación de un proceso penal especial en atención del interés superior del menor con manifestaciones de oportunidad reglada y otra muy distinta es que los principios y garantías deban ser homogéneos bajo el paraguas de la Constitución Española de 1978.

II.2. ¿Está en crisis la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal?

No es una cuestión fácil de responder y dependerá de dónde se sitúe el foco de atención, en particular, si se refiere hacia la vinculación con otros poderes con el Fiscal General del Estado (*ad extra)* o dentro de la propia estructura del Ministerio Fiscal *(ad intra).* Desde el marco europeo, se ha hecho recaer sobre la primera cuestión más que sobre

---

28 "Debe en primer lugar partirse de que la regulación de las diligencias de investigación contenida en la LECrim y en el EOMF se complementan, por lo que habrá de entenderse que el art. 773.2 LECrim se integra con el art. 5 EOMF en los puntos que éste no regula y aquél contempla, y viceversa. Es necesaria una interpretación sistemática que armonice ambos preceptos y les dote de unidad y coherencia" (Circular FGE 4/2013, p. 6).

29 El art. 124.1 CE dispone que "el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados".

la segunda. Así, se ha de alcanzar la desvinculación Fiscal General del Estado y Gobierno y la independencia para la asunción de la investigación penal.

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 procesales de nuestro entorno cultural y geográfico más cercano» (parágrafo II de la Exposición de Motivos)[30]. Se trata de un Anteproyecto, en cuya Memoria del Análisis de Impacto Normativo[31] se marcan tres objetivos en relación con la oportunidad de la propuesta:

- «Adaptar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal a la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que atribuye al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación penal en el procedimiento penal».
- Armonizar el modelo procesal español con el contemporáneo «que hoy rige, con muy escasas excepciones, entre los países de nuestro entorno y que ha seguido la regulación de la Fiscalía Europea».
- «Reforzar la autonomía organizativa de la carrera fiscal». Se utiliza el concepto de autonomía y no de independencia con respecto al funcionamiento interno del Ministerio Fiscal.

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 como la realidad de la crisis la dependencia del Minis-

---

30 https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/normas-tramitacion#166820 (Último acceso: 2/6/2025). El trámite de participación pública se previó 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.

31 Https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/2025-0771-main-eomf.pdf (consulta: 2/6/2025).

terio Fiscal o la necesidad de la independencia del Ministerio Fiscal para que asuma nuevas funciones como la instrucción. Desde la óptica de la opinión pública, marcada por algunos procesos que han saltado a las primeras páginas de los medios de comunicación, la respuesta es meridianamente sencilla. Desde la óptica jurídica, no lo es y, en especial, si se atiende al buen hacer de los miembros del Ministerio Fiscal organizado en las distintas Fiscalías.

Al hablar de independencia, el debate se centra en la dependencia del Ministerio Fiscal y, más concretamente, de su representante, el Fiscal General del Estado, con respecto al Poder Ejecutivo. Como se ha analizado, se trata de una institución nacida vinculada al regente cuando no había división de poderes y, con el paso del tiempo, se ha mantenido la vinculación al Poder Ejecutivo. La Constitución Española de 1978 arrastra ese devenir, siendo el Poder Ejecutivo el que proponga al Fiscal General del Estado. Si el modelo de 1978 ha llegado a su fin es un debate mayor y de enjundia que excede el de la asunción de la dirección de la instrucción para equipararnos a otros ordenamientos y para evitar desajustes con la Fiscalía Europea. Si la dependencia jerárquica es un lastre para un fiscal instructor, no serán factibles reformas que no pasen por la del propio art. 124 CE.

En este trabajo, partimos del marco constitucional más allá de interpretaciones extensivas que intentan proveer de independencia al Ministerio Fiscal con imaginativas interpretaciones que dotarían al Ministerio Fiscal de independencia al incluirse en el Título VI del Poder Judicial como hace el Informe del Consejo General del Poder Judicial al 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, mayo 2025 (AEOMT).

En efecto, el Informe por el Consejo General del Poder Judicial a este Anteproyecto afirma que, «aunque el principio de independencia del Ministerio Fiscal no está expresamente proclamado en nuestra Constitución, ésta ínsito (en) la regulación constitucional de la institución al ubicarse el artículo 124 CE en el Título VI dedicado al Poder Judicial. La independencia es precondición necesaria de los dos principios funcionales expresados en el artículo 124 CE, esto es, el principio de legalidad y principio de imparcialidad. Por ello, asumiendo, como no podía ser de otra manera, este principio, se debería, conforme al esquema diseñado por el artículo 124 de la Constitución, haber destacado desde el primer artículo el carácter de órgano independiente, no sujeto a las

directrices de ninguno de los poderes del Estado»[32]. En esta línea, sigue insistiendo en que, aun cuando el texto del Estatuto siga refiriéndose a «autonomía» con respecto al Poder Judicial, «debe mantenerse una concepción robusta de su núcleo de significación funcionalmente equivalente al del concepto de independencia, tanto *ad extra como ad intra*».

El Consejo General del Poder Judicial busca su argumentación a partir de distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisiones marco y de convenios europeos aplicables al Estado español para sostener la necesidad de la independencia del Ministerio Fiscal. En la Consideración 17 del Informe, el CGPJ afirma que, «en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha remarcado la independencia del ministerio fiscal como exigencia nuclear derivada del artículo 6 CEDH. Así, en la Sentencia de 12 de febrero de 2008 (Gran Sala), Guja c. Moldavia, el Tribunal recuerda que «en una sociedad democrática, tanto los tribunales como las autoridades de instrucción deben permanecer libres de cualquier presión política» (par. 86) y subraya que "es de interés general mantener la confianza de los ciudadanos en la independencia y neutralidad política de órganos instructores de un Estado" (par. 90)» (*sic)*. Se hace mención, en realidad, a una sentencia en la que se cuestiona la independencia del Ministerio Público, con la consideración de magistrado de su Fiscal General, que es el órgano que asume la instrucción y con respecto al cual la Constitución de Moldavia proclama su independencia. Se fuerza una interpretación con respecto a un contexto geopolítico y social muy diferente al nuestro, en el que se trae a colación el informe de organizaciones internacionales no gubernamentales sobre la disfunción de la separación de poderes en Moldavia, al menos, a fecha de la sentencia de 2008[33].

Cabe destacar el discurso de la Presidenta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se centra en exaltar la importancia de la indepen-

---

[32] CGPJ, "Informe sobre 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", https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-modifica-la-Ley-50-1981—de-30-de-diciembre—por-la-que-se-regula-el-Estatuto-organico-del-Ministerio-Fiscal, p. 10 (consulta: 3/11/2025).

[33] Https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-139375%22]} (consulta: 3/11/2025).

dencia del Poder Judicial[34]. Lo curioso es que tenemos un órgano que dirige la instrucción que forma parte del Poder Judicial, que es independiente.

Quizás, y en línea con lo señalado con ARMENTA DEU, se manejen conceptuaciones diferentes de independencia *ad intra* y *ad extra,* autonomía funcional e imparcialidad y, en particular, entre independencia e imparcialidad en referencia al Ministerio Fiscal en España. Si acudimos al sistema judicial italiano, llama la atención que se alude a la autonomía e independencia de la magistratura ordinaria. La autonomía atendería a la estructura organizativa y con respecto al poder legislativo al quedar sólo sujeto al imperio de la ley. La independencia se reserva al aspecto funcional de la actividad jurisdiccional[35].

No queda tan claro que esté en crisis la independencia como base de la configuración del Ministerio Fiscal, o quizás la autonomía del Fiscal General del Estado con respecto al Gobierno. Da la impresión de que la dirección de la instrucción en el Ministerio Fiscal se hace recaer en la necesaria independencia *ad extra* más que la *ad intra*. Por ejemplo, la Constitución italiana proclama la autonomía e independencia de la magistratura (art. 104 CI), previéndose que el Pubblico Ministero goza de las mismas garantías establecidas para el ordenamiento judicial (art. 107 CI), al que se asigna como obligación la de ejercitar la acción penal (art. 112 CI). La independencia proclamada del Pubblico Ministero se alcanza en la medida en que la magistratura incluye a los magistrados que ejercen la función de investigación penal. Ahora bien, podríamos hablar de una independencia *ad extra,* si bien se mantiene una cierta organización jerarquizada en el ejercicio de sus funciones, en particular, el ejercicio de la acción penal con respecto al Procuradore della Repubblica[36], que queda limitada al aplicarse las garantías propias de la magistratura, consagradas en el art. 107 CI[37].

---

34 Https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/speech-20231006-oleary-complutense-university-madrid-spa (consulta: 3/11/2025).

35 Https://web.archive.org/web/20090711021120/http://www.csm.it/documenti%20pdf/SistemaGiudiziarioItaliano.pdf (consulta: 11/11/2025), pp. 13-14.

36 *Vid.* las atribuciones al Procuratore della Repubblica en Decreto Legislativo 20 febbraio 2006, Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del Pubblico Ministero, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera d), della Legge 25 luglio 2005, n. 150.

37 Los magistrados se distinguen entre ellos sólo por la diversas de funciones (art. 107 CI) como las de enjuiciamiento (giudicanti) y las de investigación (requirenti).

Quizás, el art. 2 EOMF sea responsable de la referencia a la «autonomía», en este caso, del Poder Judicial. Que se regule constitucionalmente en el Título VI del Poder Judicial no implica que sea Poder Judicial, en el que queda claro que la justicia, mediante la función jurisdiccional, se imparte por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. El Ministerio Fiscal se configura como promotor de la acción de la justicia, pero no tutela derechos ni imparte justicia. En la Ley Orgánica del Poder Judicial se incorpora como cooperante con la Administración de Justicia en el Libro VII. Ni siquiera se le asigna en régimen de monopolio la promoción de la acción de la Justicia.

Si hablamos de independencia aplicable al Ministerio Fiscal, ¿qué características debería presentar?

a) No recibir influencias de órgano alguno interno ni externo ni persona alguna en el ejercicio de sus funciones (*ad extra y ad intra).*

b) Inamovilidad, traslado, suspensión o renovación si no es por causa legalmente establecido y conforme al procedimiento previsto.

c) Sumisión a la ley y autogobierno.

Ahora bien, si queremos un Ministerio Fiscal dotado de independencia, cabría plantear algunas cuestiones:

- ¿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 independencia se está refiriendo a las relaciones de la institución con respecto a otros poderes?

En la reforma futura no se prevé. Se sigue hablando de subordinación y de remoción.

- ¿Cabe que un o una fiscal, que no deja de ser un representante del Ministerio Fiscal, reciba instrucciones de los superiores jerárquicos en el asunto concreto que se le asigne o del Gobierno a través Fiscal General del Estado? ¿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? ¿La Abogacía del Estaso?

- ¿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? ¿Añadiría algo diferente al modelo vigente o se está buscando un nuevo modelo de Ministerio Fiscal?

Para responder a estar preguntas, se hace necesario analizar la reforma proyectada, lo que se efectuará en el epígrafe siguiente.

II.3. 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 2025.

El Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánica del Ministerio Fiscal[38], mayo 2025, plantea un rediseño del Ministerio Fiscal bajo la vigencia del art. 124 CE, que hemos de tener muy presente. Como justificación de dicha reforma, los principales cambios se centran en limitar los vínculos del Poder Ejecutivo con el Fiscal General del Estado y en la atribución de las funciones de dirección de la investigación al Ministerio Fiscal.

Conforme a la Exposición de Motivos, «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 procesales de nuestro entorno cultural y geográfico más cercano». Por supuesto, cambios que no producirán impacto presupuestario según la Memoria de Análisis de Impacto Normativo de dicha reforma proyectada que «carece de impacto presupuestario»[39].

---

[38] Desde el ámbito fiscal, se puede encontrar quienes consideren "inviable y desaconsejable" dicha reforma en las "actuales circunstancias". *Vid., v.gr., ZARAGOZA AGUADO, Javier A.* "El Estatuto Fiscal: una contrarreforma", en *Diario del Derecho,* Iustel, edición de 17/05/2025, pp. 1-3.

[39] Https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/2025-0771-main-eomf.pdf (consulta: 2/6/2025). "Por lo que se refiere al impacto presupuestario, el Anteproyecto de Ley no tiene impacto directo ni en los presupuestos Generales del Estado ni en los presupuestos de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de Administración de Justicia. También se analiza el impacto sobre los costes de personal, considerando que no tiene impacto directo" (*ibidem,* p. 34). Se aduce que la asunción de la función de dirigir la investigación penal por el Ministerio Fiscal conllevará, junto a otras medidas, "disminuir sustancialmente la litigiosidad actual que se concentra en la primera fase del orden penal". A ello se suma, la nueva distribución de tareas

Llama la atención la asimilación entre independencia e imparcialidad, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto.

Los argumentos principales que justificarían la reforma y que se vinculan al Derecho Internacional y de la Unión Europea son dos según la mencionada Memoria de Análisis de Impacto Normativo:

- La adecuación del sistema procesal penal español para mantener coherencia normativa con la creación de la Fiscalía Europea a partir del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017.
- La conveniencia de «reconsiderar el método de selección y el mandato del Fiscal General Estado» a fin de dotarlo de mayor autonomía con respecto al Poder Ejecutivo en atención a las recomendaciones del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO). La asunción de esa nueva función «exige minimizar cualquier atisbo o apariencia de dependencia respecto del Ejecutivo y de los demás poderes del Estado»[40].

De los cambios que se aventuran en este Anteproyecto, se prevé decretos impugnables con respecto a la potestad sancionadora atribuida al Ministerio Fiscal en los actos que presida (arts. 5 octies, 5 nonies, 5 decies y 5 undecies AEOMF). El art. 4 bis AEOMF regula el sistema de designación de la dirección de la investigación en un proceso concreto en el que está presente la dependencia jerárquica *ad intra o interna*.

Resulta obvio que no es posible hablar de un fiscal predeterminado por la ley ni de independencia en puridad asimilada a la atribuida al Poder Judicial.

En relación con la preservación de la «independencia» *ad extra* o, más bien, «autonomía funcional» del Ministerio Fiscal, se propone introducir diversos cambios de carácter sustancial en los arts. 8 y ss. EOMF.

---

que conllevará "nuevas formas y distribución del trabajo", con ahorro en tiempo. El impacto presupuestario se considera nulo (ibidem, pp. 32-33).

40 Https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/2025-0771-main-eomf.pdf (consulta: 2/6/2025).
Sobre la Fiscalía Europea, *vid., v.gr.,* ARANGÜENA FANEGO, Coral, "Fiscalía Europea y cuestiones de competencia: la discutible solución española", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Víctor Moreno Catena,* coord. Helena Soleto Muñoz, Raquel López Jiménez, Amaya Arnaiz Serrano, Sabela Oubiña Barbolla, vol. 3, 2025, pp. 2545-2574.

Así, se proyecta modificar el art. 8 por el que el Gobierno «podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueve ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público», en línea con lo que ya prevé el vigente art. 8 EOMF. Ahora bien, se introduce matices como que, en tal caso, «el Fiscal General del Estado resolverá con plena autonomía lo procedente» y añade que «en ningún caso podrá el Gobierno interesar que el Ministerio Fiscal promueva actuación alguna en referencia a un procedimiento concreto». En la redacción actual, el Fiscal General del Estado resuelve sobre la vialidad o procedencia de las actuaciones interesadas por el Gobierno, debiendo exponer su resolución de forma motivada al Gobierno, previa audiencia a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo. En el Anteproyecto, la comunicación del Gobierno se ha de efectuar por escrito, debiéndose publicar todas las comunicaciones Gobierno-Ministerio Fiscal y ser «debidamente registradas en el soporte que se determine reglamentariamente».

Se mantiene que el Gobierno pueda trasladar al Fiscal General del Estado aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de delito (art. 8 EOMF). No se añade nada nuevo. Tampoco se precisa sobre qué ocurrirá con los hechos trasladados por el Gobierno. Se ha de entender que el Fiscal General del Estado habrá de decidir sobre su tramitación conforme al principio de legalidad.

En el art. 9 AEOMF se propone otro cambio sustancial para desvincular las relaciones Gobierno-Fiscal General del Estado. Así, el Fiscal General del Estado no podrá informar al Gobierno de concretos procedimientos de que conozca, sólo sobre el funcionamiento, en general, de la Administración de Justicia (art. 9). Hasta ahora, se limita a prever que lo hará si no hubiera obstáculo alguno. Además, desaparece en la redacción propuesta la posibilidad de que, en casos excepcionales, pueda ser llamado a informar ante el Consejo de Ministros, lo que podría ser sobre asuntos concretos como sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia en general (art. 9 EOMF).

Al artículo 10 EOMF, relativo a la colaboración del Ministerio Fiscal con las Cortes Generales a requerimiento de estas y siempre que no exista obstáculo legal, se excluye que el requerimiento pueda versar sobre procedimientos en los que intervenga o haya intervenido el Ministerio Fiscal, es decir, sobre asuntos concretos. Parece referirse al representante del Ministerio Fiscal a fin de que cobre sentido el nuevo apartado que se propone introducir: «los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser llamados a comparecer ante las Cortes Generales o las Asambleas Legis-

lativas de las Comunidades Autónomas para informar de procedimientos en los que intervengan o hayan intervenido». En cualquier otro caso, es decir, que no se refiere a asuntos concretos, la comparecencia precisará de la previa autorización del Fiscal General del Estado, dependencia jerárquica *ad intra*.

En esta misma línea de ganar en autonomía *ad extra* con respecto al Gobierno, se propone que el Fiscal General del Estado dicte directamente decreto motivado con los ascensos y los nombramientos de los cargos, oídos el Consejo Fiscal y el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma respectiva (art. 13.1 AEOMF). Hasta ahora, corresponde al Fiscal General del Estado la facultad de proponer al Gobierno los ascensos y los nombramientos en los distintos cargos, previo informe del Consejo Fiscal y oído el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma respectiva cuando se trate de cargos en las Fiscalías de su ámbito territorial (art. 13.1 EOMF). En tal caso, ya no se requeriría informe, aunque no fuera vinculante, del Consejo Fiscal, si bien nada impide que ser oídos no sea mediante la petición de emisión de informe.

En miras del reforzamiento de la independencia o, más bien, autonomía *ad extra,* se propone un modificación sustancial de la configuración del Consejo Fiscal, que se deja como un órgano de asesoramiento y consulta (art. 14 AEOMF). El contrapeso se traslada a la Junta de Fiscales de Sala. Así, por ejemplo, si un fiscal recibiera una orden o instrucción contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente y hubiera sido impartida por el Fiscal General del Estado, este resolverá previa audiencia de la Junta de Fiscales de Sala. Ahora bien, lo nuevo que se añade es que «prevalecerá el criterio de la Junta sobre el del Fiscal General del Estado si aquel viniere avalado por las tres quintas partes de los integrantes de la Junta de Fiscales de Sala» (art. 27.3 AEOMF). En la misma línea, se introduce en el art. 25.3 AEOMF.

En lo que concierne al nombramiento del Fiscal General del Estado y a fin de desvincularlo del Gobierno de turno, se propone que el mandato sea de cinco años, acompañado de la revisión de las causas de cese. Así, se elimina la relativa a «cuando cese el Gobierno que lo hubiera propuesto», manteniéndose el resto de las causas de cese del art. 31 EOMF. Corresponderá al Consejo de Ministros apreciar las causas de cese, si bien se propone que, cuando se alegue «por incumplimiento grave o reiterado de sus funciones», se exija el informe previo del Consejo General del Poder Judicial. Nuevamente, será preceptivo, pero no vinculante al no preverse expresamente.

Y sobre el nombramiento de determinados puestos de Fiscales y en la línea de desvincular Gobierno y Fiscal General del Estado, se proyecta eliminar que el Gobierno los nombre a propuesta del Fiscal General del Estado. Se prevé que lo efectúe directamente el Fiscal General del Estado tras las audiencias previas establecidas aunque no vinculantes en el art. 36.1 AEOMF.

Por el contrario, se mantiene la dependencia jerárquica interna, si bien trata de modularla al prever que el Fiscal General del Estado pueda impartir las órdenes e instrucciones dirigidas a su subordinados concernientes al servicio y al ejercicio de las funciones de carácter general, matizándose la referencia a instrucciones y órdenes con respecto a «asuntos específicos». Así, cuando se alude a asuntos específicos, podrá impartir órdenes e instrucciones siempre que no se opusieran el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo o el Fiscal de Sala Jede de la Sección de la Fiscalía del Tribunal Supremo competente por razón de la materia, tras la oportuna audiencia (art. 25 AEOMF):

a) Con la oposición de estos Fiscales, el Fiscal General del Estado podrá emitir la instrucción particular con el informe favorable de la mayoría de los integrantes de la Junta de Fiscales de Sala. En este caso, el fiscal que recibiera la orden o instrucción particular no podrá formular la discrepancia del art. 27 AEOMF, es decir, la vía de poner en conocimiento del superior que puede ser contraria a la ley u otro motivo, pero sí podrá interesar que el despacho del asunto sea encomendado a otro fiscal.

   Si no hubiera mayoría, el Fiscal General del Estado no podría emitirla.

b) Si las instrucciones particulares se refieren a asuntos que afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno, que se mantiene, requerirá en la nueva redacción que el Fiscal General del Estado deberá recabar previamente el informe favorable de la mayoría de la Junta de Fiscales de Sala. Hasta ahora, se requería oír previamente a dicha Junta como trámite preceptivo, pero no vinculante al no establecerse expresamente.

c) En cuanto a los Fiscales Superiores de Comunidades Autónomas y los Fiscales Jefes de su ámbito territorial podrán impartir directamente instrucciones referidas a asuntos particulares con respecto a sus subordinados, sin necesidad de recabar informe previo alguno.

Asimismo, es de resaltar la propuesta de incorporación de causas de abstención y de recusación con la propuesta de modificación del art. 28 EOMF, en el que, hasta ahora, se regula la abstención con la remisión a las previstas para jueces y magistrados y sin previsión expresa de la recusación más allá de que las partes pueden dirigirse al superior jerárquico sin que las respectivas decisiones adoptadas sean recurribles. En el art. 28 ter AEOMF, se abordan como solicitudes de abstención de las partes.

Alguna de las causas propuestas pueden plantear algún problema en caso de ser alegadas de no ser precisadas como la de «ser una de las partes superior jerárquico o subordinado del Fiscal» (art. 28.10.º AEOMF)[41]. El art. 28 quater AEOMF trata, aunque no lo logra, de prever un enrevesado sistema de sustituciones en caso de prosperar la abstención con cambios territoriales de comunidades autónomas y a decisión del Fiscal General del Estado. Como no es ficción, sino que ha sido una realidad el enjuiciamiento de un Fiscal General en España, ¿se tendrían que abstener el resto de fiscales al quedar subordinados al Fiscal General del Estado? No se contempla esta posibilidad.

La sustanciación del incidente de abstención se sustanciará en expediente gubernativo incoado al efecto, no siendo susceptibles de impugnación la resolución de las abstenciones planteadas (art. 28 bis AEOMF).

La posibilidad de recusación sólo se prevé con respecto al fiscal responsable de la fase de investigación en el proceso penal, quedando legitimadas únicamente las partes del proceso (art. 28 quinquies AEOMF).

No se resuelve lo relativo a la defensa del interés general, de los intereses públicos, del interés social. Estamos de acuerdo con el planteamiento de MORENO CATENA quien señala que «el rechazo a las comunicaciones del Gobierno con el MF, interesándolo el ejercicio de acciones, olvida el diseño constitucional no sólo en punto a la norma relativa a la designación del Fiscal General del Estado, sino también en lo que se refiere a la responsabilidad atribuida de dirigir la política criminal (art. 97 CE)». No existe constitucionalmente otro órgano distinto del Ministerio Fiscal que

---

41 Llama la atención la conceptuación de qué se entienda por tener amistad íntima o enemistad manifiesta del fiscal con respecto al denunciante, víctima o cualquiera de las partes: "quienes públicamente hubieran manifestado su simpatía o afinidad o su rechazo hacia una persona, el colectivo al que pertenece o la entidad en la que se halla integrado, o se hayan pronunciado en favor o en contra de las actuaciones desarrolladas por dicha persona, colectivo o entidad" (art. 28.9.1 AEOMF).

permita al Gobierno intervenir ante los tribunales «en defensa de estos intereses»[42].

En otras palabras, qué ocurre si el Gobierno no tiene un órgano propio para hacer valer el interés general diferente del Ministerio Fiscal, lo que no es una cuestión baladí. Si la vinculación del Fiscal General del Estado y el Gobierno desaparece en favor de la independencia e, internamente, se elimina la dependencia jerárquica, ¿cómo sería posible la defensa del interés general que el Poder Ejecutivo marque? ¿Nos llevaría a tener que elegir al Fiscal General en las urnas para que marque líneas de política criminal? En realidad, estaremos hablando de un modelo distinto del diseñado en la Constitución de 1978 y que debería resolver todas estas cuestiones.

III. CONCLUSIONES

En realidad, no podemos hablar de una crisis en sí misma de la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal, puesto que se inserta en el diseño de un determinado modelo de Ministerio Fiscal por el que se decantó el texto constitucional en 1978. Y, según se ha expuesto, fue heredado, en buena medida, de la configuración histórica que había recibido esta institución, que nació vinculada al monarca y después al Poder Ejecutivo.

Si se habla de crisis, habría que hacerlo del modelo de Ministerio Fiscal vigente. Han pasado casi más de cuarenta y siete años desde su aprobación, en unas determinadas circunstancias sociopolíticas y conforme a un modelo consolidado.

Los dos principales problemas que se ciernen sobre el modelo vigente son:

a) Los vínculos del Fiscal General del Estado y el Gobierno, difíciles de soslayar dada la redacción del art. 124 CE. Ni siquiera podría establecerse el carácter vinculante de la audiencia al Consejo General del Poder Judicial para su nombramiento que, en la práctica, se traduce en un informe que es lo que se prevé en el Anteproyecto. Pueden establecerse medidas de limitación, pero que no pueden ser contrarias al diseño constitucional.

---

42 MORENO CATENA, Víctor, *Introducción al Derecho Procesal (con otro), op. cit.,* p. 187.

b) La independencia reclamada para que el Ministerio Fiscal asuma la función de dirigir la instrucción.

En el Anteproyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, las medidas que se proyectan responden más a un lavado de imagen de cara a la Unión Europea más que a un cambio de modelo de Ministerio Fiscal, debido a las características de que el art. 124.1 CE lo dota. No obstante, es loable que se puedan incorporar matizaciones que no desnaturalicen el mandato constitucional y marquen una mayor limitación de los vínculos de Fiscal General del Estado y Gobierno. Internamente, se refuerza la Junta de Fiscales de Sala como contrapeso del Fiscal General del Estado.

En relación a una de las cuestiones que se planteó, es decir, si es necesario la modificación de la Constitución Española para que el Ministerio Fiscal asuma nuevas funciones, no lo es. La cuestión estaría en que, si desde el marco de la Unión Europea se reclama la independencia para asumir la función de la dirección de la instrucción, no sería factible. Si lo que se reclama es autonomía funcional acompañada de los principios de igualdad, según se ha visto, y de principio de legalidad, sería factible. Ahora bien, el sistema procesal penal cumple con ese marco europeo con la investigación dirigida por un juez instructor, dotado de independencia. ¿Por qué decantarnos por el fiscal? La explicación o la justificación está en la proyección futura de equiparar el sistema procesal penal a una «mayoría» de los ordenamientos europeos en los que la instrucción es dirigida por el Ministerio Fiscal, armonizándose con el modelo elegido para la Fiscalía Europea.

Para armonizar nuestro sistema al europeo, debería configurarse un previo diseño del modelo constitucional de Ministerio Fiscal que se ha ajuste a la realidad sociopolítica actual de nuestro país. Además, habría de atenderse a la estructura organizativa existente y, por supuesto, dotarlo económicamente para permitir la transición con adecuación de recursos materiales y humanos. Son muchas las cuestiones que se han de resolver y que se han planteado con anterioridad para puedan evitarse disfuncionales *ad initio*. En definitiva, habría que pensar en qué modelo queremos. Cualquier modelo que se importe se ha de adaptar a nuestra propia idiosincrasia. ¿Queremos un Ministerio Fiscal integrado orgánicamente en el Poder Judicial? No sería posible pensar en un modelo de Ministerio Fiscal que no se integre orgánicamente en el Poder Ejecutivo o en el Poder Judicial. No cabe duplicar «dos poderes judiciales».

Si el caballo de batalla se centra en la eliminación de la dependencia jerárquica *ad extra* y *ad intra,* habrá que articular el encaje institucional y orgánico del Ministerio Fiscal si se extrae del Poder Ejecutivo. Y habrá que dar respuesta a cómo velar por el interés general que, en el marco de la política criminal del Gobierno, haya o pueda desplegarse. No será posible una eliminación absoluta de la dependencia jerárquica *ad intra* dada la principal función del Ministerio Fiscal que es la de promoción de la acción de la justicia.

La previsión en el Anteproyecto es la de atribuir la dirección de la instrucción sin ninguna reforma constitucional, es decir, con la vigencia del principio de dependencia jerárquica. No hace falta ser independiente para ser director de una instrucción en la que medida en que seguirá siendo el órgano público del *ius accusandi.* Otra cuestión es que sin independencia pueda cuestionarse la dirección de la instrucción en el ámbito de la Unión Europea o del Consejo de Europa y, con ella, la separación del Poder Ejecutivo[43].

Responde más a un criterio de oportunidad política dotar de la función de dirección de la instrucción[44] que al diseño de un nuevo modelo de Ministerio Fiscal basado en la independencia.

En suma, coincidimos con MONTERO AROCA en que «carece de sentido cuestionarse, primero, la independencia del Fiscal General del Estado y, luego, la de los fiscales en concreto. Si se pretendiera introducir en nuestro sistema una y otra independencia debería procederse a la reforma de la Constitución y no simplemente de la Ley 50/1981. La independencia supondría un cambio radical en la configuración del Ministerio Fiscal»[45]. En el futuro legislativo que se avecina no se ansía ese

---

43 *Vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre 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, 2025.*

44 *Vid., v.gr., el Plan Justicia 2030 en* https://www.justicia2030.es/-/la-justicia-en-espa%C3%B1a-2 (consulta: 24/11/2025), en el que el plan de trabajo incluye la elaboración de una Ley de Enjuiciamiento Criminal en la que se armonice la dirección de la instrucción con la Fiscalía Europea y otros ordenamientos europeos: "Atribuyendo la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, España armonizará su sistema procesal penal con el Derecho Europeo, alineándolo con un modelo de investigación ampliamente asentado en los Estados Miembros de la Unión Europea. Hay que tener en cuenta que la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal fue aprobada en 1882" (*ibidem).*

45 MONTERO AROCA, Juan, *Proceso penal y libertad, op. cit,* p. 139.

cambio radical más allá de convencer de que la instrucción puede ser asumida por el Ministerio Fiscal y, en ese caso, quede desvinculado del Poder Judicial. Conforme al modelo vigente, cumplir cumplimos con la dirección de la instrucción por un órgano dotado de independencia, por el juez instructor.

*La instrucción en el proceso penal: No es quién instruye, sino cómo se instruye**

LETICIA FONTESTAD PORTALÉS

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Málaga

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL: NO ES QUIÉN INSTRUYE, SINO CÓMO SE INSTRUYE. II.1. El Fiscal como instructor penal: interrogantes abiertos en busca de respuesta. II.2. Incertidumbres sobre un futuro Fiscal basado en sistemas de Inteligencia Artificial. III. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Es una constante en el debate español de las últimas décadas la referencia a la necesidad de dejar atrás un sistema procesal decimonónico como

* Esta contribución científica se realiza en el marco del Proyecto Nacional de I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación «Claves de una Justicia resiliente en plena transformación» (REF PID2024-155197OB-I00), siendo la Dra. Calaza López la Investigadora Principal, así como de la Red de investigación del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2024-2027 «Alianzas estratégicas de la Justicia: Educación, Igualdad e Inclusividad» (RED2024-153961-T), coordinada por la Dra. Sonia Calaza López y del Proyecto Generación del Conocimiento sobre "Derecho de la competencia y política industrial para el desarrollo de sectores estratégicos competitivos e innovadores en Europa: Retos de la transición ecológica y digital" (*Twin-Comp*), siendo Investigadores Principales: Dr. Olmedo Peralta y Dra. Benavides Velasco.

** Durante la edición de esta obra colectiva se ha aprobado el Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal (LOECrim), motivo por el cual su desarrollo no se encuentras incluido en este trabajo). *Vid.* Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de noviembre de 2025 (121/000074). Disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-74-1.PDF#page=1 (último acceso, 8/4/2026).

es el nuestro a cambio no solo de un nuevo modelo de justicia penal que incluya instrumentos como la justicia restaurativa o la mediación, sino un nuevo sistema de justicia penal.

En lo que ahora nos interesa, ese nuevo sistema procesal penal pasaría por la conveniencia de asignar la instrucción en el proceso penal al Fiscal. Así lo vienen reclamando los Fiscales desde, por ejemplo, el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1995, con una serie de condicionantes, por supuesto, entre otros: que la atribución de la instrucción fuera real y no una mera supervisión de la investigación penal; conceder a los Fiscales autonomía en la investigación y proscripción de órdenes particulares para investigaciones concretas; que el fiscal actuara más como un preparador de la acusación que como instructor o regular el principio de oportunidad reglada[1].

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[2] e, incluso, la propuesta de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013[3], hasta llegar al Anteproyecto de reforma de la LECrim de

---

1 *Vid.* Medidas a adoptar si se confiere la instrucción al Ministerio Fiscal en el *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1996, pp. 72 y ss.

2 *Vid.* BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., «La reforma del proceso penal español en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011», en *Diario La Ley,* núm. 7939, 2012.

3 Sobre el Fiscal y la investigación en el Anteproyecto de LECrim de 2011 y en la propuesta de Código Procesal Penal, *Vid.* por todos, CHOZAS ALONSO, J.M., «Perspectivas de futuro: el fiscal como director de la investigación», en *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Ed. Dykinson, Madrid 2015, pp. 185-182.

2020[4], el tercer intento en 9 años[5] y, más recientemente al Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal[6].

Como todos sabemos, esta propuesta que pretende aproximar y armonizar nuestro proceso penal a otros sistemas procesales afines como, por ejemplo, el de Portugal[7], ha suscitado desde siempre el debate en torno

---

4 Disponible en : https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf (consulta: 30/09/2025). Sobre el anteproyecto en general, *Vid* por todos, ARNAIZ SERRANO, A., «Aspectos generales del Anteproyecto de LECRIM de 2020», *en Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2022, pp. 27-65. En particular, sobre la fase de investigación en el Anteproyecto de LECrim de 2020, *Vid.* NIEVA FENOLL, J., «El procedimiento de investigación en el anteproyecto de Lecrim de 2020», en *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020,* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2022, pp. 627-643.

5 Debate que también ha estado presente en la doctrina durante más de veinte años, *Vid.* por todos, VALLESPÍN PÉREZ, D., «¿La instrucción en manos del Ministerio Fiscal como nuevo sistema procesal penal?», en *Homenaje a don Eduardo Font Serra*, Vol. 2, Ed. Ministerio de Justicia y Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid 2004, pp. 1449-1454.

6 *Vid.* Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de noviembre de 2025 (121/000074), en adelante Proyecto de LOECrim. Disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-74-1.PDF#page=1 (último acceso, 8/4/2026).

7 Como afirma VALLESPÍN PÉREZ, en relación con la necesidad de este tránsito hacia la investigación en manos del Ministerio Fiscal por «razones de Derecho Comparado», «(C)onvendría recordar, sin embargo, que aquellos otros Estados en los que, con más o menos matices, la investigación viene atribuida al Ministerio Público, distan mucho de vivir una situación perfecta. Así, por ejemplo, en Portugal, el pasado 4 de febrero el Fiscal General, al hilo del Caso Tancos (robo de material bélico de una base militar portuguesa que llevó a los fiscales investigadores a solicitar el interrogatorio del Presidente de la República y del Primer Ministro), reiteró la sujeción de los fiscales a sus superiores jerárquicos (en este asunto, mostraron su rechazo a dichos interrogatorios sobre la base de «motivos de dignidad»). Francia, por su parte, ha recibido del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa, reiterados avisos acerca de la conveniencia de reforzar la independencia real de la Fiscalía frente al Ejecutivo. En Alemania se ha tenido que escuchar como el TJUE ha llegado a decir que su Fiscalía no ofrece garantías suficientes de independencia. Y, finalmente, en Italia, tampoco faltan 14 casos mediáticos, politizados o de alta corrupción, en los que la respuesta penal pública ha devenido inexistente o ineficaz». *Vid.*

a la necesidad de garantizar, lógicamente, la protección de los derechos fundamentales del investigado[8]. De ahí que en el desarrollo de esta fase de instrucción que —previsiblemente— dirigirá —en un futuro— el Ministerio Fiscal, intervendrá el que se configura como un Juez de Garantías[9]. 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 Proyecto de LOECrim de 2025, al igual que 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

---

VALLESPIN PÉREZ, D., «La reforma de la instrucción penal: fiscal investigador *vs* juez instructor», en *El nuevo papel del fiscal investigador en el anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dos lecturas,* Observatorio de Derecho Público, núm. 1/2021, pág. 13. Sobre la necesidad de atribuir o no las labores de instrucción del proceso penal en nuestro ordenamiento jurídico junto a un análisis comparativo con sistema francés y alemán, *Vid.* ARMENTA DEU, T., «El fiscal instructor, ¿es necesario?», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002, pp. 191-222. Más recientemente, sobre la instrucción en Francia, *Vid.* NIETO MENGOTI, J.P., «A propósito del juez de instrucción en Francia», en *Diario La Ley*, núm. 10270, 2023.

8 *Cfr.* GARBERÍ LLOBREGAT, J., «¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2007, pp. 1823-1827.

9 Determina el artículo 26 Proyecto LOECrim, al igual que el artículo 28 del ALECrim de 2020 bajo la rúbrica *Competencia para la fase de investigación*:

> «1. Las diversas actuaciones que el libro IV de esta ley reserva a la autoridad judicial son competencia de la sección de Investigación del Tribunal de Instancia de la circunscripción en la que el delito se haya cometido.
>
> 2. Para el ejercicio de estas funciones, el Tribunal de Instancia se constituirá siempre con un solo magistrado, que se denominará Juez de Garantías.
>
> 3. En los procesos atribuidos a la Audiencia Nacional, será Juez de Garantías un magistrado de la sección de Investigación de dicho tribunal.
>
> 4. El magistrado que haya actuado como Juez de Garantías no podrá intervenir en las fases posteriores del procedimiento.
>
> 5. En cada Tribunal de Instancia y en la Audiencia Nacional se establecerá un servicio de guardia en el que participarán de modo sucesivo todos los integrantes de las respectivas Secciones de Investigación».

que, posteriormente, no intervendrá en el desarrollo del juicio oral)[10]. Este último, en el citado Anteproyecto así como en el Proyecto de LOECrim, 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[11], decisión que, en caso afirmativo, conduciría la causa a la fase de enjuiciamiento[12].

No obstante, resulta innegable que el legislador ha desaprovechado la oportunidad de materializar esta reforma desde el mismo momento en el que la LO 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia[13] procede a la modificación del artículo 785 de la LECrim para regular 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[14].

---

10 El artículo 26 del Proyecto de LOECrim, al igual que el artículo 29 del ALECrim de 2020, cuando regula la *Competencia para la fase intermedia*, establece que:
«1. Es competente para el juicio de acusación y para las demás actuaciones previstas en el libro V de esta ley, la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia de la circunscripción en que el delito se haya cometido.
2. Para el ejercicio de estas funciones, el Tribunal de Instancia se constituirá siempre con un solo magistrado, que se denominará Juez de la Audiencia Preliminar.
3. En los procesos atribuidos a la Audiencia Nacional, será Juez de la Audiencia Preliminar un magistrado de la sección de enjuiciamiento de dicho tribunal.
4. El magistrado que haya actuado como Juez de la Audiencia Preliminar no podrá intervenir en el enjuiciamiento del hecho».

11 *Vid.* artículos 622 a 627 ALECrim de 2020, que regula el sobreseimiento (artículos 623 a 626 PLOECrim), y 628 a 631 que regula la apertura del juicio oral.

12 *Vid.* artículos 613 a 618 ALECrim de 2020 que regula el *Procedimiento de la Fase Intermedia* (regulada en los artículos 615 a 620 del Proyecto de LOECrim).

13 Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (BOE núm. 3, de 03 de enero de 2025).

14 *Vid.* Artículo 785 LECrim sobre el que la Exposición de motivos de la LO 1/2025, afirma: «El artículo 785 regula la audiencia preliminar a la que se citará únicamente al Ministerio Fiscal y a las partes, así como a los acusados o acusadas. Esta audiencia tendrá por finalidad no solo la admisión de pruebas, sino también una posible conformidad, así como la depuración de aquellas cuestiones que pudieran suponer la suspensión de la celebración del juicio oral y un nuevo señalamiento o la posible nulidad de pruebas por vulneración de derechos fundamentales, sin necesidad de esperar a su resolución en sen-

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, exigía 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 había 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 citado Juez de la Audiencia Preliminar o, por el contrario y lo que parecía más lógico, que el legislador había optado por descartar definitivamente la bifurcación de las competencias judiciales en esta fase del proceso, probablemente, como consecuencia de las críticas recibidas.

La aprobación del Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, al mantener la figura del juez de la Audiencia Preliminar, disipa las dudas previamente existentes. En consecuencia, y retomando el objeto central de este trabajo, conviene recordar que la fase de instrucción en el proceso penal ha sido tradicionalmente objeto de debate, centrado en la figura del sujeto que la dirige: juez de instrucción o fiscal instructor. Sin embargo, esta discusión corre el riesgo de desviar la atención de lo verdaderamente esencial: la forma en que se lleva a cabo la instrucción.

Tal y como establece el artículo 299 LECrim, el sumario comprende «... las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos». En este contexto —y dejando al margen aquellos supuestos que afectan a derechos fundamentales, en los que, incuestionablemente, debe

---

tencia tras la celebración del juicio oral. Se prevé igualmente la celebración de esta audiencia preliminar aunque no asista, injustificadamente, la persona acusada debidamente citada o las demás partes, a fin de sustanciar todas aquellas cuestiones que puedan resolverse en ausencia».

intervenir el juez—, el foco del debate sobre la instrucción debe desplazarse del «quién» al «cómo». Es decir, más que centrarse en la titularidad del órgano instructor, resulta prioritario atender a las garantías que rigen la fase de instrucción, la cual se caracteriza, como es sabido, por una serie de particularidades que condicionan su desarrollo y eficacia:

- Predominio de la forma escrita y ausencia de contradicción, a diferencia del juicio oral.
- Las diligencias de investigación no constituyen actos probatorios, ya que su finalidad es la averiguación de los hechos y la preparación del juicio. Solo adquieren valor probatorio cuando se reproducen en el juicio oral conforme a los principios de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación, como ocurre en los casos de prueba anticipada y prueba preconstituida.
- Rige el principio de investigación de oficio, lo que implica que el órgano instructor —sea juez o fiscal— dirige la investigación sin necesidad de que sean solicitadas a instancia de parte.
- Carácter secreto de las actuaciones. El secreto del sumario regulado en el artículo 302 LECrim permite restringir el acceso a las actuaciones en determinados supuestos, con el fin de proteger la eficacia de la investigación o salvaguardar los derechos de las personas investigadas[15].
- Plazo para realizar las actividades de investigación, establecido en el artículo 324 LECrim, con el objetivo de evitar dilaciones indebidas. No obstante, la práctica revela dificultades en su cumplimiento, lo que ha generado abundante jurisprudencia sobre la validez de las

---

[15] El artículo 302 LECrim dispone que «Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.
No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para:
a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o
b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.
El secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario.
Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505».

actuaciones practicadas fuera de plazo y su incidencia en el derecho fundamental al proceso sin dilaciones indebidas[16].

II. LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL: NO ES QUIÉN INSTRUYE, SINO CÓMO SE INSTRUYE

El 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, como todos sabemos, en el artículo 117 de la Constitución Española (en adelante, CE)[17], a una institución como el Ministerio Fiscal, de relevancia constitucional y con personalidad jurídica propia integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial[18], pero que no goza de la independencia e inamovilidad de un órgano jurisdiccional.

Si bien es cierto que el artículo 124 CE[19], por su parte, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, atribuye al Ministerio Fiscal la misión de:

---

16 Lo que lleva a CORTÉS DOMÍNGUEZ, a afirmar que «... la limitación temporal sea más una desiderata que una realidad. Aunque, por lo menos, con la reforma del año 2020, se ha suprimido otro elemento que contribuía a extender la duración de la instrucción, dado que en su redacción anterior, el art. 324 LECrim establecía que esos plazos se interrumpían cuando se declaraba el secreto de las actuaciones sumariales (y lógicamente cuando se acuerde el sobreseimiento provisional), previsión que ahora no aparece en la redacción del citado artículo». CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal,* Ed. Tirant Lo Blanch, 13ª edición, Valencia 2025, pp. 230-231.

17 «1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

18 *Vid.* Artículo segundo, uno, de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1982).

19 *Vide* también el Artículo tercero del citado Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

1) 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,

2) 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[20] (en adelante, EOMF)—, prevé como principios que rigen su actuación:

- el Principio de legalidad[21] —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[22] —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 encomendado—,

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 mismos, cuando no está expresamente regulado en el Estatuto Orgánico[23], se le aplica de forma supletoria lo dispuesto para los jueces y magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)[24], lo que atribuye a los miembros del Ministerio Fiscal

---

20 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE núm. 11, de 13 de enero de1982).

21 *Cfr.* Artículo sexto EOMF: «Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan.
Si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el artículo 27 de este Estatuto».

22 *Cfr.* Artículo séptimo del EOMF según el cual «Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados».

23 *Vid.* artículos cuarenta y dos a setenta EOMF.

24 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 02 de julio de 1985).

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 este trabajo, 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[25].

Ante esta perspectiva, se revela ineludible la necesidad de revisar y adaptar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con el objetivo 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.

---

[25] Respecto a las relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes públicos, el artículo octavo EOMF, en su apartado primero, afirma que «El Gobierno podrá interesar del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público».

En respuesta a esta exigencia, una de las principales novedades que introduce el prelegislador en la propuesta de reforma del EOMF[26], es la transformación del sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado, orientándolo hacia un modelo más garantista. Este nuevo modelo se fundamenta en criterios objetivos y profesionales, tales como la trayectoria en el Ministerio Fiscal, los méritos académicos y la experiencia procesal. Asimismo, se propone establecer un mandato fijo y no renovable, y limitar las causas de cese a supuestos tasados, con el fin de evitar la discrecionalidad gubernamental y reforzar la autonomía.

Efectivamente, el proyecto de reforma del EOMF pone fin a uno de los aspectos más controvertidos en torno a la independencia del Ministerio Fiscal, al introducir un nuevo modelo de designación del Fiscal General del Estado. En este sentido, la propuesta de reforma del artículo 29 dispone lo siguiente:

«Uno. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial, eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión. No podrá ser propuesto para el cargo quien en los cinco años anteriores haya sido nombrado titular de un Ministerio, de una Secretaría de Estado o de una Consejería de un Gobierno autonómico, ni quien haya sido elegido titular de la Presidencia de una Corporación local o haya tenido la condición de diputado, senador, o miembro del Parlamento Europeo o de una Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma»[27].

---

[26] Disponible en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/2025-0771-apl-modif-eomf.pdf (última consulta, 8/4/2026).

[27] *Cfr.* Artículo 29.1 del actual EOMF, según el cual, «Uno. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial, eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión. No podrá ser propuesto para el cargo quien en los cinco años anteriores haya sido nombrado titular de un Ministerio, de una Secretaría de Estado o de una Consejería de un Gobierno autonómico, ni quien haya sido elegido titular de la Presidencia de una Corporación local o haya tenido la condición de diputado, senador, o miembro del Parlamento Europeo o de una Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma».

Es cierto que el Proyecto de Ley de reforma del EOMF, en el marco del fortalecimiento del papel del Ministerio Fiscal como director de la investigación penal, ha introducido otra, igualmente, relevante modificación legislativa que refuerza su autoridad frente a eventuales perturbaciones en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, se incorpora un nuevo Capítulo II ter al Título I de la Ley 50/1981, bajo la rúbrica: «*De las sanciones que pueden imponerse a los que intervienen en actos y procedimientos dirigidos por el Ministerio Fiscal*»[28].

No obstante, de acuerdo con los citados principios de legalidad e imparcialidad, y con sujeción, en todo caso, a los criterios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, tal y como determina el artículo 124.2 CE, «... el Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los tribunales las actuaciones pertinentes en defensa del interés público», tal y como reza artículo 8.1 del EOMF cuya redacción literal —conviene advertir— se mantiene en el Proyecto de Ley de reforma del EOMF[29].

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

---

[28] *Vid.* Artículos quinto octies a quinto duodecies que persigue proteger al ministerio fiscal de posibles perturbaciones en el ejercicio de sus funciones.

[29] En el Proyecto de Ley de reforma del EOMF, se modifica el artículo 8 aunque, como podemos comprobar, el apartado primero no sufre cambio alguno: «Uno. El Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado la realización de las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público.
El Fiscal General del Estado resolverá con plena autonomía lo procedente.
En ningún caso podrá el Gobierno interesar que el Ministerio Fiscal promueva actuación alguna en referencia a un procedimiento concreto.
Dos. La comunicación del Gobierno con el Ministerio Fiscal se hará de forma escrita y por conducto del Ministro de Justicia a través del Fiscal General del Estado. Cuando el Presidente del Gobierno lo estime necesario podrá dirigirse directamente al mismo.
El Fiscal General del Estado conferirá traslado de dicha comunicación a la Junta de Fiscales de Sala y, tras oírla, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada.
Todas las comunicaciones entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal serán publicadas y debidamente registradas en el soporte que se determine reglamentariamente.
Tres. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el Gobierno podrá poner en conocimiento del Fiscal General del Estado aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de delito»

oportunidad de la misma, lo que justifica una constante reflexión sobre los límites y equilibrios necesarios para preservar la independencia funcional del Ministerio Fiscal.

No corresponde en este momento abordar en profundidad la cuestión que, sin duda, suscita mayor inquietud en torno a la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación penal: la independencia e imparcialidad del fiscal instructor. Sin embargo, resulta imprescindible subrayar la necesidad de someter a un análisis riguroso no solo la ineludible reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que el legislador está impulsando, sino, especialmente, la forma en la que el legislador aborda dicha reforma.

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, y a pesar de la vacatio legis de 6 años desde su aprobación, como hemos tenido la posibilidad de comprobar en más ocasiones de las que hubieran sido deseables, esa previsión de un año se podía haber convertido 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 profundizar en el papel del Ministerio Fiscal como director de la investigación penal mientras persista la incertidumbre sobre cómo —y, más aún, cuándo — finalizará el legislador la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. No podemos obviar, el hecho de que mientras elaborábamos estas líneas, el Gobierno ha aprobado —el 13 de mayo de 2025— la reforma de la Fiscalía para adaptarlo a la futura LECrim ni que dicha propuesta de reforma ha

recibido las primeras críticas por considerarla manifiestamente insuficiente en lo que se refiere a dotar, precisamente, de independencia al Ministerio Fiscal[30].

El Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. a pesar de que tal y como se afirma en la Exposición de Motivos, se dirige «... principalmente, a adaptar su organización y funcionamiento interno a las nuevas e importantes responsabilidades que le serán encomendadas. Se persigue con ello reordenar la estructura interna del Ministerio Público, mejorar su capacidad funcional y reforzar la autonomía de este órgano de relevancia constitucional, prestando a tal efecto especial atención a la figura de la persona titular de la Fiscalía General del Estado», ha sido objeto de críticas entre otras muchas razones porque, como afirma la Asociación de Fiscales, esta reforma «... no contribuye a la mejora de la autonomía orgánica y funcional del Ministerio Fiscal. Más bien, todo lo contrario. Supone, a nuestro juicio, una verdadera involución institucional»[31].

Esta desconfianza e incertidumbre desaparecerían, lógicamente, si el legislador no solo acometiese la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con carácter previo a la modificación de la LECrim —es decir, antes de encomendarle la dirección de la investigación penal—, sino que

---

30 Sobre el proyecto de reforma del EOMF, *Vid.* CRESPO BARQUERO, P., «El Estatuto Fiscal: una oportunidad que no deberíamos perder», en *Diario del Derecho, Estudios y comentarios* (RI §1255134). Se puede consultar el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 23 de junio de 2025, sobre 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, disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-por-unanimidad-el-informe-al-anteproyecto-de-ley-por-la-que-se-modifica-el-Estatuto-Organico-del-Ministerio-Fiscal (consulta, 30/09/ 2025).

31 *Vid.* Informe de la Asociación de Fiscales, de 29 de mayo de 2025, que se presenta al 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. Disponible en https://www.asociaciondefiscales.es/images/Pdf/250528_Informe_de_la_A.F._al_anteproyecto_de_ley_por_la_que_se_regula_el_E.O.M.F..pdf (consulta, 8/10/2025). Una de las reclamaciones más recurrentes en cuanto a la necesaria modificación del EOMF es, precisamente, en relación con la necesidad de reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal y garantizar su completa independencia, especialmente en lo que respecta a su relación con el Gobierno. *Vid.* por todos, TORRES-DULCE LIFANTE, E., «Hacia el fiscal investigador: un recorrido histórico», en *Revista de las Cortes Generales,* núm. 110, 2021, pág. 159.

también garantizase la independencia, y no meramente la autonomía, de dicha institución.

Es cierto que, en este sentido y aun cuando en este trabajo por las razones expuestas no abordamos el análisis del Proyecto de reforma del EOMF, no podemos dejar de advertir que la reforma prevé como novedad de forma detallada las causas de abstención y recusación de los miembros del Ministerio Fiscal, procedimiento, solicitud y competencia y, lo que es más importante, introduce «... relevantes cambios dirigidos a potenciar la imparcialidad del Ministerio Público y, con ello, su efectiva autonomía. Así las cosas, se prohíbe de forma expresa que el Gobierno pueda interesar que el Ministerio Fiscal promueva cualquier tipo de actuación en procedimientos concretos; se suprime la posibilidad de que el Fiscal General del Estado pueda ser llamado a informar ante el Consejo de Ministros; se disocia la duración del mandato del Fiscal General del Estado y la del Gobierno de la Nación; el nombramiento del Fiscal General del Estado determinará, en su caso, el ascenso a la máxima categoría de la carrera fiscal; se consolidan las causas tasadas de cese del Fiscal General del Estado; se colegia la decisión sobre la impartición de instrucciones particulares por parte del Fiscal General del Estado; se refuerza el papel de la Junta de Fiscales de Sala en caso de discrepancia con las instrucciones del Fiscal General del Estado; se atribuye la competencia para resolver el nombramiento y ascenso de los fiscales al Fiscal General del Estado, que deja de estar conferida al Ministro de Justicia; se eliminan las facultades del Ejecutivo en el régimen disciplinario del Ministerio Fiscal, reforzando así la figura del Fiscal General del Estado como jefe superior de los y las fiscales»[32].

II.1. El Fiscal como instructor penal: interrogantes abiertos en busca de respuesta

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

---

[32] *Vid.* Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de reforma del EOMF

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[33], 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.

A partir de este punto, podríamos continuar el debate sobre la conveniencia o no de instaurar la figura del fiscal instructor, como lo han venido planteando, entre otros, los profesores GÓMEZ COLOMER y LORCA NAVARRETE desde los años 1996 y 2008[34], respectivamente; o bien, seguir profundizando en la tradicional controversia entre el modelo de fiscal investigador y el del juez instructor[35]; sin embargo, teniendo en cuenta que estamos ante un modelo de sistema procesal penal que prácticamente todos hemos asumido, quizás no tanto por convencimiento como por aburrimiento, tal vez sea el momento de trascender el debate acerca de la conveniencia o no de un fiscal instructor porque, 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[36].

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. Razón por la cual, y partiendo fundamentalmente de la

---

33 *Vid.* la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 julio (BOE núm. 189, de 08 de agosto de 1988. ECLI:ES:TC:1988:145) y, más recientemente, la Sentencia 59/2023, de 23 de mayo de 2023 (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2023. ECLI:ES:TC:2023:59).

34 *Vid.* GÓMEZ COLOMER, J.L., «El fiscal instructor», en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 2, 1996, pp. 259-286 y LORCA NAVARRETE, A.M., «Fiscal Instructor ¿sí o no?», en *Diario La Ley*, núm. 6884, 2008.

35 *Vid.* por todos, CALVO SÁNCHEZ, C., «¿Ministerio fiscal o juez instructores de la causa?», en *Cuadernos abulenses*, núm. 22, 1994, pp. 135-152 y VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M., *Fiscal investigador contra juez instructor: (lógica de la investigación criminal)*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2012.

36 En este sentido, *Vid.* ALFONSO RODRÍGUEZ, A.J., «El cómo frente al quien en la reforma de la instrucción penal: Diagnóstico y cambios», en *RDUNED. Revista de derecho UNED*, núm. 22, 2024, pp. 191-239.

voluntad de erigir al Ministerio Fiscal como director del procedimiento de investigación penal, se abren numerosos interrogantes en busca de respuesta.

Así, nos preguntamos si 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[37], una desconfianza del legislador en las labores de investigación del Ministerio Fiscal[38].

Aun cuando considerábamos improbable que el legislador mantuviera en la entonces proyectada reforma de la LECrim la figura del Juez de la Audiencia Preliminar, atendiendo a lo previsto en el Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal nos preguntamos cómo interaccionará el fiscal instructor con este Juez de la Audiencia Preliminar encargado de decidir en la fase intermedia, tal y como se mantiene en el artículo 26 del Proyecto LOECrim, sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral.

Igualmente, surgen dudas acerca de si 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 plantearía un desafío significativo en relación con el principio de igualdad de armas procesales atendiendo a que no cabe duda alguna de que el fiscal no es una parte más en el proceso penal, «... pues ocupa un papel singular dentro del procedimiento penal como acusador público que ha de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, procurando la satisfacción del interés social ratione officii»[39]. Efectivamente, como afirmaba CARNELUTTI, el Ministerio Pú-

---

37 *Vid.* por todos, IBARRA SÁNCHEZ, J.L., «La instrucción penal en un proceso con todas las garantías: ¿por qué no debería instruir el fiscal?», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2020.

38 Como afirma ALFONSO RODRÍGUEZ, «la condición de parte del Fiscal permite que su investiga-ción, controlada por un Juez de Garantías, sirva para evitar abusos o arbitrariedades con lo que precisamente se pone a ambos (acusador e investigado) en píe de igualdad al estar sujetos a la supervisión de un tercero ajeno a la investigación (Juez)». *Vid.* ALFONSO RODRÍGUEZ, A.J., «El cómo frente al quien en la reforma de la instrucción penal: Diagnóstico y cambios», *op.cit.,* pág. 221.

39 El TC, precisamente en relación con la intervención del juez en el proceso penal, ha señalado que el derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho a un juez imparcial, otorga al acusado en un proceso penal el derecho a exigir del juez la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, siendo un tercero ajeno a los

blico no deja de ser un juez que interviene como parte, por lo que no debe instruir, sino colaborar en la instrucción[40]. Y, como afirma, CHAMORRO BERNAL más recientemente, «... el Ministerio Fiscal, cuando actúa como parte acusadora, por definición, no es imparcial... »[41].

Continuando con los interrogantes que plantea esta reforma, resulta pertinente cuestionarse 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[42].

La regulación de las relaciones entre el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial sigue, una vez más, las líneas marcadas por el Anteproyecto de reforma de la LECrim de 2011, configurando una relación de dependencia funcional, de modo que la Policía Judicial actuará en las investigaciones de acuerdo con las directrices e instrucciones del Ministerio Fiscal. Esta dependencia funcional es en régimen de monopolio, de modo que la Policía Judicial se relacionará exclusivamente con el Ministerio Fiscal, sin que sea preciso ningún tipo de contacto con el Juez de Garantías. También se prevé la posibilidad de que las fiscalías contengan unidades policiales adscritas, si bien no se instaura la dependencia orgánica como sistema general.

---

intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas (STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3). Por esta razón le está vedado constitucionalmente asumir en el proceso funciones de parte". *Vid.* Sentencia núm. 59/2023 del Tribunal Constitucional, de 23 de mayo de 2023 (ECLI: ES:TC:2023:59) que en su Fundamento jurídico número 4 reflexiona sobre el alcance de la imparcialidad del Ministerio Fiscal en el contexto de las diligencias de investigación – de carácter preprocesal-.

40 «El ministerio público es un juez que se hace parte. Por eso, en vez de ser una parte que sube, es un juez que baja». *Cfr.* CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso penal,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1998, pág. 213.

41 CHAMORRO BERNAL, F., «La reforma de la instrucción penal: fiscal investigador *vs* juez instructor», en *El nuevo papel del fiscal investigador en el anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dos lecturas,* Observatorio de Derecho Público, núm. 1/2021, pág. 7. Sobre la actuación del fiscal como instructor del proceso penal en relación con las partes en proceso, *Vid.* FUENTES SORIANO, O., "Sobre el fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso", en *La reforma del proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid 2011, pp. 191-223.

42 Sobre el fiscal instructor y la policía judicial, *Vid.* MIRANDA ESTRAMPES, M., "El fiscal instructor y la policía judicial: expectativas y dificultades del futuro proceso penal adversarial", en *Estudios Jurídicos*, núm. 2006, 2006.

Por otro lado, tanto en el texto del Proyecto de LOECrim de 2025 como en el del Anteproyecto de reforma de la LECrim de 2020, se refuerza esta relación de dependencia entre Fiscalía y Policía, permitiendo, expresamente, la posibilidad de que el Ministerio Fiscal dicte instrucciones y órdenes concretas de forma previa a la iniciación formal de la investigación[43].

Por su parte, el Proyecto de Ley de reforma del EOMF, introduce un nuevo artículo cuarto bis relativo a la atribución específica al Ministerio Fiscal de la dirección del procedimiento de investigación que se acompaña con el suficiente grado de detalle de las facultades de dirección de la Policía Judicial y el modo en el que se ejercen por el Ministerio Fiscal. E, igualmente, se prevé un nuevo Capítulo II bis del Título I de la Ley 50/1981, rubricado *De la Dirección de la Policía Judicial,* que regula, en seis nuevos artículos, entre otros asuntos, la dependencia funcional y directa de la Policía Judicial al Ministerio Fiscal, las instrucciones y directrices para el mejor funcionamiento de la justicia, competencia, procedimiento, el deber de guardar rigurosa reserva sobre la evolución y resultado de concretas investigaciones y cuando se declara el secreto de la investigación[44].

En esta línea de reflexión podríamos continuar planteando interrogantes, como, por ejemplo, si 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

---

43 En cuanto a la relación de dependencia funcional con el ministerio fiscal, en la Exposición en la Exposición de Motivos tanto del Proyecto de LOECrim como del ALECrim de 2020, el legislador afirma que se «(S)e introducen dos novedades en este punto. En primer lugar, se contempla expresamente la posibilidad de que se dicten instrucciones y órdenes particulares, no solo generales, antes de la iniciación formal del procedimiento de investigación. Como en ese momento, previo a la existencia de un procedimiento formal, el fiscal responsable de la investigación no ha sido todavía determinado, se prevé que esas instrucciones sean impartidas por el fiscal jefe del correspondiente órgano del Ministerio Fiscal o por la persona en la que delegue dicha función (tenientes fiscales, decanos de servicios especiales, fiscales especialmente encargados de ser enlaces con la policía…). Se aclara, por otro lado, que las instrucciones generales van más allá de la mera coordinación, a la que crípticamente aludía el texto de 2011, y constituyen, antes bien, el cauce adecuado para que el fiscal fije pautas procesales precisas para la actuación investigadora de la policía».

44 Sobre la reforma de la instrucción penal en el Anteproyecto de reforma del EOMF, *Vid.* ALAMO GONZÁLEZ, D.P., «Los jueces instructores y la garantía del Estado de Derecho en el proceso penal español: el nuevo proyecto de reforma de la instrucción penal», en *Diario La Ley*, núm. 10753, 2025.

personal del fiscal instructor, o, incluso, si tienen verdaderamente interés los fiscales en asumir la instrucción en el proceso penal.

II.2. Incertidumbres sobre un futuro Fiscal basado en sistemas de Inteligencia Artificial

Tras dedicar estas páginas a una reflexión sobre el futuro del Ministerio Fiscal como director de la investigación en el proceso penal, resulta inevitable experimentar una sensación de anacronismo y reiteración. ¿Realmente seguimos debatiendo, una vez más, sobre la conveniencia o no de atribuir al Fiscal la función instructora en el proceso penal cuando, a estas alturas todos tenemos claro —tanto desde una perspectiva orgánica como funcional— qué requisitos son necesarios para para atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal con todas las garantías?

En este contexto, consideramos que el verdadero futuro, —el que está por llegar y, de una u otra forma, llegará— no es simplemente el Fiscal instructor, sino el Fiscal instructor asistido o, incluso, sustituido por sistemas de inteligencia artificial[45]. Del mismo modo que desde hace algunos años se viene discutiendo la figura del Juez-robot como una posibilidad en el horizonte jurídico, consideramos que ha llegado el momento—y,

---

[45] Dado que no constituye el objeto de nuestro trabajo de investigación —pues, tal y como advierte GÓMEZ COLOMER, no se trata de una cuestión estrictamente jurídica—, remitimos al estudio del citado autor, quien aborda con profundidad el fenómeno de la inteligencia artificial en el ámbito judicial. *Vid.* GOMÉZ COLOMER, J.L., *El juez robot:(la independencia judicial en peligro),* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp. 21-65. Por otra parte, en relación con la necesidad de regular la inteligencia artificial en relación con los procesos judiciales, *Vid.* por todos, BUENO DE MATA, F., «La necesidad de regular la inteligencia artificial y su impacto como tecnología disruptiva en el proceso: de desafío utópico a cuestión de urgente necesidad», en *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 15-41 y NIEVA FENOLL, J., «Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas ante un alto tecnológico en el camino», en *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Ed. Thomas Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 417-437. *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo de 20 de enero de 2021 sobre inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho Internacional en la medida en que la UE se ve afectada en los ámbitos de los usos civil y militar, así como de la autoridad del Estado fuera del ámbito de la justicia penal (P9_TA(2021)0009), disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0009_ES.pdf (consulta, 11/10/2025).

sin duda alguna, ya vamos tarde— de reflexionar sobre la figura del Fiscal-robot.

Y, ¿por qué afirmamos que vamos tarde? Porque, como en tantas otras ocasiones, China, a la vanguardia tecnológica, lleva años trabajando en esta dirección. Efectivamente, desde el año 2015, dicho país ha venido desarrollando sistemas de inteligencia artificial capaces de elaborar escritos de acusación y presentar cargos contra sospechosos a partir de una simple descripción verbal de los hechos. Este tipo de avances no solo anuncia una transformación profunda en el funcionamiento del proceso penal, sino que obliga a repensar el papel del Ministerio Fiscal en un contexto jurídico cada vez más automatizado, en el que la intervención humana podría verse progresivamente desplazada por algoritmos capaces de tomar decisiones jurídicas con un alto grado de precisión[46].

Así, mientras en España en pleno siglo XXI el Fiscal General del Estado continúa reivindicando la independencia y la autonomía de la Fiscalía española —concebido como un cuerpo estable formado por «funcionarios con criterio propio» y dotado con un sistema de garantías y contrapesos con una toma de decisiones que «garantiza a todos los ciudadanos que la acción de la Fiscalía solo está sometida al criterio de legalidad» —, en China los fiscales robots ya están elaborando escritos de acusación sobre ocho de los delitos más comunes cometidos diariamente en Shanghái[47], por ejemplo el fraude con tarjetas de pago, el juego clandestino, la conducción temeraria, las lesiones intencionales, estafa y robo, etc.

Mientras en China el fiscal robot evalúa evidencias criminales y puede presentar nuevos cargos con una precisión del 97%[48], en España, alguna Comunidad Autónoma, se vanagloriaba, hace apenas unos meses, de haber puesto a disposición de los fiscales un sistema de dictado jurídico asistido por Inteligencia Artificial. Esta comparación no pretende desmerecer los avances autonómicos o nacionales en esta materia, sino eviden-

---

46 De esta realidad se han hecho eco distintos diarios digitales de contenidos jurídicos como confilegal (disponible en https://confilegal.com/20220103-china-inventa-un-fiscal-de-inteligencia-artificial-capaz-de-presentar-cargos-con-un-97-de-precision/. consulta 12/10/2025).

47 Fiscalía Popular de Shanghái Pudong.

48 Múltiples fiscales chinos emplean una herramienta de IA conocida como *System 206*, capaz de analizar la solidez de una prueba o la peligrosidad de un sospechoso.

ciar el desfase tecnológico que aún persiste en nuestro sistema de justicia penal.

El presente trabajo no pretende ofrecer soluciones a cuestiones que, en caso de que el Proyecto de LOECrim llegara finalmente a atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal, podrían considerarse incluso superadas por la propia evolución normativa. Antes bien al contrario, el objetivo fundamental es abrir nuevas líneas de reflexión, como la que plantea si, en el contexto de una justicia penal cada vez más digitalizada, cabría preguntarse si un fiscal basado en sistemas de inteligencia artificial —el denominado Fiscal-robot— podría ofrecer mayores garantías de independencia en sus funciones instructoras que un fiscal-persona. La hipótesis, como todos sabemos, no es meramente especulativa: la eliminación de factores subjetivos, presiones externas o sesgos personales podría, en teoría, favorecer una actuación más objetiva y autónoma.

Sin embargo, esta aparente ventaja plantea nuevas incógnitas. ¿Sería realmente más imparcial el Fiscal-robot a la hora de presentar el escrito de acusación en un proceso penal que previamente ha instruido? La imparcialidad, entendida como ausencia de prejuicio, podría verse reforzada por algoritmos bien diseñados, pero también amenazada por sesgos de programación, opacidad en los criterios de decisión o falta de sensibilidad jurídica[49].

Además, surge una cuestión de control institucional: ¿quién revisa la instrucción «smartificada»? ¿Podríamos hablar de un «smart fiscal» autónomo, capaz de actuar sin supervisión humana? La respuesta exige una reflexión profunda sobre los límites éticos y jurídicos de la automatización en el ámbito penal[50].

---

49 En relación con los derechos y garantías procesales penales fundamentales, *Vid.* MARTIN DIZ, F., «Derechos y garantías procesales penales fundamentales: una lectura en clave tecnológica», en *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, vol. 10 núm. 1, 2024. Sobre Inteligencia Artificial y Justicia, *Vid*, NIEVA FENOLL, J., «Inteligencia Artificial y Justicia ¿perderemos el control?», en *Diálogos jurídicos: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo,* núm. 9, 2024, pp. 69-84. LLANO ALONSO, F. H., «Justicia digital, algoritmos y derecho: de la predictibilidad del big data al mito del juez-robot», en *El impacto de la inteligencia artificial en la teoría y la práctica jurídica*, Wolters Kluwer, Madrid 2022, pp. 219-244.

50 *Vid.* BARONA VILAR, S., «Cuarta revolución industrial (4.0.) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia», en *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 3, núm. 1, 2019, pp. 1-17. Enfocado al Juez-robot, *Vid.* GÓMEZ COLOMER, J.L., «Problemas

Como advierte GÓMEZ COLOMER en relación Juez-Robot, «...hipotéticamente sería posible imaginar la absoluta independencia del Juez- Robot, en tanto en cuanto pueden ser programados con prevención prevente a cualquier influencia externa o interna. Pero es irreal, porque precisamente la programación la hace el ser humano, que o bien es incapaz de lograr tan alto índice de objetividad, o bien no puede resistirse a sus propios sesgos»[51].

No obstante, no podemos olvidar que, en cualquier caso, no estamos ante un Fiscal-decisor o sentenciador[52], sino ante la posibilidad de un Fiscal —instructor o no— Robot entendido como una herramienta de IA que auxilia a los fiscales a la hora de redactar escritos de acusación y presentar cargos, y que, según la opinión de sus creadores «El sistema puede reemplazar a los fiscales en el proceso de toma de decisiones hasta cierto punto», que es distinto a que el gobierno chino utilice fiscales de IA que funcionen de forma autónoma[53].

Como vemos, muchas de las inquietudes —y no pocos inconvenientes[54]— que la doctrina más autorizada ha formulado en torno a la figura del Juez-robot[55] pueden trasladarse, con fundamentos similares, al debate

---

legales del juez robot desde una perspectiva procesal y orgánica», en *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2023, pp. 163-193 y del mismo autor «Sobre una posible y futura responsabilidad civil del juez-robot: una aproximación desde el derecho procesal», *Actualidad civil*, núm. 4, 2023.

51 *Vid.* GÓMEZ COLOMER, J.L., *El juez robot: (la independencia judicial en peligro), op.cit.,* pág. 217.

52 BELLOSO MARTÍN, N., «Inteligencia artificial en la teoría de la decisión judicial: ¿del juez-robot al asistente-robot del juez?», en *El derecho y la inteligencia artificial*, Editorial Universidad de Granada, Granada 2022, pp. 341-364.

53 *Vid.* «Robot de la fiscalía» a la venta en la página web de Guangdong Exhibition Hall Intelligent Equipment Co., Ltd. y Jiyu Robot Co., Ltd., en la que advierten, entre otras cuestiones, que "El enfoque estandarizado del sistema en el análisis de casos ayuda a mantener la coherencia en la toma de decisiones entre diferentes fiscales y casos". Información disponible en https://www.qijurobot.com/es/application/prosecutors-office-robot (consulta: 11/10/2025).

54 VARELA GÓMEZ, B.J., «Contra el juez robot», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Víctor Moreno Catena*, Vol. 1, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2025, pp. 541-567.

55 Recordemos los problemas constitucionales que específicamente podría generar la intervención de un Juez-robot en el proceso judicial en palabras de GÓMEZ COLOMER: «Cómo queda afectado el derecho a al juez ordinario predetermina-

sobre la eventual incorporación de un Fiscal-robot. Estas preocupaciones, lejos de disiparse, adquieren una renovada relevancia al proyectarse sobre el probable futuro ejercicio de funciones instructoras por parte del Ministerio Fiscal.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

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 s*e 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.

Además, la atribución de la instrucción penal al Ministerio Fiscal, en el marco de una justicia cada vez más digitalizada, exige una revisión del modelo procesal vigente. La posible incorporación de sistemas de inteligencia artificial en las funciones del fiscal plantea interrogantes que no pueden ser ignorados.

Lejos de ofrecer respuestas cerradas, este trabajo ha buscado abrir nuevas líneas de reflexión, trasladando al ámbito del Ministerio Fiscal muchas de las preocupaciones que la doctrina ya ha formulado en torno a la figura

---

do por la ley, cómo queda afectado el derecho a la tutela judicial efectiva, cómo queda afectado el derecho al proceso con todas las garantías, cómo queda afectado el principio de igualdad procesal, cómo queda afectado el derecho de defensa, cómo queda afectada la presunción de inocencia... ». Como vemos, muchos de estos cuestionamientos podrían ser traslados perfectamente para el caso de que interviniera en el proceso judicial un Fiscal instructor-Robot. *Vid.* por todos, GÓMEZ COLOMER, J.L., *El juez robot: (la independencia judicial en peligro), op.cit.,* pág. 209. Sobre el Juez-robot, *Vid.* ORTEGA KLEIN, A., «Juez con robot, más que robot juez», en *Derecho y tecnologías*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid 2025, pp. 45-78; DELGADO MARTÍN, J., «El juez robot», en *Innovación y Tendencias. Sector Legal* 2023, Ed. La Ley 2022, pp. 274-283 y CONDE FUENTES, J., «El juez-robot y la independencia judicial: una aproximación», en *Logros y retos de la justicia civil en España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2023, pp. 649-664;.

del Juez-robot. En este sentido, el debate sobre el Fiscal-robot no debe abordarse como una simple extrapolación tecnológica, sino como una oportunidad para repensar el papel del fiscal en un sistema jurídico en transformación, donde la automatización no debería sustituir, sino complementar la función humana bajo estrictos parámetros de legalidad.

Un mix peligroso: El actual control de la fiscalía por el gobierno; la propuesta de atribución al ministerio fiscal de la dirección de la investigación oficial en el proceso penal; y la propuesta de limitación de la acusación popular

JOSÉ MARTÍN PASTOR

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ACTUAL CONTROL DE LA FISCALÍA POR EL GOBIERNO Y LA NECESIDAD DE UNA MAYOR AUTONOMÍA. III. LA PROPUESTA DEL MINISTERIO FISCAL COMO DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN OFICIAL EN EL PROCESO PENAL. IV. LA PROPUESTA DE LIMITACIÓN DE LA ACUSACIÓN POPULAR. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios fundamentales del sistema de proceso penal vigente en España consiste, por una parte, en que en todo proceso penal deben realizarse tres actividades distintas: la de investigar, la de acusar y la de juzgar, y, por otra parte, complementando lo anterior, cada una de esas actividades ha de llevarse a cabo por unos sujetos también distintos. La separación de funciones, en consecuencia, implica también una separación orgánica.

En nuestro modelo de proceso penal la fase de instrucción —con las excepciones del proceso penal de menores en el que la fiscalía de menores se encarga de la investigación, y de los procesos por delitos cuya investigación está atribuida a la fiscalía europea— está encomendada al juez de instrucción, que es el órgano que dirige la investigación penal.

Este modelo, para garantizar la imparcialidad judicial, requiere la separación de las funciones de investigar y de juzgar, de forma que quien ha instruido no puede, con posterioridad, juzgar. Por ello, se distingue entre el juez de instrucción, que es quien dirige la investigación del delito, y el tribunal o juez de enjuiciamiento, que es quien juzga y sentencia posteriormente.

No obstante, en España se ha propuesto con insistencia la introducción del modelo de Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal[1], en tres trabajos prelegislativos que no han fructificado en una reforma legal. En concreto, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, y, especialmente, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020.

La función de acusar se atribuye necesariamente a un órgano público —el Ministerio Público, en España denominado Ministerio Fiscal—, en la medida en que el delito lesiona siempre el interés público. Con la atribución del poder de acusar al Ministerio Fiscal se garantiza el interés público en la persecución del delito, pero también la imparcialidad del órgano jurisdiccional que ha de juzgar, atribuyendo las funciones de acusar y juzgar a órganos públicos distintos.

En nuestro modelo procesal penal, a diferencia de otros países de nuestro entorno, la función de acusar no está monopolizada por el Ministerio Fiscal, sino que también se atribute a la víctima del delito (la acusación particular), como a la ciudadanía interesada (la acusación popular), que pueden actuar como contrapeso frente a posibles actuaciones controvertidas del Ministerio Fiscal derivadas de su vinculación con el Poder Ejecutivo.

Por esta razón, la acusación popular resulta incómoda para el poder político, pues en muchos casos ha ejercitado la acción penal en procesos embarazosos para gobernantes y partidos políticos.

Y por ello se ha intentado reiteradamente limitar su operatividad. En concreto, en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020, y, en la

---

[1] Sobre esta cuestión puede consultarse MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Bolonia, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 2005.

actualidad, en la Proposición de Ley Orgánica de garantía y protección de los derechos fundamentales frente al acoso derivado de acciones judiciales abusivas, de 10 de enero de 2025, del Grupo Parlamentario Socialista.

Paralelamente, desde diversas instancias internacionales se han hecho recomendaciones explícitas y constantes a España para reforzar la independencia del Fiscal General del Estado/Ministerio Fiscal.

Nuestro legislador está dando pasos en aras de potenciar la autonomía de los fiscales para que puedan asumir mejor su nueva función investigadora en los procesos penales, pero, mientras no medie una reforma constitucional, el vigente art. 124.4 CE establece una clara vinculación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal.

II. EL ACTUAL CONTROL DE LA FISCALÍA POR EL GOBIERNO Y LA NECESIDAD DE UNA MAYOR AUTONOMÍA

En los últimos tiempos se ha subordinado desde algunos sectores la reforma del proceso penal, y la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación oficial en dicho proceso, a una previa reforma de la normativa orgánica del Ministerio Fiscal, para dotarlo de una mayor autonomía respecto del Poder Ejecutivo. Esta última reforma constituiría pues un presupuesto de la primera.

El CRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción, en el marco del Consejo de Europa), en su Segundo Informe de Cumplimiento, de la Cuarta Ronda de Evaluación, de 2021, dedicado a España, ha especificado que «en el marco de la reforma prevista de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, destinada a establecer el liderazgo de los fiscales en la fase de instrucción, la necesidad de garantizar la no injerencia de las presiones externas adquiere aún más importancia primordial. Si bien GRECO reconoce que no existe un modelo uniforme de instrucción entre sus miembros, también es cierto que, independientemente del modelo, es crucial para la confianza del público, y también para la confianza de los pares, que la instrucción sea, y parezca, imparcial, objetivo y libre de toda influencia indebida, especialmente de carácter político, en el desempeño de sus funciones (…).

Por esta razón, GRECO solo puede reiterar la necesidad de una mayor reflexión sobre las garantías adicionales que pueden introducirse en el Mi-

nisterio Fiscal español para protegerlo de interferencias indebidas. GRECO alienta a las autoridades a que piensen en profundidad a este respecto, entre otras cosas, teniendo presentes las consideraciones ya señaladas en el Informe de Evaluación de la Cuarta Ronda en relación con la cuestión de las puertas giratorias, en particular, en lo que respecta a la actividad política»[2].

Asimismo, en la Adenda al Segundo Informe de Cumplimiento adoptada por el GRECO en 2022, se ha indicado que «en el contexto de la reforma prevista de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, destinada a establecer el papel rector de los fiscales en la fase de instrucción, GRECO reiteró la necesidad de seguir reflexionando sobre las garantías adicionales que podrían introducirse en el sistema de enjuiciamiento español para protegerlo de injerencias indebidas y alentó a las autoridades a una reflexión más amplia al respecto»[3].

De acuerdo con la regulación vigente, en España la vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo se instrumentaliza mediante diferentes técnicas, alguna de ellas prevista en la propia Constitución[4].

La principal técnica consiste en el régimen de nombramiento del Fiscal General del Estado. Este es nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno y oído previamente el Consejo General del Poder Judicial, siendo elegido entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años en el ejercicio efectivo de su profesión (art. 124.4 CE y art. 29.1 EOMF).

Si, en la práctica, es el Poder Ejecutivo quien tiene la facultad de designar a la cúpula de la institución del Ministerio Fiscal, no es problemático concluir que difícilmente será nombrado un Fiscal General del Estado que sea contrario a los postulados político-jurídicos de aquél. Este régimen de nombramiento del Fiscal General del Estado no garantiza la independencia o la autonomía del Ministerio Fiscal en España.

---

2 Párrafos 62 y 63, pp. 13 y 14.

3 Párrafo 25, p. 5.

4 Una exposición de estas técnicas puede encontrarse en MARTÍN PASTOR, J., "La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: ¿Un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?", en *Revista General de Derecho Procesal, núm. 14, 2009, pp. 4 y ss.*

La Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modificó la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, pretendió dotar al Ministerio Fiscal de una mayor autonomía en el desempeño de sus funciones, que contribuyera a reforzar de cara a la sociedad el principio de imparcialidad que preside su actuación de conformidad con lo previsto en el art. 124.1 CE[5].

A pesar de este intento de dotar de una mayor autonomía a la institución, con posterioridad, tanto el GRECO como la Comisión Europea (en sus Informes sobre el Estado de Derecho) han hecho recomendaciones explícitas y constantes a España para reforzar la independencia del Fiscal General del Estado/Ministerio Fiscal.

Por una parte, en el año 2013, en el Informe sobre España de la Cuarta Ronda de Evaluación (relativa a la prevención de la corrupción en parlamentarios, jueces y fiscales) del CRECO, la recomendación ix pidió a España reconsiderar el método de selección y la duración del mandato del Fiscal General del Estado, junto con otras medidas para reforzar la transparencia en la comunicación entre el Gobierno y el Fiscal General del Estado, y para otorgar una mayor autonomía al Ministerio Fiscal[6].

En el Informe de Cumplimiento del CRECO de 2016, se concluyó que ninguna de las 11 recomendaciones contenidas en el Informe de Evaluación de la Cuarta Ronda había sido implementada satisfactoriamente o abordada de manera satisfactoria por España.

En el Informe Provisional de Cumplimiento adoptado por el GRECO en 2017 se volvió a calificar el nivel de cumplimiento de España con las recomendaciones como «globalmente insatisfactorio».

---

5 Un comentario de dicha reforma se puede encontrar en MARTÍN PASTOR, J., "La reforma…", *cit., pp. 26 y ss. De esta reforma se puede destacar la modificación del régimen de nombramiento del Fiscal General del Estado; la modificación del régimen de cese del Fiscal General del Estado; la limitación temporal del mandato; la necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala cuando el Fiscal General del Estado imparta instrucciones en asuntos que afecten a miembros del Gobierno; la modificación del régimen de abstención del Fiscal General del Estado; el carácter neutral y operativo de los órganos técnicos de la Fiscalía General del Estado; y una asignación presupuestaria singularizada para el Fiscal General del Estado.*

6 Párrafo 169, p. 45.

En el Segundo Informe Provisional de Cumplimiento adoptado por el GRECO en 2019 se destacó que no se podía considerar plenamente cumplida la recomendación ix[7].

En su Segundo Informe de Cumplimiento de 2021, el GRECO reconoció que el Gobierno español había considerado su recomendación, aunque no había dado lugar a ningún cambio en el método de selección ni en la duración del mandato del Fiscal General del Estado. También reiteró la necesidad de una mayor reflexión sobre las garantías adicionales que pueden introducirse en el Ministerio Fiscal español para protegerlo de injerencias indebidas[8].

La Adenda al Segundo Informe de Cumplimiento adoptada por el GRECO en 2022, concluyó que la recomendación ix seguía parcialmente implementada, porque, entre otras cuestiones, no se habían producido cambios en el método de selección ni en la duración del mandato del Fiscal General del Estado, una preocupación antigua que empaña la percepción de autonomía del Ministerio Público en España[9].

Por otra parte, el Informe de la Comisión Europea sobre el Estado de Derecho en 2020, en el Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, ya indicó que «la relación entre el Fiscal General y el Gobierno, concretamente el sistema de designación del Fiscal General, la duración de su mandato y el registro de las comunicaciones con el ministro de Justicia, suscita controversia», «entre otras razones porque la coincidencia en el mandato puede afectar a la percepción de independencia»[10].

El Informe sobre el Estado de Derecho en 2021, en el Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, reiteró «las preocupaciones relativas a la autonomía del Ministerio Fiscal con respecto al Gobierno»[11].

El Informe sobre el Estado de Derecho en 2022, en el Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, enfatizó que en España persistían dudas en cuanto a la autonomía de la Fiscalía con respecto al Gobierno, puesto que «se han aprobado enmiendas legislativas que aumentan la transparencia en las relaciones entre el Gobierno y el fiscal general del Estado, pero persiste cierta inquietud ante la coincidencia temporal en el mandato

---

7 Párrafo 59, p. 11.

8 Párrafo 57, 62 y 63, pp. 12, 13 y 14.

9 Párrafo 24, p. 5.

10 Pp. 1, 3 y 4.

11 Pp. 1 y 6.

de ambos», por lo que recomendó a España que «refuerce el estatuto del fiscal general del Estado, especialmente en lo que respecta a disociar en el tiempo el mandato de este con el del Gobierno, teniendo en cuenta las normas europeas sobre la independencia y autonomía del Ministerio Fiscal»[12].

En la misma línea del anterior, el Informe sobre el Estado de Derecho en 2023, en el Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, destacó que España «no ha seguido avanzando en el reforzamiento del estatuto del fiscal general del Estado, en particular en lo que respecta a la disociar en el tiempo el mandato de este con el del Gobierno, teniendo en cuenta las normas europeas sobre la independencia y autonomía del Ministerio Fiscal», por lo que recomendó a España «reforzar el estatuto del Fiscal General, en particular en lo que respecta a la disociación temporal de los mandatos del fiscal general del Estado y del Gobierno, teniendo en cuenta las normas europeas sobre independencia y autonomía del Ministerio Fiscal»[13].

Con el objetivo de reforzar la independencia e integridad de nuestro sistema judicial, la 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, en relación con la institución del Ministerio Fiscal, ha regulado un nuevo régimen de incompatibilidades para el nombramiento como Fiscal General del Estado, de manera que no podrá ser propuesto para el cargo quien, en los cinco años anteriores, haya sido nombrado titular de un Ministerio, de una Secretaría de Estado o de una Consejería de un Gobierno autonómico, o elegido titular de la Presidencia de una Corporación local, o haya tenido la condición de diputado, senador, o miembro del Parlamento Europeo o de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma (art. 29.1 EOMF)[14].

Esta norma también ha aclarado que el Fiscal General del Estado, como miembro del Ministerio Fiscal, deberá abstenerse de intervenir en los pleitos o en las causas cuando le afecte alguna de las causas de abstención establecidas para los jueces y magistrados en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y que la solicitud formulada será resuelta por

---

12 Pp. 1 y 3. Véanse también pp. 6 y 7.

13 P. 3. Véanse también pp. 8 y 9.

14 En este punto el legislador español ha tenido, finalmente, presentes las consideraciones ya señaladas en el Informe del CRECO de la Cuarta Ronda de Evaluación, de 2013, en relación con la cuestión de las puertas giratorias, en particular, en lo que respecta a la actividad política (véase el párrafo 153, p. 40, en relación con el párrafo 102, pp. 29 y 30, del mencionado informe).

la Junta de Fiscales de Sala, que será presidida por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo (art. 28 EOMF).

Sin embargo, desde las mencionadas instancias internacionales se ha seguido insistiendo en la necesidad de una mayor autonomía para la institución del Ministerio Fiscal.

En la Segunda Adenda al Segundo Informe de Cumplimiento adoptada por el GRECO en 2024, se ha remarcado que la recomendación ix sigue parcialmente aplicada, y en el apartado de las conclusiones se ha puesto de relieve que «la relación entre el Fiscal General y el poder ejecutivo es un tema que sigue generando preocupación pública (en cuanto a su percepción de independencia), por lo que se insta a las autoridades a que procedan a una reforma más amplia del estatuto del Fiscal General, que revise, entre otros aspectos, el sistema de nombramiento del Fiscal General y la autonomía del Ministerio Público»[15].

El Informe sobre el Estado de Derecho, elaborado por la Comisión Europea en 2024, en el Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, ha destacado que «en relación con las recomendaciones del Informe sobre el Estado de Derecho en 2023, España: Ha registrado ciertos avances en cuanto al refuerzo del estatuto del fiscal general del Estado, pero no en lo que respecta a la disociación en el tiempo del mandato de este con el del Gobierno, teniendo en cuenta las normas europeas sobre la independencia y autonomía del Ministerio Fiscal», y, por ello, ha recomendado a España que «siga reforzando el estatuto del fiscal general, en particular en lo que respecta a la disociación temporal de los mandatos del fiscal general del Estado y del Gobierno, teniendo en cuenta las normas europeas sobre independencia y autonomía del Ministerio Fiscal»[16].

El Informe sobre el Estado de Derecho en 2025, en el Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, ha destacado que, en relación con las recomendaciones del Informe sobre el Estado de Derecho en 2024, España «ha seguido avanzando en cuanto al refuerzo del estatuto del fiscal general del Estado, pero no en lo que respecta a la disociación en el tiempo del mandato de este con el del Gobierno, teniendo en cuenta las normas europeas sobre la independencia y autonomía del Ministerio Fiscal», y, por ello, recomienda a España que «siga reforzando el estatuto del fiscal general del Estado, pero no en lo que respecta a la disociación en el tiempo del man-

---

15 Pp. 5 y 6.

16 P. 3.

dato de este con el del Gobierno, teniendo en cuenta las normas europeas sobre la independencia y autonomía del Ministerio Fiscal»[17].

En el marco de un nuevo intento para reforzar la autonomía del Ministerio Público, siguiendo las propuestas y recomendaciones del GRECO y de la Comisión Europea, en mayo de 2025 el Consejo de Ministros ha aprobado un Anteproyecto de Ley para seguir reformando el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

El objetivo de este Anteproyecto de Ley es reforzar la independencia y la autonomía de los fiscales para que puedan asumir mejor su nueva función investigadora en los procesos penales, de conformidad con el proyecto de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Entre otras medidas[18], se establece que el mandato del Fiscal General del Estado dejará de coincidir con el del Gobierno y será de cinco años no renovable. Además, con el Anteproyecto de Ley se trata de mejorar la transparencia de las relaciones entre el Gobierno y el Fiscal General del Estado estableciéndose que las comunicaciones entre este y el Gobierno serán públicas y se formularán por escrito. Con la reforma también se propone que, si el Gobierno desea cesar al Fiscal General del Estado por incumplimiento grave o reiterado de sus funciones, primero tiene que solicitar un informe al Consejo General del Poder Judicial.

El objetivo de incrementar la autonomía del Ministerio Fiscal, prestando a tal efecto especial atención a la figura de la persona titular de la Fiscalía General del Estado. constituye, sin duda, el eje nuclear de la presen-

---

17 P. 3.

18 A la reforma del art. 29 EOMF, operada en virtud de la Ley Orgánica 3/2024, de 2 de agosto, se suman ahora relevantes cambios dirigidos a potenciar la imparcialidad del Ministerio Público y, con ello, su efectiva autonomía. Así las cosas, se prohíbe de forma expresa que el Gobierno pueda interesar que el Ministerio Fiscal promueva cualquier tipo de actuación en procedimientos concretos; se suprime la posibilidad de que el Fiscal General del Estado pueda ser llamado a informar ante el Consejo de Ministros; se disocia la duración del mandato del Fiscal General del Estado y la del Gobierno de la Nación; el nombramiento del Fiscal General del Estado determinará, en su caso, el ascenso a la máxima categoría de la carrera fiscal; se consolidan las causas tasadas de cese del Fiscal General del Estado; se colegia la decisión sobre la impartición de instrucciones particulares por parte del Fiscal General del Estado; se refuerza el papel de la Junta de Fiscales de Sala en caso de discrepancia con las instrucciones del Fiscal General del Estado; se atribuye la competencia para resolver el nombramiento y ascenso de los fiscales al Fiscal General del Estado, que deja de estar conferida al Ministro de Justicia; y se eliminan las facultades del Ejecutivo en el régimen disciplinario del Ministerio Fiscal, reforzando así la figura del Fiscal General del Estado como jefe superior de los y las fiscales.

te reforma legislativa, pues la atribución de un nuevo rol a la Fiscalía, en cuanto directora de la investigación de los hechos delictivos, exige minimizar cualquier atisbo o apariencia de dependencia respecto del Ejecutivo y de los demás poderes del Estado.

Como se ha indicado, en el Anteproyecto se amplía la duración del mandato del Fiscal General del Estado a un periodo de cinco años, para desvincular, por tanto, el cese de dicho nombramiento anudado al cese del Gobierno que lo designa.

A mi juicio, aunque con esta medida de disociación temporal de los mandatos del Fiscal General del Estado y del Gobierno se pretende reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo, difícilmente se conseguirá este objetivo.

Esta reforma no impedirá que el Poder Ejecutivo siga nombrando un Fiscal General del Estado políticamente afín, que beneficie al partido político —o coalición— que gobierne en ese momento, u perjudique a un eventual nuevo Gobierno de signo contrario.

Ya que el Gobierno podrá designar, antes o después, al Fiscal General del Estado, aquel normalmente tratará de proponer un Fiscal General del Estado «obediente», dócil, de su absoluta confianza.

Así pues, en la práctica se podrá convertir la proyectada reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en la parte que nos ocupa de dotar de mayor autonomía a la institución, en una simple operación de «maquillaje» de la vinculación del Fiscal General del Estado y de la institución que representa con el Ejecutivo.

Para garantizar la verdadera autonomía del Ministerio Fiscal se precisa de una reforma de mayor calado, a nivel constitucional, que desvincule esta institución del Poder Ejecutivo.

III. LA PROPUESTA DEL MINISTERIO FISCAL COMO DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN OFICIAL EN EL PROCESO PENAL

En el apartado anterior se puesto de manifiesto la necesaria independencia y autonomía de quien ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal, con el propósito de garantizar la imparcialidad de una institución llamada a dirigir la investigación criminal en nuestro proceso penal, en armonía con la mayoría de los sistemas procesales de nuestro entorno cultural y geográfico más cercano.

En nuestro modelo de proceso penal la fase de instrucción —con las excepciones del proceso penal de menores y de los procesos por delitos cuya investigación está atribuida a la Fiscalía Europea— está encomendada al Juez de Instrucción, que es el órgano que dirige la investigación penal.

No obstante, en España se ha propuesto con insistencia la introducción del modelo de Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal, en tres trabajos prelegislativos que no han fructificado en una reforma legal. En concreto, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, y, especialmente, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020.

La plasmación legislativa de este modelo supondría un considerable incremento de las potestades del Ministerio Fiscal en el proceso penal, de forma que confluirían en él dos de las principales funciones del proceso penal: la de acusar, y también la de investigar. Así, el Ministerio Fiscal sería el acusador público y el director oficial de la fase investigación en el proceso penal.

Esta situación sería admisible, a mi juicio, con una Fiscalía autónoma del Poder Ejecutivo, y con el mantenimiento de la acusación popular.

Pero en ningún caso la considero admisible con un Fiscal General del Estado propuesto por el Gobierno y con un debilitamiento de la acusación popular.

IV. LA PROPUESTA DE LIMITACIÓN DE LA ACUSACIÓN POPULAR

Las mencionadas propuestas de introducción del modelo de Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal llevan aparejada, en mayor o menor medida, el debilitamiento de la acusación popular.

A ellas hay que añadir, en la misma dirección, la Proposición de Ley Orgánica de garantía y protección de los derechos fundamentales frente al acoso derivado de acciones judiciales abusivas, de 10 de enero de 2025, del Grupo Parlamentario Socialista.

Los argumentos que se alegan para la limitación de la acusación popular son el peligro de su instrumentalización partidista, y su conversión

en un medio de instrumentalización de la justicia al servicio de intereses ajenos al bien común y a los fines del proceso penal.

Por una parte, los límites subjetivos que se pretenden implantar en la acusación popular consisten en la exclusión de las personas jurídicas públicas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones y fundaciones «vinculadas», los miembros de las carreras judicial o fiscal, y las asociaciones profesionales de jueces y fiscales.

Por otra parte, los límites objetivos que se proyectan introducir a la acusación popular se pueden sintetizar en los siguientes aspectos:

a) La restricción del catálogo de tipos delictivos en los que puede ser utilizada la acusación popular.

b) El control judicial de la seriedad y legitimidad del interés de la acusación en el caso concreto.

c) La falta de autonomía de la acusación popular en los procesos por delitos que protegen exclusivamente bienes jurídicos individuales o delitos en los que no concurra un interés exclusivamente público.

d) La necesaria aportación de un principio de prueba para la admisión de la querella y de la denuncia.

e) Las limitaciones a la querella de la acusación popular y a la intervención de esta en la fase de instrucción, de forma que no podrá solicitar diligencias de investigación. Tampoco tendrá acceso al procedimiento judicial ni podrá desarrollar actuación alguna durante la fase de instrucción, hasta su conclusión.

Estos intentos de debilitar —o de suprimir prácticamente— la acusación popular son excesivos, socavan en la práctica el valor de este mecanismo, y desconocen su doble fundamento.

La acusación popular se basa en el principio de que los delitos afectan no solo a la víctima, sino también a la sociedad en general. Por ello, cualquier persona que no haya sido ofendida por el delito puede, en principio, ejercer la acción penal en nombre del interés general.

La acusación popular constituye un mecanismo activo y participativo de persecución de ciertos delitos merecedores de un especial reproche o caracterizados por su particular repercusión social.

En aquellos supuestos en los que no existe un ofendido concreto —y en los que no cabe el ejercicio de la acusación particular— es donde la

acusación popular puede desempeñar un papel todavía más importante, en defensa de la legalidad penal .

La Constitución Española reconoce en su artículo 125 la acción o acusación popular, disponiendo que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine».

Así pues, existe un reconocimiento constitucional de la acción popular como forma de participación ciudadana en la administración de justicia, aunque su ejercicio no constituye un derecho fundamental para los ciudadanos españoles.

Además del participativo, otro fundamento de la acusación popular es el de servir como mecanismo de contrapeso frente a actuaciones controvertidas del Ministerio Fiscal.

Por ello, la acusación popular debería garantizarse en todos aquellos procesos penales con implicaciones políticas o gubernamentales, de forma que el ejercicio de la acción popular sirviera de garantía frente a una concreta actuación del Ministerio Fiscal que pudiera ser discutida.

Todo ello sin perjuicio de corregir alguna de los riesgos y las disfunciones que puede provocar la acusación popular, y que han sido puestos de manifiesto por la STS (Sala de lo Penal) núm. 459/2019, de 14 de octubre, dictada en el «caso del Procés».

V. CONCLUSIONES

La introducción del modelo de Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal, por una parte, y la limitación del ámbito de actuación y operatividad de la acusación popular, por otra parte, contribuirán a dotar a la Fiscalía, dependiente del poder político, de un excesivo —e inaceptable— poder en el ámbito del proceso penal, que atenta contra los pilares sobre los que se sustenta nuestro vigente sistema procesal penal.

En virtud de lo expuesto —la actual vinculación constitucional entre el Poder Ejecutivo y la institución del Ministerio Público, y la eventual atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación en el proceso penal—, la acusación popular, lejos de restringirse, debería potenciarse y garantizarse en todos aquellos procesos penales con implicaciones

políticas o gubernamentales, de forma que el ejercicio de la acción popular sirviera de garantía frente a una concreta actuación del Ministerio Fiscal que pudiera ser discutida.

La atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación oficial en el proceso penal sería admisible, a mi juicio, con una Fiscalía autónoma del Poder Ejecutivo, y con el mantenimiento de la acusación popular.

Pero en ningún caso la considero admisible con un Fiscal General del Estado propuesto por el Gobierno y con un debilitamiento de la acusación popular.

CUARTA PARTE.

LA JURISDICCIÓN ANTE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

El acceso a la justicia de ciudadanos en situación de vulnerabilidad[1]

MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

INDICE: I. SOBRE EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD. II. VULNERABLES Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. III. VULNERABILIDAD Y JUSTICIA EN LA ERA 4.0. IV. EL FACILITADOR JUDICIAL Y SU IMPORTANCIA EN ESCENARIOS DE VULNERABILIDAD.

I. SOBRE EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD

Aproximarnos al término «vulnerabilidad» implica enfrentarnos 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. La vulnerabilidad «puede concebirse, de forma general, como un aspecto intrínseco, universal y generador de la condición humana, con todas sus potencialidades, la vida es vulnerable y por ello hay que protegerla considerando los diferentes contextos y factores existentes. Esto significa que la vulnerabilidad no es ni buena ni mala, sino un hecho de la condición humana, en su finitud, limitaciones, fragilidad y precariedad»[2].

El término «vulnerabilidad» es comúnmente aceptado como atributo o característica de la persona o colectivo social indicativo de una mayor fragilidad

---

1 "Este trabajo se ha realizado al amparo del proyecto de investigación "Vulnerabilidad y Justicia en la era 4.0" PID2024-156597OB-100 (Plan Nacional I+D+i Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades)".

2 VARONA MARTÍNEZ, G., "Victimización secundaria, en particular en delitos contra la seguridad vial, sistema de justicia y creencia en seres mitológicos", *Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 14, 2018, pág. 252.*

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. Siendo la vulnerabilidad en gran medida determinada por la falta de recursos que permitan reaccionar ante la exposición al daño, el reconocimiento de la vulnerabilidad implica aceptar la necesidad de establecer obligaciones positivas por parte de las instituciones públicas que deben garantizar el acceso a dichos recursos[3]. En este sentido, resulta imperioso reforzar 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.

Además, cada vez más la vulnerabilidad se ha ido asociando no sólo con las condiciones del individuo sino a las condiciones del medio (ambientales, sociales o de otro tipo) en que su vida se desarrolla, dando lugar a la necesidad de incorporar los aspectos socioculturales en la comprensión de este concepto, en línea con la jurisprudencia más reciente del TEDH. De ahí que se hable, frecuentemente, de poblaciones vulnerables, para referirse a aquellos grupos de personas que, a consecuencia de las condiciones del medio en que viven, están en una situación de mayor susceptibilidad al daño[4]. Al ser un concepto ambiguo podemos hablar de distintos grupos de vulnerabilidad sin perder de vista la interseccionalidad de las vulnerabilidades, entre los que se integran mujeres víctimas de violencia, menores, personas con discapacidad, migrantes, en situación de pobreza, ancianidad o personas privadas de libertad, entre otros.

La categoría de grupo vulnerable implica, por tanto, la existencia de características que son compartidas entre los sujetos que se representan como pertenecientes al grupo y que las diferencian del resto de la población ubicándolos en una situación de mayor desventaja[5]. Por tanto, la definición de grupo implica asumir cierta homogeneidad interna que ignora la existencia de diferencias significativas entre sus integrantes. Es por ello que al abordar la vulnerabilidad no se puede convertir al sujeto en mero miembro de un grupo. En una suerte de sujeto masa vulnerable. Por el

---

3 FINEMAN, M., "The Vulnerable Subject and the Responsive State", *Emory Law Journal*, núm. 60, 2010, págs. 251-275.

4 FEITO, L, "Vulnerabilidad"*, Anales del Sistema Sanitario de Navarra, vol. 30, 2007.*

5 BARRANCO AVILÉS, M. C., "Derechos Humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo" en *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos,* Ed. Tirant lo Blanch, págs. 17-44.

contrario, pensamos que el concepto de vulnerable es dinámico. Cambia de unos escenarios a otros y las personas vulnerables lo son en una relación comunicativa. Pensemos, por ejemplo, en los servicios generales del Estado. Quien necesita de una atención especial para acceder a los servicios de educación, no tiene por qué ser tratado de forma diferente en relación con el transporte o la sanidad. De forma que no puede perderse de vista la individualidad para evitar que sus propuestas terminen arrastrando o vulnerando derechos de las personas.

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. La novedad que aporta la utilización de la categoría de la vulnerabilidad es que se identifican acciones o inacciones que causan la violación de derechos o incrementan la exposición al riesgo de sufrirlo[6]. Sobre este particular, resulta indiscutible la importancia de los textos internacionales de proclamación de derechos en la proyección de la existencia de personas o grupos vulnerables, así como la jurisprudencia del TEDH que ha conectado la vulnerabilidad con el daño sufrido o el riesgo a sufrirlo[7], constatando la consagración de determinados grupos vulnerables que han venido sufriendo violaciones de derechos humanos en diversas resoluciones como el caso Buckley c. Reino Unido, caso Chapman c. Reino Unido o el caso ,entre otros.

Si bien desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 la vulnerabilidad es un concepto implícito en el discurso de los derechos humanos, es a partir de los años noventa que se ha hecho cada vez más frecuente la referencia explícita a la noción de vulnerabilidad en convenios y recomendaciones internacionales[8]. No obstante, y a pesar de que su uso es cada vez más extendido, el término «vulnerables» presenta

---

6 LA BARBERA, M., "La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad", *Revista de Derecho Comunitario, núm.. 62, 2019, pág. 243.*

7 BARONA VILAR, S., "Vulnerabilidad y vulnerabilidades ¿un concepto en construcción" en *Vulnerabilidad, vulnerabilidades y justicia, Ed. Tirant lo Blanch, 2025, pág. 33.*

8 LA BARBERA, M., "La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 62, pág. 239.*

unos contornos imprecisos, difusos que dificultan el poder conformar una noción única de vulnerabilidad, todo lo cual nos encamina hacia «un concepto dinámico, polisémico y que pareciera estar en construcción»[9].

Ciertamente, a pesar de que las ciencias sociales se acercan con frecuencia para conocer los grupos vulnerables, estos trabajos adolecen de ciertas carencias que le impiden llegar a concretar modelos de política social. En especial llama la atención lo difuso que resulta el propio concepto de grupo vulnerable, tal como se ha expuesto. La vulnerabilidad tiende a verse como una condición ontológica de la persona, como si determinados sujetos arrastraran de por vida la condición de vulnerable. Este planteamiento merece una doble crítica. Por una parte, termina convirtiendo la pertenencia a los grupos vulnerables en un auténtico estigma, se generan personas de segunda categoría que obliga a mantener con ellas de manera permanente una relación tuitiva que pronto se convierte en una relación de desconfianza, de sospecha y finalmente de dominio. En segundo lugar, semejante concepción de la vulnerabilidad por su carácter absoluto no permite el desarrollo de una política social participativa orientada a los intereses contrastados de las personas pertenecientes a ese grupo. De tal forma que la idea del individuo se diluye en el grupo. Se trabaja en el ámbito de las políticas sociales con modelos actuariales que no favorecen tener en cuenta las circunstancias individuales.

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.

---

9 BARONA VILAR, S., "Vulnerabilidad y vulnerabilidades ¿un concepto en construcción", *op. cit., pág. 26.*

Y es que cuando hablamos de vulnerabilidad, vulnerabilidades o grupos vulnerables no podemos olvidar que hablamos de un sector de la población muy representativo a nivel no solo de nuestro país sino también mundial. 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».

Sin ánimo exhaustivo, y en relación 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» (ONU), 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 las personas con discapacidad.

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. Así mismo, estamos experimentando un incremento exponencial de la población anciana 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. Finalmente, en lo que hace a las personas en riesgo de pobreza o exclusión social, en nuestro país, en el año 2023, más de 12,7 millones de personas se situaban en estos márgenes lo que representa el 26,5% de la población. De ellos casi 4 millones de personas vivían en situación de pobreza severa. En 2024, se estima que unos 1.100 millones de personas viven en situación de pobreza extrema, lo que representa aproximadamente el 10% de la población mundial.

En este nuevo escenario, en el que la vulnerabilidad corre riesgo de acrecentarse, el papel de las políticas públicas resultará crucial con objeto de alcanzar una sociedad más igualitaria. Sin duda, el concepto de vulnerabilidad ya está impregnado buena parte de estas políticas, tanto públicas como privadas, y tiene su natural reflejo en la Administración de Justicia.

II. VULNERABLES Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

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, sinhogarismo, consumidores o personas en prisión, sobre todo, teniendo en cuenta la interseccionalidad de las discriminaciones a las que se ven sujetos. Y es que el derecho a la tutela judicial efectiva presenta también una dimensión social en el sentido de que ha de garantizarse su acceso en igualdad de condiciones como servicio público, con la finalidad de lograr la cohesión social[10]. Por tanto, 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, es un objetivo a alcanzar por todo Estado Social y Democrático de Derecho. Este derecho de acceso a la justicia cobra una especial relevancia cuando nos movemos en escena-

---

[10] DE LUCCHI LOPEZ-TAPIA, Y., "El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad", *Actualidad Civil, núm. 9, septiembre 2022, pág. 2.*

rios de vulnerabilidad resultando clave para combatir la marginación social y económica.

Por su parte, el sistema internacional de protección de los derechos humanos contempla el derecho de acceso a la justicia en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que proclama: «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal». Desde entonces, la comunidad internacional ha desarrollado «un amplio y sólido entramado normativo», que se orienta a garantizar que todas las personas, sin discriminación alguna, gocen de un trato igualitario y efectivo ante los órganos jurisdiccionales, con independencia del tipo de proceso en que se encuentren involucradas[11]. De igual forma, el derecho a un juicio justo se garantiza en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 47) y en el apartado 3 del artículo 2 y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

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 y 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.

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

---

11 MENDOZA DÍAZ, J., "Acceso desigual a la Justicia en América Latina: Una mirada a grupos en situación de vulnerabilidad" en *Vulnerabilidad, vulnerabilidades y justicia, Ed. Tirant lo Blanch, 2025, pág. 52.*

quiere luchar contra la exclusión y las desigualdades. En concreto, el objetivo 5 con el que se pretende lograr la igualdad de género, el objetivo 10 que trata de reducir la desigualdad en los países y entre ellos y, finalmente, el objetivo 16 que se orienta a «promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces, responsables e inclusivas». En particular, su Meta 16.3 establece el compromiso de «garantizar el acceso igualitario a la justicia para todos», reconociendo este derecho como un componente esencial para alcanzar el desarrollo sostenible. 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 cumplimento de las ODS.

Las personas en situación de vulnerabilidad 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 Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia. 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.

Ante esta situación, nuestro legislador ha ido avanzando en la protección de los derechos de los más vulnerables en el marco del proceso con leyes más recientes 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 5/2024 del Derecho de la Defensa, que establece el derecho a la asistencia jurídica gratuita para personas en situación de especial vulnerabilidad; 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, que 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… Por tanto, factores como la discriminación, la falta de recursos económicos, la falta de conocimiento legal, las barreras culturales y sociales, las dificultades en el acceso físico a los tribunales, la violencia institucional u problemas lingüísticos son algunos de los obstáculos más significativos que impiden a estos grupos acceder a la justicia en condiciones de igualdad.

Frente a esta situación, las reformas legislativas, en lo que hace a las personas con discapacidad, han tratado de superar las barreras comunicativas que dificultan el acceso a la justicia con la implementación de ajustes razonables. Así, se destaca la importancia de utilizar un lenguaje claro e inclusivo, la disponibilidad de documentos en braille, la presencia de intérpretes de lengua de signos o la figura del facilitador judicial, como puente entre la Administración de Justicia y la persona con discapacidad. Ciertamente, las personas con discapacidad pueden encontrar barreras tanto a la titularidad de derechos, como al ejercicio de los mismos, y dentro de esta realidad está también el acceso a la Justicia.

Ante esta situación el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone que «Los Estados Partes asegura-

ran que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares»[12]. En consonancia con el artículo 13.1 CDPD, 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, introduce el artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 7 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, bajo la rúbrica «ajustes para personas con discapacidad» que supone llevar al ámbito procesal, especialmente al proceso civil, los llamados ajustes de procedimiento, esto es, las adaptaciones que pueden introducirse en las actuaciones y los procedimientos con el propósito de que el entorno de la justicia responda a las necesidades de cada persona con discapacidad, «reduciendo así los obstáculos generados por su situación de vulnerabilidad para hacer efectivos sus derechos»[13]. Por tanto, cuando hablamos de ajustes de procedimiento no hablamos de una cuestión formal, ni aun meramente procesal, sino de los elementos profundamente conectados con la salvaguarda de los derechos humanos de estas personas, concretamente, del derecho de acceso a la justicia.

Por su parte, en materia de Violencia de Género se han adoptado medidas para evitar la victimización secundaria, como evitar el contacto víctima-agresor, sensibilización a los operadores jurídicos en su relación con las víctimas de violencia de género en su paso por el juzgado, mejorar la información y el conocimiento sobre los recursos de asistencia a víctimas, o la reforma del artículo 416.1 de la LECrim en lo que hace a la declaración de la víctima. En materia de menores, con la Ley Rhodes[14], se han reforzado las medidas de protección integral que incluyen la sensibilización, prevención, detección precoz, protección y reparación del daño. Se ha modificado el plazo de prescripción de delitos, se ha establecido la obligación de denuncia por todos los ciudadanos y también cónyuges y familiares próximos al agresor, en el supuesto de declaración de menores de 14 años y personas con discapacidad se dispone el carácter preceptivo

---

12 https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf

13 MARTÍN PÉREZ, J.A., "Acceso a la justicia de las personas con discapacidad y ajustes de procedimiento", *Derecho Privado y Constitución, núm. 40, 2022, pág. 20.*

14 *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia,* BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021.

de la preconstitución probatoria de las declaraciones y su realización sin confrontación con el investigado, se establece la asistencia jurídica gratuita independientemente de la situación económica de la familia, formación específica a los órganos judiciales y miembros del MF, se suspenden las visitas y la comunicación si hay una orden de protección vigente y el menor ha presenciado o convivido con violencia de género, o se prohíbe la custodia en casos de homicidio y asesinato, entre otras medidas.

Estas reformas son buenos ejemplos de cómo se ha tratado de superar los múltiples desafíos que limitan la capacidad para buscar una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, lo que crea una vulnerabilidad particular en estos grupos vulnerables cuando acceden al sistema judicial. No obstante, hay colectivos como las personas mayores o en régimen de exclusión social sobre los que hace falta profundizar y reforzar sus derechos y garantías de cara al proceso. Por tanto, si bien los colectivos más vulnerables todavía se enfrentan a múltiples carencias y desafíos, lo cierto es que existe una conciencia a nivel social y legislativo de la imperiosidad de abordar las problemáticas que se plantean a estas personas cuando acceden al sistema de justicia. Pero 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.

III. VULNERABILIDAD Y JUSTICIA EN LA ERA 4.0

La nueva realidad social, económica, tecnológica y jurídica, en la que nos encontramos inmersos, abre un nuevo escenario plagado de incógnitas en el que las personas en situación de vulnerabilidad pueden experimentar un mayor quebranto en sus derechos y garantías fundamentales, vinculados a fenómenos tales como la brecha digital en el acceso a la justicia, el uso de algoritmos plagados de sesgos o la aparición de nuevas formas de cibercriminalidad con nuevos retos sustantivos y procesales que se ceban,

con especial incidencia, con personas en situación de vulnerabilidad. 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 un 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.

En este contexto, la integración de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en el sistema de justicia ha transformado (o pretende transformar) radicalmente la prestación de esta función pública, reemplazando y evolucionando desde modelos tradicionales basados en la presencialidad y el papel hacia registros electrónicos y procedimientos virtuales. En este sentido, el Plan Justicia 2030, con sus pilares fundamentales de eficiencia, sostenibilidad y accesibilidad, refleja el compromiso del Gobierno con una Justicia orientada al dato y completamente digitalizada.

No obstante, a pesar de los esfuerzos dirigidos a su integración, es necesario reconocer que la justicia digital puede entrar en colisión directamente con el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso como derechos fundamentales y elementos esenciales del Estado Social de Derecho. Y es que 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. Con ello, se fomenta un escenario de desigualdad en la accesibilidad a la justicia y se agrava la exclusión social. Por lo tanto, es crucial que se aborde, de forma constante, las dificultades y desafíos relacionados con la preservación de estos derechos fundamentales, con especial énfasis en la brecha digital, que se perfila como uno los principales impulsores de una fragmentación social al obstaculizar la efectiva realización del derecho a la tutela judicial efectiva[15].

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

---

15 REY RODRIGUEZ, J., *Análisis de la Justicia Digital Ante La Vulnerabilidad De Los Derechos Fundamentales Del Acceso a la Justicia y el Debido Proceso,* Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, 2024, (https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstreams/2c791268-20eb-4f55-9606-662c4b151d70/content).

en igualdad de condiciones. El reto en el camino hacia la digitalización de la justicia presenta sus luces y sus sombras. Sin duda, las principales ventajas de la justicia digitalizada se identifican con una mayor eficiencia de la Justicia, con procesos más rápidos y menos burocracia, con una reducción de costes y de tiempo, una mayor accesibilidad de la Justicia para personas en distintas ubicaciones geográficas, una mayor transparencia fomentando la confianza ciudadana en el sistema judicial, así como una mejora en la calidad y toma de decisiones mediante el análisis de grandes volúmenes de datos y una mayor conectividad entre todos los juzgados. Frente a ello, las principales desventajas de la justicia digital incluyen la brecha digital que excluye a quienes carecen de acceso o habilidades tecnológicas, problemas de integridad y organización de los expedientes electrónicos, los posibles fallos en la interoperabilidad entre sistemas judiciales, y el riesgo de pérdida de contacto humano y de apreciación directa del juzgador sobre las partes. Estamos, pues, ante un reto muy significativo ante la implementación de la llamada ciber justicia.

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. Así, la regla 95 de las Cien Reglas de Brasilia se refiere expresamente a la tecnología en el sentido siguiente: «se procurará el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso tecnológico para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad». 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[16], 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 mecanis-

[16] BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2023.

mos 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.

A las barreras que, tradicionalmente, deben enfrentar estos colectivos y que se identifican, en función de cada colectivo, con barreras físicas, contextuales, cognitivas, comunicativas, actitudinales u económicas, se unen ahora las barreras de naturaleza digital. Por tanto, la eliminación de dichas barreras se erige en el verdadero compromiso que ha de aspirar a conseguir una garantía efectiva de acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad.

Preocupa, como se ha constatado, en el terreno de la vulnerabilidad la afección a la brecha digital y su incidencia en el acceso a la justicia. En un principio, la brecha digital separa a las personas dependiendo de si tienen o no acceso a Internet, este supuesto es lo que se conoce como «brecha digital de acceso»[17]. Pero en nuestro país, el nivel de acceso es muy elevado por lo que el foco ha de centrarse en las desigualdades que se producen por motivo del grado de competencia y de comprensión de los recursos digitales, que es lo que se denomina «brecha digital de uso» y que afecta con especial incidencia a personas mayores o personas con discapacidad cognitiva colocándoles en una situación de desigualdad frente al resto de personas con competencias digitales[18].

Resulta clave asegurar que el proceso de digitalización no reduzca, en ningún caso, las garantías procesales de todas aquellas personas que no tienen acceso a las tecnologías. 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. Junto con ello, se ha de acoger una estrategia enfocada a que esta justicia digital sea una aliada para estos grupos de población promoviendo las condiciones necesarias para garantizar la acce-

---

17 LETELIER LOYOLA, "Acceso a la justicia y brecha digital en los adultos mayores. Informe sintético sobre la cuestión en Chile", *Trayectorias Humanas Trascontinentales, 2019, pág. 128.*

18 DE LUCHI LOPEZ-TAPIA, Y., "Justicia digital y discapacidad: aprovechando la oportunidad", *Revista Española de Discapacidad, núm. 11, pág. 63.*

sibilidad universal de los entornos digitales, tal como se recoge en la Carta de Derechos Digitales de 2021.

Por tanto, aparte del asesoramiento y acompañamiento por parte del servicio de facilitación judicial se ha de comenzar a trabajar en fomentar una estrategia de inclusión y alfabetización digital. En este sentido, la Agenda España Digital 2025 (Gobierno de España, 2020) establece la capacitación digital entre sus 10 ejes prioritarios, con el objetivo de «reforzar las competencias digitales de las personas trabajadoras y del conjunto de la ciudadanía» y persiguiendo la meta de lograr que el 80 % de la población española tenga competencias digitales básicas a la finalización de su periodo de programación. Ahora bien, se necesita una atención focalizada en la población vulnerable digital, es por ello que las Administraciones han de acoger una estrategia adecuada de inclusión digital, se ha de trabajar para lograr mayores niveles de alfabetización digital, la accesibilidad digital en los programas y dispositivos, la generalización de servicios de facilitación judicial y la convivencia de la justicia digital con la justicia presencial en casos concretos[19].

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 conforme a las premisas de nuestra Constitución respetuosa de los derechos fundamentales de las partes. 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.

---

19 DE LUCHI LOPEZ-TAPIA, Y., "Justicia digital y discapacidad: aprovechando la oportunidad", *op. cit., pág. 69.*

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 inunden 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 más vulnerables. Así, y enmarcado en el proceso penal, resulta altamente preocupante la incorporación al programa computacional de datos como la raza, nacionalidad, género, edad, ingresos, educación, situación laboral…, para determinar posibles comportamientos futuros de carácter delictivo, que generan un escenario de marginación de determinados colectivos sociales. Conviene alertar de que esta nueva manera de operar de las fuerzas policiales tiene como principal objetivo la reducción de la criminalidad a través de la prevención de hechos delictivos futuros con el consiguiente peligro para la operatividad del principio constitucional de presunción de inocencia que llega a verse remplazado por el principio de presunción de culpabilidad[20]. Esta forma de actuar supone un cambio de paradigma en la forma de actuación de las fuerzas policiales que ha permitido pasar «de un enfoque reactivo a un enfoque preventivo»[21], que, ciertamente, optimiza los escasos recursos materiales y humanos de la policía, pero que no deja de plantear problemas derivados de la falta de transparencia y de la posible estigmatización a determinados colectivos si se trabaja con datos sesgados. En este escenario, el peligro de una justicia «a prevención», que actúe antes de la posible comisión del hecho delictivo es altamente inquietante. Datos como la raza, nacionalidad, género, edad, ingresos, educación, situación laboral…, incorporados al programa computacional para determinar posibles comportamientos futuros de carácter delictivo, generan un escenario que resulta, cuanto menos, no deseable e implica la marginación de determinados colectivos sociales[22].

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

---

20 LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., "Hacia una justicia penal predictiva", *Cuadernos de Política Criminal, núm. 136, 2022, pág. 102.*

21 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J.L., SANTOS HERMOSO, J., CAMACHO-COLLADOS, M., "Policía predictiva en España. Aplicación y retos futuros", *Behavior & Law Journal, 2020, vol. 6, núm. 1, pág. 27.*

22 LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., "Hacia una justicia penal predictiva", *ob. cit., pág. 101.*

nuevas formas en la era de los algoritmos. Así, determinados individuos o grupos sociales sencillamente no existen, o bien, son víctimas del fracaso del sistema algorítmico, como sucedió en los Países Bajos con *Systeem Risico Indicatie* que señaló injustamente a unas 20.000 familias de origen socioeconómico bajo, muchas de origen inmigrante, de cometer fraude fiscal, llevando a muchas a la ruina en 2021. Este algoritmo, que fue declarado ilegal por el Tribunal de la Haya, se aplicó en los barrios más pobres del país y bloqueó la posibilidad de muchas familias con más de una nacionalidad de percibir los beneficios sociales a los que tenían derecho por su condición socioeconómica. Este es uno de los múltiples ejemplos de discriminación algorítmica interseccional contra colectivos más desfavorecidos. Nuestra intención es proceder a la identificación, más exhaustiva posible, de los sesgos de género, económicos, raciales, por sufrir algún tipo de discapacidad, de raza u orientación sexual, con objeto de evaluar el estado de la cuestión en este terreno.

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 más vulnerables por razón de raza, orientación sexual, género o edad. Como la otra cara de la moneda, las herramientas de Inteligencia Artificial también funcionan como aliadas frente al crimen, pensemos, por ejemplo, en VIOGEN, ICOP, CATT, GUARDIO.., utilizadas en la lucha contra la violencia sexual.

Si bien referido exclusivamente a las personas con discapacidad resulta muy ilustrativo el estudio realizado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) que alerta de las «discriminaciones en perjuicio de grupos sociales más expuestos a ver vulnerados sus derechos entre las que se encuentran las personas con discapacidad». Entre los riesgos que la incorporación de estos sistemas plantea se señala que el uso de la IA puede ser utilizada para justificar la selección genética de personas sin discapacidad, identificando y discriminando a los integrantes de este colectivo. De igual forma, se pueden crear sistemas basados en modelos de normalización que no tengan en cuenta las necesidades, opinión y diversidad de personas con discapacidad o que se basen en datos que incluyan estereotipos, sesgos y prejuicios de la discapacidad. Como la otra cara de la moneda, entre los beneficios se apuntan el facilitar el acceso a la información, a la comunicación y a la

toma de decisiones; la programación de robots que facilitan la asistencia personal; o la mejora de la accesibilidad en el entorno.

Según CERMI «la inteligencia artificial puede llegar a ser utilizada al servicio de personas con discapacidad intelectual, que presenten algún tipo de dificultad en la comprensión de lo que leen. En este sentido, puede combinarse con la lectura fácil y mejorar la accesibilidad a esta de acuerdo con las necesidades concretas de la persona». En la actualidad se está trabajando en múltiples proyectos en todo el mundo ya que el potencial de la IA es enorme para personas con todo tipo de discapacidades, como visuales, auditivas, cognitivas, de movilidad, de aprendizaje… Así, a modo de ejemplo, en Polonia se ha desarrollado un proyecto denominado INSENSION que tiene como objetivo comprender mejor las necesidades de personas con discapacidades intelectuales múltiples y severas. También es interesante mencionar RELATE que es un proyecto compuesto por una aplicación capaz de entender a aquellas personas con dificultades en el habla transcribiendo su voz a texto o repitiendo lo que la persona ha dicho a través de una voz sintetizada para crear una conversación más fluida. Así mismo, EYE CONTROL, hace posible la comunicación para personas con discapacidad verbal, de forma tal que, a través de la mirada, el ordenador detecta lo que la persona desea decir y lo representa. Lo que ya es una realidad es el programa con IA desarrollado por el Colegio de Abogados de Valencia (ICAV), junto a la Universitat Politècnica de València (UPV), para facilitar el acceso a la justicia a las personas con discapacidad y universalizar las sentencias con lectura fácil mediante técnicas de *machine learning*. El objetivo final es que los jueces tengan una aplicación en la que introduzcan el fallo y ésta lo adapte automáticamente.

IV. EL FACILITADOR JUDICIAL Y SU IMPORTANCIA EN ESCENARIOS DE VULNERABILIDAD.

Tal y como establece el documento Principios y directrices internacionales sobre el acceso, a pesar de que España ratificó la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2008, no es hasta 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[23], que se vive un auténtico cambio de paradigma en relación a las personas con discapacidad, haciendo realidad la proclama del artículo 12 de la Convención conforme al cual las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Con ello, se cumple el mandato dado a los Estados Parte de adoptar medidas para proporcionar a estas personas el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Múltiples han sido las reformas que se han incorporado por la Ley 8/21, de 2 de junio, pero, sin lugar a duda, entre los rasgos dignos de ensalzar se encuentra la incorporación de la figura de un profesional experto que realice una tarea de facilitador con objeto de que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida en cualquier proceso[24]. De este modo, entre las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, el legislador, como se ha apuntado en líneas anteriores, incorpora sendos nuevos artículos 7 bis[25] consignando en ambos preceptos, con idéntico

---

23 BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

24 GUERRERO BUENO, I., "Personas con discapacidad intelectual en procedimientos judiciales. Programa Incluidos Plena Inclusión Madrid" en *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica, Ed. Reus, 2020, pág. 59.*

25 Conforme a su tenor literal "1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. 2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin: a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. c) 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 discapa-

contenido, en su apartado 2 c) 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[26] generalizando su intervención a todos los órdenes jurisdiccionales y a todas las personas con algún tipo de discapacidad que demanden de ajustes procedimentales. Esta figura se torna esencial no solo en escenarios de discapacidad, que es el único que se contempla, sino también para otro tipo de vulnerabilidades, pensemos, por ejemplo, en personas ancianas, migrantes o mujeres víctimas de violencia de género. Su actuación se torna esencial para acercar la justicia al ciudadano vulnerable.

Aun cuando esta incorporación a nuestro ordenamiento jurídico resulta absolutamente imprescindible, el legislador se queda en la superficie al limitarse a anunciarla sin profundizar en su regulación. En este sentido, el CERMI ha instado al ministerio de Justicia a acelerar la tramitación del Real Decreto que ha de regular el facilitador procesal, figura clave en el apoyo y asistencia de las personas con discapacidad en el ejercicio de su derecho de acceso a la Administración de Justicia. Resulta perentorio aprobar una disposición de rango reglamentario de ámbito estatal que precise y detalle aspectos tales como la formación necesaria que cumpla con los parámetros exigibles para poder desempeñar el servicio de facilitación judicial, la asunción de costes, los principios que han de guiar su actuación o como deben desarrollar y documentar su labor, entre otros. Son demasiadas las incógnitas que, en este sentido, se han quedado sin resolver. Con este propósito, el CERMI elaboró en 2023 una propuesta de regulación reglamentaria sobre el facilitador judicial que hizo llegar tanto a los ministerios de Justicia como de Derechos Sociales como posición del sector social de la discapacidad en la materia, a fin de proporcionar materiales inspiradores que ayudaran a su configuración normativa. A juicio del CERMI no debe demorarse más la aprobación de este real decreto, sin el cual el facilitador procesal no podrá consolidarse

---

cidad pueda entender y ser entendida. d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios".

26 ARIZA COLMENAREJO, M.J., "La figura del facilitador y su rol en el proceso", en *La discapacidad en la jurisdicción civil, (dir. Calaza López, S., Guzmán Fluja, V., Llorente Sánchez-Arjona, M.), Ed. Dykinson, 2023, pág. 14.*

y expandirse en el sistema judicial español, quedando debilitado gravemente el derecho de acceso a la Justicia que deben tener garantizado todas las personas con discapacidad[27].

A día de hoy, tan solo la Comunidad de Madrid ha aprobado el Decreto 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el servicio y se regula la figura del personal experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las sedes judiciales de la citada Comunidad. En línea con ello 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. Otras Comunidades Autónomas, a fecha de junio de 2025, como Canarias ha abierto consulta pública consulta pública previa en relación con la aprobación de un reglamento que regule la figura del personal experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad intelectual. En Andalucía existe un proyecto de Decreto[28] por el que se establece el servicio de experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad que participen en procesos judiciales. Además, el Consejo de Gobierno de la Junta ha puesto en marcha en todas las provincias andaluzas del proyecto piloto para la prestación del Servicio de Experto Facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad que participen en procesos judiciales. Este nuevo servicio está enmarcado en el Plan de Humanización de la Justicia y la apuesta por la accesibilidad del sistema judicial de la Junta de Andalucía. En otras comunidades como la Valenciana desde el año 2022 la Generalitat ha puesto en marcha el modelo valenciano de justicia accesible e inclusiva que previó, entre otras novedades, la incorporación de un cuerpo de profesionales «facilitadores» para apoyar a las personas con diversidad funcional y la adaptación gratuita de las resoluciones judiciales en lectura fácil. Por su parte, la Ley 1/2023, de 31 de enero, de accesibilidad universal de La Rioja[29], en su artículo 50.3 prevé que «La consejería competente en materia de justicia promoverá la figura del facilitador o facilitadora, como persona experta que presta su ayuda a la persona con discapacidad y como elemento vertebrador de la comunicación bidireccional y

---

27 https://diario.cermi.es/entry/el-cermi-insta-a-justica-a-acelerar-la-tramitacion-del-desarrollo-reglamentario-de-la-figura-del-facilitador-procesal.

28 https://www.juntadeandalucia.es/servicios/participacion/normativa/consulta-previa/detalle/512719.html.

29 BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2023.

el acompañamiento entre órgano judicial y persona con discapacidad, a través de los mecanismos de lectura fácil, braille, lengua de signos y otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos». *Otras comunidades como Cantabria o Galicia están trabajando en la regulación de esta figura.*

En lo que hace a las funciones del facilitador, el Preámbulo 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, hace referencia a que la primera modificación relevante de la Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentra en el artículo 7 bis que regula las adaptaciones y ajustes en los procedimientos en los que participen personas con discapacidad a los que «adicionalmente» permitirá se valgan de un profesional experto que a modo de facilitador realice dichas tareas de adaptación y ajuste. Lo primero que se hace necesario subrayar es que la Ley lo contempla como una posibilidad de la que puede hacerse o no valer la persona con discapacidad que, además, deberá asumir sus costes. No se contempla como un servicio público de Justicia aspecto sobre el que se hace necesario reflexionar.

Si acudimos al tenor literal del artículo 7 bis en su apartado 2 c) el legislador sigue adoleciendo de una gran ambigüedad en la delimitación de funciones de esta nueva figura ya que tan solo nos habla de estas tareas de adaptación y ajuste con la finalidad de que la persona con discapacidad «pueda entender y ser entendida» con objeto de dar cumplimiento al principio de igualdad. Según lo que se dispone en el documento Principios y Directrices Internacionales sobre el acceso a la justicia para personas con discapacidad[30], los ajustes de procedimiento se definen como «todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto de acceso a la justicia, cuando se requieren en un caso determinado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás». En este mismo documento se define al intermediario o facilitador como aquellas «personas que trabajan, cuando es necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar que haya una comunicación eficaz durante los procedimientos legales. Ayudan a las personas con discapacidad a entender y a tomar decisiones informadas, asegurándose de que las cosas se explican y se hablan de forma que puedan comprenderlas y que se proporcionan los

[30] https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-disability/international-principles-and-guidelines-access-justice-persons-disabilities.

ajustes y el apoyo adecuados. Los intermediarios son neutrales y no hablan en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirigen las decisiones o resultados o influyen en ellos»[31].

Por tanto, y a raíz de las funciones que desempeña, la intervención del facilitador en el proceso no ha de entenderse como un derecho que puede reclamar la persona con discapacidad, sino como un ajuste en sí mismo resultándole de aplicación lo que se dispone en el artículo 7.1 bis de la LEC cuando reconoce la obligación de la Administración de Justicia de realizar las adaptaciones precisas para garantizar la «participación en condiciones de igualdad». Con ello se da cumplimiento al derecho constitucional a un juicio equitativo garantizando que, en ningún caso, se pueda producir indefensión[32]. Esta afirmación conduce a sostener que la falta de asistencia a la persona con discapacidad cuando sea necesaria puede ocasionar la nulidad del proceso por causar indefensión a la parte. En este sentido, y aún cuando no existe aún jurisprudencia específica al respecto, se puede acudir a sentencias que establecen la necesidad de garantizar el derecho de la persona a comprender el texto de las resoluciones y a poder ejercer sus derechos de forma adecuada[33].

---

31 El facilitador se define en el *Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público como aquella «persona que trabaja, según sea necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar una comunicación eficaz durante todas las fases de los procedimientos judiciales. La persona facilitadora apoya a la persona con discapacidad para que comprenda y tome decisiones informadas, asegurándose de que todo el proceso se explique adecuadamente a través de un lenguaje comprensible y fácil, y de que se proporcionen los ajustes y el apoyo adecuados. La persona facilitadora es neutral y no habla en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirige o influye en las decisiones o resultados».*

32 https://www.plenainclusion.org/publicaciones/buscador/protocolo-de-actuacion-del-facilitador-procesal/.

33 En este mismo sentido vid. *Protocolo de actuación del facilitador procesal,* https://www.plenainclusion.org/publicaciones/buscador/protocolo-de-actuacion-del-facilitador-procesal/.
Que cita la STC 41/2022, de 21 de marzo, en cuyo fundamento jurídico 2 establece que «Desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), hemos afirmado reiteradamente (entre otras muchas, SSTC 48/1986, de 23 de abril, FJ 1; 32/1994, de 31 de enero, FJ 3; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 27; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 97/2000, de 10 de abril, FJ 3; 228/2000, de 2 de octubre, FJ 1; 87/2001, de 2 de abril, FJ 3, y 174/2001, de 26 de julio, FJ 4) que "las infracciones de las normas o reglas procesales no solo consti-

Por consiguiente, la actividad que ha de desempeñar el facilitador se dirige a asegurar que la persona con discapacidad pueda participar de forma eficaz en cualquier tipo de proceso y en cualquier etapa del mismo, con independencia de su rol en el proceso ya sea persona demandante, demandada, encausada, investigada, víctima o testigo. Lo determinante es desarrollar una labor para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida, y actuar en el proceso en condiciones de igualdad. Esto supone que las dificultades de comunicación que pueden aparecer se superen con el auxilio de un profesional. Dichas dificultades van más allá de las diferencias lingüísticas, las cuales podrían superarse con la intervención de un traductor o intérprete, incluso en lengua de signos. Las necesidades son distintas, tantas como tipos de discapacidad, y porque, además, el entorno de los tribunales exige un lenguaje, no lengua, diferente con el fin de evitar una merma en la situación de estas personas. Incluso podemos considerar insuficiente la adaptación de los escritos a un sistema de lenguaje fácil, ya que el proceso requiere explicaciones sobre los derechos y obligaciones que asumen las partes o los testigos[34].

Pensemos en la importancia de esta figura en el ámbito de la discapacidad intelectual y del desarrollo, sobre todo, cuando se enfrentan a un proceso penal tal como se pone de manifiesto, entre otros textos, en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, cuando incide en la idea de que la víctima tiene el derecho a entender y ser entendida, aspecto igualmente crucial para el encausado por el delito. A este respecto, numerosos estudios confirman que las personas con discapacidad intelectual pueden experimentar una situación de mayor vulnerabilidad con relación al ámbito de acceso a la justicia porque afrontan múltiples dificultades y barreras[35]. Entre las barreras que impiden el acceso a la justicia, se han señalado «el carácter especialmente

---

tuyen una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías sino con ellas se ocasiona una merma relevante de las posibilidades de defensa" (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 8, en relación con un proceso penal. Más recientemente, STC 26/2020, de 24 de febrero, FJ 5, a propósito de un proceso civil ejecutivo)».

34 ARIZA COLMENAREJO, M.J., "La figura del facilitador y su rol en el proceso", *ob. cit., pág. 23.*

35 Vid. RECIO ZAPATA, M., ALEMANY CARRASCO, A., MANZANERO PUEBLA, A., "La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual"*, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual, Vol. 43 (3), núm. 243, 2012.*

intimidante de los entornos judiciales», «la complejidad y rigidez de los procesos», junto a los «prejuicios y estereotipos» existentes por parte de los agentes de la justicia, «comprensión limitada» de frases y preguntas complejas, lentitud para comprender y expresarse, la no comprensión de las consecuencias de los argumentos que se les plantean, la aquiescencia, o rasgos de personalidad como la inseguridad o deseabilidad social, que también pueden afectar a su discurso. Si para el 82% de los ciudadanos el lenguaje y los tecnicismos son especialmente difíciles de entender, 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.

Muestra de ello la encontramos en el trabajo realizado en el marco de abuso sexual a personas con discapacidad intelectual donde la actuación del facilitador se demuestra que reduce significativamente el impacto de la victimización secundaria[36].Además, contribuye a mejorar significativamente el acceso a la justicia ya que, conforme a datos estadísticos, mientras más del 60% de los casos de abuso sexual, en los que el facilitador no ha tenido oportunidad de insertar sus apoyos, han sido sobreseídos en fase de instrucción, sólo el 10% son sobreseídos cuando éste interviene. Las causas de los sobreseimientos suelen deberse a que, o bien el operador jurídico ha considerado que la información con la que cuenta es inconsistente y, por tanto, decide no proseguir con el proceso judicial, o bien no cuenta con la información necesaria para poder valorar la existencia de indicios de delito y, por tanto, no puede continuar con la persecución del supuesto delito. Otro factor que se muestra relevante en ese 60% es que cuando el escenario es un abuso sexual intrafamiliar que han sido sobreseídos, en el 93,75% de ellos no ha intervenido el facilitador, en comparación con el 6,25% de casos sobreseídos cuando ha intervenido el facilitador.

En lo que se refiere al acceso a la justicia digital y, una vez ya apuntadas las dificultades, uno de los elementos estratégicos para eliminar las barreras digitales se encuentra, sin duda, en la intervención en el proceso o en cualquier medio de solución de controversias de un servicio de facilitación judicial. El facilitador judicial podrá ayudar en muchos de los obstáculos

---

[36] MARTORELL CAFRANGA, A y ALEMANY CARRASCO, A., "La figura del facilitador en casos de abuso sexual a personas con discapacidad intelectual»", *Siglo Cero Revista Española sobre Discapacidad Intelectual, vol. 48 (1), núm. 261, enero-marzo, 2017.*

que se plantean en un proceso con un componente cada vez más digital. Sería conveniente, por tanto, que a las funciones ya contempladas se le añadiera las de asistencia y apoyo tecnológico para la comprensión, utilización e información de los trámites procesales digitales. Como acertadamente se ha puesto de manifiesto, para que cumpla adecuadamente con esta función, el servicio de facilitación no ha de funcionar únicamente en la sede física, sino que puede ser necesaria una asistencia remota, la utilización de *chatbots*, o simplemente una llamada telefónica de asistencia al usuario con discapacidad que tiene dificultades en la utilización de los trámites electrónicos[37].

[37] DE LUCHI LOPEZ-TAPIA, Y., "Justicia digital y discapacidad: aprovechando la oportunidad", *ob.cit., pág. 67.*

*La protección del ciudadano en las causas criminales: víctimas, testigos, peritos y sospechosos o encausados**

SUSANA SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universitat Internacional de Catalunya

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS. II.1. El estatuto de la víctima del delito y sus oficinas. II.2. Otras protecciones recogidas en otras normas. III. LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS. III.1. La LOPTP de 1994. III.2. Otras protecciones recogidas en otras normas. IV. LA PROTECCIÓN DE SOSPECHOSOS O ENCAUSADOS. IV.1. Garantías y derechos procesales. IV.2. ¿Es necesario crear un estatuto del sospechoso o encausado? IV.3. Propuesta de otras protecciones. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de las reformas que se han ido produciendo a lo largo de estos últimos años para conseguir aumentar la eficacia y la eficiencia de los procesos no podemos olvidar que los ciudadanos acuden a la justicia buscando la protección de sus derechos, que se aplique el derecho penal y se llegue a castigar a los culpables. El ciudadano debe sentirse seguro y protegido durante todo el proceso. En la jurisdicción penal todos los ciudadanos cuentan con unos derechos y garantías durante el desarrollo del proceso para procurar su seguridad, su protección, independientemente del papel que ocupen en la causa.

* Este trabajo ha sido realizado en el ámbito del Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado: "Claves de una Justicia resiliente en plena transformación", (IP. Sonia Calaza López), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2024- 155197OB-I00.

En primer lugar, las víctimas cuentan con un estatuto en el que se recogen y regulan específicamente sus protecciones y además cuentan con unas oficinas de asistencia a las víctimas. Todas estas protecciones que enuncio se encuentran recogidas y sistematizadas en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito[1] y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015[2].

En segundo lugar, los ciudadanos que deciden colaborar con la justicia penal como testigos o peritos tienen unas protecciones recogidas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales[3]. Sin embargo, se trata de una Ley Orgánica que hoy en día se encuentra desfasada ya que después de treinta y un años de vigencia las protecciones que más se aplican a los testigos y peritos se encuentran fuera de la propia Ley Orgánica que regula sus protecciones.

En tercer lugar, los sospechosos o encausados cuentan con derechos y garantías que conforman grandes protecciones y que se encuentran recogidas en distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico de diverso rango legal. Hablamos de los derechos y garantías de los sospechosos o encausados recogidos en la CE, la LECrim, la Ley Orgánica 5/2024 del Derecho de Defensa, la Ley Orgánica que regula el proceso penal de menores[4], entre otras. De esta manera, las protecciones de los sospechosos o encausados se encuentran dispersas en distintas normas de diversa naturaleza o rango sin contar con una norma que compile y sistematice todas las protecciones que suponen todos los derechos y garantías procesales, es decir, sin contar con un estatuto como sí que tienen las víctimas.

En esta publicación, reflexionamos sobre las protecciones que tiene el ciudadano en las causas criminales independientemente del rol que desempeñen en el proceso penal. Proponemos otras protecciones que deberían implementarse a la luz de la evolución social y procesal acaecida en los últimos años. Y, finalmente, planteamos la creación un estatuto del sospechoso o encausado.

---

1 En adelante, la Ley 4/2015.

2 En adelante, el Real Decreto 1109/2015.

3 En adelante, la LOPTP de 1994.

4 En adelante, LORPM 5/2000.

II. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

II.1. El estatuto de la víctima del delito y sus oficinas

La protección de las víctimas en nuestro país se caracteriza porque el legislador español decidió crear una norma específica que recogiese y sistematizara todas las protecciones. Además de lo anterior también creó unas oficinas a las que todas las víctimas pueden acudir para ser asistidas[5]. De esta forma, la Ley 4/2015 y el Real Decreto 1109/2015 son las normas que contienen la mayoría de las protecciones a las que los ciudadanos víctimas de cualquier ilícito pueden esperar tener en España. Con esta regulación, nuestro legislador pretendía conferir una respuesta jurídica y psicológica, integral para todas las víctimas en el proceso penal.

Por lo anterior, en el propio estatuto se especifica el concepto general de víctima, art. 2. Los derechos esenciales de las víctimas, art. 3. Sus derechos básicos los encontramos en el título I y son: el derecho a entender y ser entendida art. 4, el derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes, art. 5, se establecen los derechos de la víctima como denunciante, art. 6, se especifica el derecho a recibir información de la causa penal art. 7, que las víctimas tienen un periodo de reflexión precisamente para proteger sus derechos, art. 8, tienen derecho a la traducción e interpretación, art. 9 y también el derecho a acceder a los servicios de asistencia y apoyo, art. 10. En el título II prevé que la víctima tiene derecho a participar en todas las fases del proceso si lo desea, así como acceder a los servicios de justicia restaurativa. En el título III, se regula específicamente la protección a las víctimas garantizando que las mismas tendrán derecho a la protección, art. 19, derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor, art. 20, se garantiza específicamente la protección de la víctima durante la investigación penal, art. 21, la protección de su intimidad, art. 22. También que tienen derecho a ser evaluadas individualmente para determinar si tienen necesidades especiales de protección, art. 23. Por último, se regulan las medidas de protección en general como para menores, personas con discapacidad necesitadas de especial protección y víctimas de violencias sexuales, todo ello, en los arts. 25 y 26.

---

[5] Con la creación de las oficinas se pretende cumplir de forma directa con los objetivos fijados en la Directiva Europea 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Finalmente, la Ley 4/2015 en su título IV regula unas disposiciones comunes sobre varias cuestiones. En primer lugar, sobre las Oficinas de Asistencia a las Víctimas en su capítulo I, especificando la organización de estas oficinas, art 27, sus funciones, art. 28 y las funciones de apoyo que tienen estas oficinas a actuaciones de justicia restaurativa y de solución extraprocesal, art. 29. En segundo lugar, se regula la formación que deben tener las personas que están en contacto con las víctimas en el capítulo II. En tercer lugar, se regula una cooperación con profesionales y evaluación de la atención a las víctimas, la cooperación internacional y la sensibilización, arts.32, 33 y 34 del capítulo III. Por último, en el capítulo IV, se establece una obligación de reembolso en caso de ser condenada por denuncia falsa o simulación de delito, art. 35.

Como hemos adelantado en el párrafo anterior, en las disposiciones comunes se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Estas Oficinas, como se mencionó anteriormente, han sido reguladas a través del Real Decreto 1109/2015 por el que se desarrolla la Ley 4/2015. Las oficinas de Asistencia a las Víctimas son la expresión y materialización concreta del compromiso con su protección. Estas Oficinas facilitan el acceso cercano y sencillo a los derechos que tienen todas las víctimas, permitiendo que estos puedan ejercerse de forma adecuada. Las oficinas constituyen una unidad especializada y un servicio público orientado a brindar una atención integral y coordinada a las víctimas, abarcando aspectos jurídicos, psicológicos y sociales. Además, uno de sus fines es fomentar el uso de servicios de justicia restaurativa. También prestan apoyo a víctimas de delitos cometidos en otros países de la Unión Europea cuando estas residen habitualmente en España.

II.2. Otras protecciones recogidas en otras normas

Además de todas las protecciones contenidas en el Estatuto de la víctima del delito, analizado anteriormente, y de las Oficinas que asisten a las víctimas, las mismas, también cuentan con otras protecciones contenidas en otras normas. Debemos resaltar, especialmente, las incluidas en la LECrim a través de la reforma operada por la LO 1/2025 de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia[6].

---

[6] En adelante, LO 1/2025.

Es necesario comenzar diciendo que dicha LO ha reformado el art.14 de la LECrim creando las Secciones de Violencia sobre la Mujer anteriormente llamados Juzgados de Violencia sobre la Mujer, ha ampliado sus competencias buscando proteger aún más a las mujeres que han sido víctimas de dicha violencia, así como al resto de víctimas especificadas en el art. 14.5 a), también personas en situación de vulnerabilidad. A través de esta LO se garantiza que se escuche a las víctimas y que reciban información en los procesos penales incluso cuando las víctimas no se hayan personado en la causa cuando el hecho delictivo, su trascendencia, su gravedad o la cuantía sean especialmente significativos, así como cuando las víctimas o perjudicados sean especialmente vulnerables.

Los niños y niñas y adolescentes víctimas tendrán una mayor protección ya que a través de esta LO 1/2025 se crean las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia que conocerán específicamente de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos previstos en el mismo artículo de la letra a) a la c) esto, asegura una investigación especializada de estos delitos protegiendo de esta manera a esas víctimas que en este caso son los niños y los adolescentes porque además, también pueden adoptar medidas cautelares.

La LO 1/2025 modifica el artículo 655 de la LECrim, introduciendo una nueva regulación sobre la conformidad en la cual el Ministerio Fiscal siempre debe escuchar a la víctima antes de que se adopte la conformidad para evaluar las consecuencias de dicha conformidad e incluso cuando la víctima no se haya personado. La LO 1/2025 establece una nueva garantía para las víctimas que consiste en que se les debe informar de que tienen la opción de comunicarse con la Administración de Justicia a través de los medios establecidos en el artículo 162 LEC. También establece que las víctimas sean informadas sobre su asistencia y sobre los derechos recogidos en el art 771 LECrim. El LAJ notificará a la víctima el número asignado a la causa, el juzgado encargado del proceso y los medios a través de los cuales puede para contactar con él. No es necesario que la víctima se persone ante el juzgado para formular un nuevo ofrecimiento de acciones, y tiene derecho a recibir información actualizada sobre el estado del proceso, conforme a lo dispuesto en su Estatuto.

El Ministerio Fiscal deberá escuchar previamente a la víctima o al perjudicado, incluso si no se han personado en el proceso, en la nueva audiencia preliminar de los procesos abreviados para valorar adecuadamente las consecuencias y el alcance de una posible conformidad que puede tener lugar en dicha audiencia preliminar, art. 785 LECrim y la LO 1/2025

también establece que el Ministerio Fiscal debe escuchar previamente a la víctima o al perjudicado, incluso si no se ha personado en el proceso cuando se vaya a producir la conformidad antes de la práctica de pruebas del proceso abreviado, siempre que la gravedad o trascendencia del hecho o la cuantía sean especialmente significativos, en todos los casos en que las víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad y cuando sea posible y necesario para valorar los efectos y el alcance de la conformidad.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS TESTIGOS Y PERITOS

Aún en el año en que vivimos, la protección de los ciudadanos que deciden colaborar con la justicia penal en España se encuentra recogida en una norma que fue promulgada hace treinta y un años y solo alberga cuatro artículos. Además, en dicha norma se establece que para que las pruebas que emanan de los testigos y peritos protegidos tengan validez e impacten en la convicción del Juez éstos deben acudir al juicio oral para ratificar sus declaraciones, art. 4.5. Habida cuenta de la evolución social y procesal que se ha ido produciendo en dichos años, las protecciones que más se suelen utilizar para proteger a los testigos y peritos se encuentran fuera de la propia LO que las regula específicamente y, por tanto, debería contenerlas.

III.1. La LOPTP de 1994

A pesar de lo anterior, analicemos las protecciones recogidas en esta norma y que pueden esperar tener todos los ciudadanos que deciden colaborar con la justicia penal aun existiendo algún riesgo para su persona, familiares o allegados. Todas las protecciones que sean necesarias deben solicitarse al Juez por escrito y éste debe adoptar una resolución motivada en la que explique las razones que le han llevado a autorizar dicha protección para no violentar ninguno de los derechos de los enjuiciados y muy especialmente el derecho de defensa.

Pues bien, todos los testigos y peritos pueden ostentar la condición de testigos y peritos protegidos durante todo el proceso penal incluso en la fase de ejecución. Las protecciones que encontramos en esta LO se pueden también aplicar al cónyuge, a la persona con la que tenga una relación análoga y a sus hermanos cuando el Juez o Magistrado determine que dichas personas, sus libertades o sus bienes se encuentran en peligro, art. 1.

La identidad de los testigos o peritos será ocultada para protegerles desde el principio del proceso. Para ello, se les asigna un código numérico o alfanumérico con el que las autoridades judiciales y no judiciales deberán referirse al testigo o perito protegido. Su domicilio, profesión y lugar de trabajo también será ocultada y siempre se evitará que el testigo o perito protegido acuda físicamente a la sede judicial. Si acudiese se impedirá que comparta estancia con los sospechosos o acusados y con el resto de testigos y se evitará el contacto visual utilizando para ello, biombos en sala, capuchas, cascos, máscaras, entre otros, art. 2.

Esta norma prohíbe fotografiar o grabar a los testigos protegidos y se retirará el material que contenga su imagen. Los testigos y peritos pueden tener protección policial durante todo el proceso e incluso una vez finalizado el mismo. Excepcionalmente, además, se les puede proporcionar una nueva identidad falsa y medios económicos para cambiar su residencia y/o su trabajo. Los testigos o peritos protegidos pueden ser trasladados en vehículos oficiales y cuando acudan a la sede judicial estarán acompañados de un policía, art. 3.

Antes de iniciar el juicio oral, el Juez que debe dilucidar la causa deberá determinar si aún existe el riesgo suficiente como para mantener dichas protecciones, sustituirlas o bien eliminarlas, art. 4.1. Además, las partes pueden solicitar que se revele la verdadera identidad del testigo o perito protegido y, si el Juez lo determina oportuno, puede revelarla en dicho momento motivando su decisión, art. 4.3[7].

III.2. Otras protecciones recogidas en otras normas

Ante una ley obsoleta que no recoge todas las protecciones que hoy en día se pueden autorizar ni el régimen de seguridad que tienen los testigos y peritos en España debemos exponer, al menos, las protecciones que más se suelen utilizar para conseguir proteger a los testigos y peritos en las causas criminales en las que participen.

---

[7] De hecho, la única excepción sería que el testigo protegido fuese un agente encubierto ya que, en dicho caso, como máximo se podría llegar a revelar la identidad ficticia que conocieron las partes durante la operación encubierta y nunca la verdadera identidad del policía. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *El agente encubierto en el proceso penal español*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 294.

Quizá, el caso más paradigmático de protección más habitualmente autorizada y que no se encuentra en la LOPTP es la utilización de la videoconferencia, art. 731 BIS. Lo cierto es que hoy en día se pretende que la no presencialidad sea lo habitual y, aún más, en el caso de los testigos y peritos protegidos. El Juez puede autorizar que dicho testigo o perito declare a través de videoconferencia ante los riesgos que pueden ocasionar acudir a la sede judicial y atendiendo a razones de seguridad. De esta manera, los testigos y peritos protegidos no se encontrarán físicamente en sala, pero el Juez o tribunal, así como las partes podrán ver su imagen actual y escuchar su voz, salvo que se autorice la distorsión. Siempre debe ser posible la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con el art. 229.3 LOPJ.

Otra de las protecciones que no se encuentran recogidas en la LOPTP pero que suelen ser adoptadas para garantizar la seguridad de los testigos y peritos consiste en distorsionar su imagen y/o su voz. Se puede autorizar cuando los testigos y peritos declaren a través de videoconferencia. Es importante destacar que esta protección ni siquiera se encuentra recogida en la LECrim, sin embargo, el Anteproyecto de LECrim del 2020 la incluye en su art. 471 que trata específicamente sobre el testigo protegido, concretamente en su letra b) apartado uno prevé que se pueda utilizar *«cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual y si fuera necesario distorsione su voz»*.

Por último, proponemos una nueva protección que consiste en que a los testigos y peritos protegidos se les informe con anterioridad de que se va a levantar el secreto del sumario. Proponemos que se informe a los testigos y peritos protegidos diez días antes de que se alce el secreto del sumario ya que el art. 302 LECrim establece que el secreto del sumario se debe alzar necesariamente al menos con 10 días de antelación a su conclusión. Ni la LOPTP ni la LECrim recogen esta medida de seguridad que proponemos y que es oportuna para poner en aviso a los mismos y de esta forma protegerles.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS SOSPECHOSOS O ENCAUSADOS

La protección de los sospechosos o encausados dimana de los derechos y garantías que limitan el poder punitivo del estado que se ejerce a través del proceso penal. Es decir, las grandes protecciones de los sospechosos o encausados durante las causas criminales son los derechos y garantías que limitan y vinculan, inexorablemente, a los jueces y tribunales. En todos los

procesos penales se deben respetar y observar los derechos y garantías de los sospechosos o encausados para conseguir proporcionarles su debido proceso. Respetar dichos derechos y garantías genera la seguridad jurídica que todas las partes necesitan en el proceso penal.

IV.1. Garantías y derechos procesales

Las distintas garantías y derechos de los justiciables los encontramos en distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico, los más importantes serían:

La garantía penal, art. 2 CP. La garantía criminal, art. 10 CP. La garantía jurisdiccional, art. 3 CP y 1 LECrim. La garantía de la ejecución que dimana del art. 9.3 CE que recoge el principio de legalidad, así como del art. 3 del CP. Las garantías que tienen todos los ciudadanos cuando son detenidos, art. 490, 492, 493 y 520 LECrim. El derecho que tiene el justiciable a recibir información durante todo el proceso, desde su detención si ésta se produce hasta que se ejecute la resolución adoptada. Esta información tiene que adaptarse al justiciable o justiciables de cada proceso, se tienen que tener en cuenta sus características personales. El derecho que tienen todos los ciudadanos a solicitar el *habeas corpus* con el fin de protegernos de detenciones equivocadas, art. 17.4 CE.

El derecho que tienen todos los justiciables a la asistencia letrada, art. 17.3 CE, pues gozan del mismo desde que el proceso penal comienza y hasta que finaliza. El derecho a intervenir en las diligencias que se practiquen en virtud del art. 302 LECrim y el derecho a proponer y solicitar la práctica de diligencias que tienen todos los sospechosos o acusados.

Todos los justiciables cuentan con las garantías procesales derivadas del art. 24 CE, del mismo dimanan derechos esenciales para el debido proceso. También, hemos de destacar expresamente las garantías procesales básicas que son protecciones que tienen todos los justiciables durante el desarrollo del proceso penal. Hablamos del derecho a tener un Juez ordinario predeterminado por la Ley, de nuevo, el derecho de defensa y las garantías que dimanan del mismo. El derecho de defensa se hace posible gracias al conocimiento y ejercicio de una serie de derechos y garantías que asisten al justiciable tales como el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, derecho a la autodefensa, derecho a la defensa y asistencia de letrado y derecho a un intérprete.

El justiciable también cuenta con la garantía, que a su vez es una gran protección, de poder utilizar todos los medios de prueba pertinentes para defender su inocencia. Todos los justiciables tienen la garantía de que durante todo el proceso penal van a ser tratados como inocentes hasta que no se dicte sentencia en que se declare su culpabilidad y la misma sea firme. Todos los justiciables cuentan con la garantía de la publicidad del proceso penal que es un principio fundamental que forma parte del derecho a un juicio justo reconocido en el art. 24 CE y en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[8]. Todos los ciudadanos tienen derecho a que las causas penales en los que se pueden ver involucrados se desarrollen sin dilaciones indebidas. Finalmente, todos los justiciables cuentan con el derecho a un proceso con todas las garantías.

Estas son las garantías y derechos con los que en la actualidad se pretende proteger a los justiciables, como observamos, las mismas se encuentran en distintas normas: en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, en la Constitución Española, en el Código penal, en la Ley Orgánica 26/1984 Habeas Corpus, la Ley Orgánica Reguladora de la responsabilidad de los menores 5/2000, Ley Orgánica 5/2024 del Derecho de Defensa, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otras. De esta forma, las protecciones de los sospechosos o encausados se encuentran dispersas en normas distintas y de diverso rango, como hemos visto, Convenio, CE, CP, LO o ley, es decir, tienen distinta naturaleza. Esto puede hacer pensar que existen protecciones más importantes que otras y que sus protecciones no estén tan claras. Por lo expuesto, los sospechosos o acusados no cuentan con un único *corpus iure* que recoja y sistematice todas sus protecciones. Además, la evolución social está trayendo nuevos riesgos por los cuales se deberían crear otras protecciones para los sospechosos o encausados que, en la actualidad, no se encuentran recogidas en ninguna de las normas anteriores.

IV.2. ¿Es necesario crear un estatuto del sospechoso o encausado?

Expuesto lo anterior, debemos ser conscientes de que en la actualidad los sospechosos o encausados no cuentan con una norma que recoja, compile y sistematice sus protecciones, sin embargo, las víctimas sí que contarían con una norma que cumple dichas expectativas, su Estatuto además de unas oficinas que las asisten, e incluso las protecciones de los testigos y

---

8 En adelante, CEDH.

los peritos se encuentran reguladas en una LO, la LOPTP, como expusimos *supra*. La realidad es que para que se desarrolle el proceso penal, para que una causa criminal siga viva al menos siempre debe existir un sospechoso o acusado. En el proceso penal no siempre estará presente la víctima, no siembre habrá acusación particular y no siempre tendremos testigos y peritos protegidos, pero siempre, habrá al menos un sospechoso o acusado para continuar con el proceso. A pesar de esto España no cuenta con una norma que recoja, compile y sistematice sus protecciones.

Por ello, y dado que las protecciones de los sospechosos o acusados se encuentran dispersas en normas nacionales e internacionales de distinto rango y naturaleza, nos planteamos la posibilidad de crear un estatuto del sospechoso o encausado que recoja, regule, sistematice y compile todas las protecciones con las que ya cuentan los mismos. Autores como ANDRÉS IBAÑEZ[9] también hablan de dicho estatuto del imputado que recoge todos los derechos que tienen los imputados en los procesos penales y quizá sea el mejor momento para crearlo ahora que, algunos autores, consideran que el poder judicial es también un servicio de los ciudadanos, el servicio público de justicia[10].

IV.3. Propuesta de otras protecciones

La sociedad no para de evolucionar y por ello, hoy en día, existen peligros que hace unos años ni siquiera imaginábamos. Al socaire de la evolución social siempre se encuentra el derecho y en nuestro caso, la evolución de los procesos, de esta forma, es necesario implementar otras protecciones integrales y más actuales para los sospechosos y encausados.

En la actualidad, la salud mental es importante para todos los ciudadanos que acuden a la consulta de psicólogos o psiquiatras cuando consideran que tienen un problema de salud mental. Una causa criminal suele generar nerviosismo para todos los ciudadanos que participan en ella. El proceso penal puede dar lugar a momentos de gran tensión para las partes

---

9 ANDRÉS IBÁNEZ, P., "¿Nuevas tecnologías en la justicia penal? Solo si en un proceso con todas las garantías", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, número 49, 2023, pág. 11 y ss.

10 Más profundamente y con una visión crítica y acertada ARMENTA DEU, T., "El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: una perspectiva desatendida", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 117-118, 2025, págs. 240-249.

generando muy habitualmente ansiedad, estrés o nerviosismo que pueden convertirse en una enfermedad mental de no ser gestionadas correctamente y a tiempo. Por todo esto, quizá sea necesario implementar una asistencia psicológica durante la pendencia de la causa de forma que, psicólogos, psiquiatras y trabajadores sociales puedan ayudar a los sospechosos o encausados a gestionar correctamente sus emociones, máxime cuando pueden ser absueltos y estar ante un inocente.

Encontramos algo parecido a la asistencia psicológica al sospechoso o encausado en la jurisdicción de menores. Los menores sospechosos o encausados tienen derecho a que sus padres o tutores se encuentren presentes en todas las fases del proceso, como podemos observar en la regla 7.1 de las Reglas Beijing y art. 4 del Reglamento 1774/2004 de la LORPM. También tienen derecho a una asistencia afectiva, psicológica y de los servicios del equipo técnico, art.22.1 apartado e) y f) de la LORPM.

Por otra parte, proponemos la creación de unas oficinas de atención a los sospechosos o encausados, de la misma forma en que existen para las víctimas. Tanto las víctimas como los sospechosos o acusados tienen derecho a la asistencia letrada también acceso a la asistencia jurídica gratuita cuando sea pertinente, sin embargo, solo las víctimas contarían con unas oficinas que les asistan. Tanto la víctima como el supuesto victimario deberían tener derecho a poder contar con unas oficinas en los que se les informen y donde se les preste la protección y asistencia que precisen como sí que lo tienen las víctimas que pueden acudir a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

Finalmente, hemos de destacar que la justicia restaurativa en la jurisdicción penal ya se encuentra incluida en la LECrim, concretamente la encontramos en la disposición adicional novena sobre Justicia Restaurativa[11]. Por lo tanto, la mediación penal ya se encuentra recogida en la LECrim como un procedimiento para solventar conflictos unido a la jurisdicción. En dicha regulación no se prevé la asistencia letrada en ningún momento del procedimiento de mediación penal, luego estos procedimientos se celebrarán sin asistencia ni asesoría jurídica. Los ciudadanos que decidan someterse a un procedimiento de mediación penal no contarían con esta gran garantía, con esta protección, realidad que criticamos.

---

[11] Que es producto de la reforma operada por la LO 1/2025.

Proponemos que, una de las protecciones o garantías que deben tener las partes en los procedimientos de justicia restaurativa sea contar con el consejo de un letrado, con su asistencia, de esta forma estos procedimientos que siguen siendo voluntarios serían más elegidos por todos los ciudadanos que se sentirían más protegidos. No se trata de que el abogado defienda a su cliente en los procedimientos de justicia restaurativa sino de que acuda a las distintas sesiones, le aconseje y le asista jurídicamente cuando sea necesario. Además, solamente de esta forma, los abogados no verán la justicia restaurativa como una amenaza a su trabajo sino como una nueva oportunidad de trabajo. La presencia y asesoría de ambas partes del proceso en un procedimiento de mediación garantizaría mayor seguridad jurídica para ambos a la par que una mayor confianza en estos métodos de resolución de conflictos[12]. De esta forma, se elegiría más acudir a los medios adecuados de solución de conflictos en la jurisdicción penal porque todos los ciudadanos se sentirían más seguros.

V. CONCLUSIONES

Necesitamos una justicia penal con procesos penales igual de seguros para todos los ciudadanos independientemente de si son víctimas, testigos, peritos o sospechosos o acusados. En esta publicación se ha realizado un recorrido explicativo a través de las distintas protecciones con las que ya cuentan los ciudadanos en las causas criminales. De esta forma, hemos observado que existen normas específicas que recogen y sistematizan las protecciones de las víctimas y de los testigos y peritos, sin embargo, no existe una norma específica que recoja, sistematice y compile todas las protecciones con las que cuentan los sospechosos o encausados ni existen unas oficinas que les asistan. Sería oportuno crear una norma que cumpliese dichas expectativas por las razones ya explicadas en los distintos apartados. Es necesario recoger los derechos y las garantías que suponen grandes protecciones para los sospechosos o encausados en un estatuto,

---

[12] Sobre las protecciones que también se deberían implementar en los procedimientos de justicia restaurativa SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., "La protección de las víctimas en la mediación penal" en título por determinar, Colección PROBATICIUS, Estudios de Derecho Procesal y Derecho Probatorio, (dirs. Pereira Puigvert, S., Borgia, G.), Pamplona, Aranzadi, 2026, págs. 1-25.

es decir, en una norma accesible que reúna las protecciones vigentes y las propuestas amén de la evolución de nuestra sociedad.

Pedimos a nuestro legislador que actualice las protecciones de todos los ciudadanos incursos en causas criminales sea cual sea el rol que ocupen en el proceso con el fin de conseguir una protección integral, actual y eficaz del ciudadano en la jurisdicción penal. Para ello, es necesario comenzar, en primer lugar, actualizando las protecciones de los testigos y peritos protegidos en las causas criminales ya que la LOPTP hoy en día no es eficaz para proteger a los testigos y peritos que deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia. Esta LO se encuentra obsoleta y no salvaguarda ni protege a los ciudadanos que colaboran con la justicia penal. Solo de esta forma las personas se animarán a realizar esta función tan necesaria para esclarecer los delitos cometidos en nuestro país.

En segundo lugar, se deberían actualizar las protecciones de las víctimas modificando su Estatuto, es decir la Ley 4/2015, en el sentido expresado en esta publicación. Por último, es necesario crear un Estatuto del sospechoso o encausado que además de recoger, compilar y sistematizar todas las protecciones con las que actualmente ya cuentan también incluya nuevas protecciones actualizadas.

*Derecho procesal gerontológico**

VANESA MARTÍ PAYÁ

Profesora Contratada Doctora
Universidad de Zaragoza

ÍNDICE: I. EDADISMO Y JUSTICIA INCLUSIVA. II. ORIGEN DEL DERECHO PROCESAL GERONTOLÓGICO. III. EL DERECHO PROCESAL GERONTOLÓGICO EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL.

I. EDADISMO Y JUSTICIA INCLUSIVA

Garantizar el acceso a la justicia de las personas mayores —considerando como tales a las personas de avanzada edad con independencia de si padecen o no alguna discapacidad[1]— es uno de los principales retos que nos marca Europa[2].

---

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto «El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención» (PID2022-139585OB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España) y del Grupo de Investigación de Referencia «De Iure» (S26_23R), financiado por el Gobierno de Aragón.

1 La edad senil no implica, *per se,* que la persona mayor tenga problemas cognitivos o enfermedades que puedan dar lugar a una discapacidad. De hecho, incluso en el caso de padecer alguno, puede no alcanzar el mínimo exigido para que les sea reconocida.

2 A petición de la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea, el Comité Económico y Social Europeo emitió en 2022, a petición de la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea, un Dictamen sobre una Estrategia Europea para las Personas Mayores donde aborda, desde diferentes perspectivas, los retos y oportunidades que el envejecimiento demográfico plantea a los Estados miembros de la Unión Europea y cuál es la posición de los agentes sociales respecto a cómo aquéllos deben enfocar sus políticas en relación a las personas mayores, dentro de un marco común de la UE, (https://imserso.es/documents/20123/140652/estrategia_europea_ppmm_20230830.pdf/d52a165a-a81e-c8ef-493c-844aef904b7b, consulta: mayo, 2025).

El aumento de la longevidad[3] y la cualidad de vulnerable que se atribuye a las personas que forman parte de este colectivo, se ha traducido en la implementación de políticas públicas que fomenten su autonomía e independencia social. Sin embargo, la regulación que se ha ido introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico ha estado encaminada, principalmente, a la lucha contra la discriminación en el ámbito de los derechos sociales y económicos dejando en el letargo el marco de los derechos de los justiciables y su participación en el proceso judicial.

Muestra de ello se observa tanto en el articulado de los principales textos normativos internacionales —artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales— como en el artículo 14 de nuestra propia Constitución Española cuando, al exigir la no discriminación, no aparece la edad entre las causas que pueden provocarla. Al respecto, existe una corriente doctrinal[4] que apunta que debemos entenderla contenida en la expresión «cualquier otra condición» o «situación» que sí recogen los preceptos citados; convirtiéndose, de este modo, el derecho a la igualdad, en derecho antidiscriminatorio[5].

En este orden de cosas, conviene precisar sobre hacia qué colectivo concreto se dirige el foco de este trabajo y ello conduce a establecer, como ya anticipé sutilmente al inicio, dos grupos de personas de avanzada edad, distinguiendo entre: aquellas personas mayores con discapacidad (que pueden obtener ayuda por la propia discapacidad que padecen) y aquellas personas mayores que no se ven afectadas por ninguna (simplemente han

---

3 Según el INE, El 20,1 % de la población española es mayor de sesenta y cinco años (el 6% octogenarios) y, en 2041, se podría llegar al 28%., véase al respecto, *Un perfil de las personas mayores en España 2024. Indicadores Estadísticos Básicos,* Laboratorio Envejecimiento en red y Estadísticas experimentales del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, diciembre 2024, (https://envejecimientoenred.csic.es/informes/).

4 SERRANO MASIP, M., "La vulnerabilidad por razón de edad en la apreciación por el TED del incumplimiento del "plazo razonable", en AAVV., *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea, Valencia, Tirant lo Blanch, 1 ª ed., 2021, pág. 121.*

5 GIMÉNEZ GLUCK, D., "Igualdad y no discriminación de las personas mayores", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, nº 33, 2022. (*https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=10790, consulta: 06/10/2025).

envejecido) o que el nivel de discapacidad padecido no llega al mínimo legal para que les sea reconocida.

El primer grupo goza de amplia protección legal tanto a nivel nacional como internacional[6] existiendo instrumentos y figuras jurídicas a su alcance que les permiten hacer frente a sus necesidades como discapacitados[7]. Sin embargo, el segundo grupo no corre la misma suerte cuando, las dificultades, siguen existiendo. Sin ir más lejos, el hecho de conectar con un mundo digital que cada vez les exige más especialización o acudir presencialmente a los tribunales e incluso encontrar allí el entorno adecuado. Este segundo grupo es el que atrae mi atención.

Tradicionalmente, la vejez ha tenido en nuestra sociedad un marcado tinte peyorativo que ha difuminado todas aquellas facultades que el adulto mayor sí tiene. Si bien es cierto que la advertencia desde Europa sobre

---

6 Véase, la Ley 8/2021, de 2 de junio para el apoyo a personas con discapacidad 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, que da efectivo cumplimiento al compromiso adquirido con la ratificación de España la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo artículo 1 reconoce la necesidad de «asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente» y el artículo 13.1 precisa que los Estados asegurarán que «tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares». Asimismo, en 2024 entró en vigor la modificación del artículo 49 de la Constitución Española que recoge expresamente que «1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad».

7 Con el fin de proteger los derechos de las personas con discapacidad para asegurar su inclusión social, se crea el Real Patronato sobre Discapacidad, institución pública que pertenece al Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, donde podemos encontrar toda la información precisa sobre la materia (https://www.rpdiscapacidad.gob.es/real-patronato/quienes-somos.htm, consulta: 06/10/2025).

el aumento de personas mayores originó la creación de recomendaciones por parte del Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria[8], estas iban principalmente destinadas a luchar, como ya dije, contra la discriminación en el ámbito económico y social (disfrute de bienes y servicios, empleo…), estando ahora recogidas como derechos en la Carta Social Europea. Sin embargo, ha sido una omisión constante el modo de articular la participación de la persona de avanzada edad ante los tribunales.

Actualmente, en España, el Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, ha financiado un proyecto para este colectivo, lanzado por la Fundación *HelpAge International* España y denominado Observatorio del Edadismo, cuya labor gira en torno a tres líneas de actuación: justicia y derecho, comunicación e imagen y políticas públicas. Se trabaja para reclamar una convención internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas mayores[9], cuyo hito más cercano lo encontramos en marzo de 2025, momento en el que el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó una resolución histórica que marca el inicio del proceso de redacción.

No obstante —y a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico ya ha acometido algunas reformas al respecto— la situación legal actual en que se encuentra España es deficitaria. Si bien, antes de profundizar en ella, es necesario partir del origen de este nuevo derecho.

II. ORIGEN DEL DERECHO PROCESAL GERONTOLÓGICO

El acceso a la justicia es un derecho de todos. Empero la exigua regulación existente cuando se trata personas mayores vulnerables genera desigualdades que socavan el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.

---

8 SERRANO MASIP, M., "La vulnerabilidad por razón de edad en la apreciación por el TED del incumplimiento del "plazo razonable", op. cit., pág. 120, enumera y explica los instrumentos sectoriales no vinculantes que estos órganos han ido elaborando para dotar de mayor protección a los derechos de las personas adultas.

9 En 2023, el Consejo de Ministros aprobó el II Plan Nacional de Derechos Humanos del Gobierno de España que menciona la convención en el punto 13.

Para evitar esta clase de discriminación, es necesario elaborar normas con mayor rigor y precisión que garanticen el acceso a la jurisdicción ordinaria —tanto en cuanto a limitaciones físicas (distancia geográfica, adaptación de espacios, falta de accesibilidad...) como óbices procesales (plazos razonables, derecho a entender y ser entendido o la dilación indebida de los procedimientos, entre otros)— así como la creación de instrumentos que consigan superar la brecha digital originada.

Para dicho cometido surge el derecho procesal gerontológico[10]. Un derecho que, al tiempo que fomente la práctica del derecho a la vejez[11], recoja normas procesales concretas para que este colectivo vulnerable consiga con dignidad la plena realización de sus objetivos y derechos.

La iniciativa surge con el primer borrador del Convenio Iberoamericano de Acceso a la Justicia (2024)[12], cuyo objetivo es convertir las Cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (2008) en obligaciones para los Estados firmantes. Estas reglas fueron aprobadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana y, en ellas, se recogía de forma expresa que el envejecimiento puede cons-

---

10 Término acuñado, entre otros por: PÉREZ CÁZARES, M. E., "El acceso a la justicia de las personas adultas mayores. El Nuevo Derecho Procesal Geriátrico", *Trayectorias Humanas Transcontinentales nº 5,* 2019, pág. 75, (https://www.unilim.fr/trahs/1409, consulta: 06/10/2025); ACLE MAUTONE, y JACKSON BERTÓN, M., "Innovar en igualdad: el acceso a la justicia y las personas mayores", *Revista de Derecho (UNIV. CLAEH, Facultad de Derecho, núm. 2:27-50, 2023,* pág. 41 o DÍAZ-TENDERO BOLLAÍN A. y FLORES GIMÉNEZ, F., "Las personas mayores y el derecho de acceso a la justicia. A partir de las Reglas de Brasilia y otros instrumentos internacionales", *Informe del Observatorio del Edadismo, octubre 2024, pág. 20.*

11 DÍAZ-TENDERO BOLLAÍN, A., "Derechos humanos de las personas mayores*", Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, núm. 11, CDMX,* Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2019, pág. 16, promueve el empoderamiento de las personas mayores como sujetos de derecho que disfrutan de garantías, tienen responsabilidades y abraza las múltiples vejeces. Y ACLE MAUTONE, y JACKSON BERTÓN, M., "Innovar en igualdad: el acceso a la justicia y las personas mayores", op. cit., pág. 36, afirman que la atención legal y judicial a las personas mayores mediante nuevos productos, servicios, instituciones jurídicas o canales de comunicación puede ofrecer soluciones concretas para satisfacer el pleno goce de los derechos fundamentales de las personas mayores.

12 Las reglas para el acceso a la justicia de grupos vulnerables, según el Convenio, se organizan en tres rubros: reglas para el efectivo acceso a la justicia, reglas para aplicarse en los actos judiciales y reglas para conseguir su eficacia, véase (https://comjib.org/convenio/, consulta: agosto, 2025).

tituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia (regla 6ª). Asimismo, el precitado convenio internacional pretende avanzar en la consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, cuya meta tercera rubrica «Promover el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos», convirtiéndose en vinculante para los Estados participantes. Con el fin de abordar dicho cometido, se realizan las propuestas[13] siguientes:

a) Derecho procesal específico. La creación de normas procesales independientes y autónomas que otorguen eficiencia y eficacia al procedimiento[14] sin perder el derecho a una tutela judicial efectiva con todas las garantías.

b) Proceso más rápido. El establecimiento de una vía normativa que habilite una tramitación acorde a su estado senil.

c) El Defensor de la Tercera Edad. La creación de una figura a la que poder acudir, pareja al defensor del menor, que defienda a este colectivo para la consecución de una vejez digna, tal y como ya sucede en países Iberoamericanos (por ejemplo, Argentina[15]).

d) El interés superior de la persona mayor. La introducción en el proceso del interés superior de la persona mayor como principio por el que se priorice a dicho colectivo cuando se enfrente a otros intereses.

e) El impulso procesal de oficio o el principio *in dubio pro accione*[16].

---

13 DÍAZ-TENDERO BOLLAÍN, A. y FLORES GIMÉNEZ, F., "Las personas mayores y el derecho de acceso a la justicia. A partir de las Reglas de Brasilia y otros instrumentos internacionales", op. cit., pág. 21, PÉREZ CÁZARES, M.E., "El acceso a la justicia de las personas adultas mayores. El Nuevo Derecho Procesal Geriátrico", op. cit., o ACLE MAUTONE, Y JACKSON BERTÓN, M., "Innovar en igualdad: el acceso a la justicia y las personas mayores", op. cit., pág. 41.

14 PÉREZ CÁZARES, M.E., "El acceso a la justicia de las personas adultas mayores. El Nuevo Derecho Procesal Geriátrico", *op. cit., pág. 75.*

15 Buenos Aires cuenta con un defensor de la tercera edad.

16 PÉREZ CÁZARES, M.E., "El acceso a la justicia de las personas adultas mayores. El Nuevo Derecho Procesal Geriátrico", op. cit., pág. 5 o ACLE MAUTONE, y JACKSON BERTÓN, M., "Innovar en igualdad: el acceso a la justicia y las personas mayores", op. cit., pág. 41.

A ello, hemos de sumar la implantación de las nuevas tecnologías (haciendo hincapié en la resolución de conflictos *on line)* así como en la consolidación de los métodos adecuados de resolución de conflictos (tales como la conciliación o la mediación).

Para lograr la consecución de dichos propósitos, es necesaria una actuación Estatal que normativice su contenido y proporcione los instrumentos y herramientas precisos para convertirlos en realidad[17]. No debemos olvidar que el envejecimiento es una situación consustancial del ser humano que no debe conducir a la pérdida de intensidad de nuestros derechos fundamentales y libertades públicas y, sobre estos principios, debemos construir el entramado procesal específico que garantice su inclusión flexibilizando ciertos contenidos de la norma atendiendo a sus limitaciones.

III. EL DERECHO PROCESAL GERONTOLÓGICO EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

Dentro del derecho procesal español, la reforma operada por 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, introdujo los principales cambios en este campo, si bien, no ha dado solución a situaciones que todavía son un obstáculo.

A continuación, se tratarán de forma sucinta las mejoras introducidas en el marco del proceso civil en España. La no inclusión de este colectivo de personas mayores vulnerables tanto en la legislación sobre jurisdicción voluntaria como en la LECrim impide abordarlos en este momento[18] habida cuenta que centramos la atención en lo ya regulado,

---

17 En este sentido, PÉREZ CÁZARES, M.E., "El acceso a la justicia de las personas adultas mayores. El Nuevo Derecho Procesal Geriátrico", *op. cit.,* pág. 70, concluye que el Estado debe establecer nuevos mecanismos jurídico-procesales que permitan un verdadero acceso a la justicia sin trabas o requisitos innecesarios en donde se dé una apertura como un nuevo modelo de servicio de justicia para el adulto mayor, una política de Estado que aborde a las necesidades de justicia que necesitan.

18 Si bien es cierto que, la Fiscalía General del Estado, en su memoria de 2022 (https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/capitulo_V/cap_V_7_1.html, consulta: 01/03/2025) abordó la atención a personas con discapacidad y mayores centrando su atención en su condición de víctimas del delito

si bien, proporcionando algunas claves para su mejora. En este orden de cosas, precisa de cierto reproche nuestro legislador, por no aprovechar la oportunidad que le brindaba la Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, para introducir reformas en este ámbito; incorporando, como única novedad, el párrafo segundo del artículo 19.5 LEC, donde se indica que, cuando intervengan personas mayores se valorará específicamente esta circunstancia para promover un MASC (medio adecuado de resolución de conflictos o controversias).

III.1. Avances y propuestas de mejoras

III.1.1. Ámbito subjetivo de aplicación

Entre las mejoras introducidas, la primera y esencial, es la alusión expresa al colectivo de mayores vulnerables a través de la inclusión artículo 7 bis LEC «Ajustes para personas con discapacidad y personas mayores», que establece el ámbito subjetivo de aplicación de la norma procesal civil y reconoce la incorporación de mecanismos de ajuste y adaptación para que las personas mayores puedan participar en el proceso judicial en condiciones de igualdad con respecto al resto de ciudadanos.

Llamativa resulta, no obstante, la división en dos grupos que hace al respecto, diferenciando entre personas mayores de sesenta y cinco y hasta setenta y nueve años y personas mayores de ochenta años. La distinción estriba en que, en el segundo grupo, las medidas que recoja la ley para paliar la vulnerabilidad podrán adoptarse de oficio, sin solicitud expresa y en toda su extensión. Mientras que, en el primer grupo, la solicitud se exige a instancia de parte y es posible que no puedan disfrutar de todos los beneficios[19].

---

concretando que el acceso a la justicia en condiciones de igualdad es objetivo pendiente para las personas mayores… presencia de barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales o jurídicas constituyen obstáculos para que el servicio público de la justicia se preste y reciba en condiciones de igualdad, particularmente en cuanto a víctimas se refiere.

19 Lo que se traduce en que, en cuanto al reconocimiento de adaptaciones y ajustes en el proceso, a las personas mayores de ochenta años se les equipara con las personas que sufren discapacidad, mientras el resto de personas mayores debe solicitar lo que pretenda y no siempre se le satisfará, MARTÍ PAYÁ. V., "La persona de

III.1.2. Solicitud de las medidas y adaptaciones

Las adaptaciones, dice el artículo 7 bis 1 *in fine* LEC, podrán «realizarse» en cualquier momento. Sin embargo, el precepto no indica cómo ni cuándo se «solicitarán» para que puedan realizarse.

La práctica forense[20] propone hacer uso del Otrosí digo, mencionando la edad, en los escritos de alegación (demanda o contestación a la demanda) con la correspondiente acreditación (NIE, DNI…), pesando sobre el interesado invocar dicha circunstancia[21].

Al respecto surgen varios interrogantes tales como ¿si la persona cumple sesenta y cinco u ochenta años *pendentem litem*?[22] ¿si se trata de un testigo?[23] ¿Y si se advierte la edad más tarde? Invocar la circunstancia más tarde está permitido en tanto que la norma no hace mención de plazo alguno. Por lo tanto, sería momentos procesales oportunos la audiencia previa o al inicio de la vista del juicio[24], en caso de procedimiento ordinario, y el momento

---

avanzada edad ante el proceso civil", en *La persona física en el proceso civil. Evolución reciente en los conceptos de capacidad, legitimación y representación,* (dir. García-Rostán Calvín, G.), Atelier, 1ª ed., 2025, pág. 164.

20 FONT DE MORA, J. "El impacto de la edad en el proceso civil tras el RDL 6/2023", *Blog Sepin, Editorial Jurídica, 2024, quien redirige al post de Guerra Pérez, M., "El Abogado práctico II: OTROSÍES inútiles o cuestionables", Blog Sepin, Editorial Jurídica, 2023, (*https://blog.sepin.es/blog/2023/09/13/otrosies-inutiles-cuestionables/, consulta: 01/03/2025).

21 Ante la falta de regulación, existen criterios de unificación de Juntas Sectoriales de Jueces, en particular, los Jueces de Primera Instancia de Valencia acordaron, el 23 de febrero de 2024, que «Para efectuar las adaptaciones y ajustes de oficio a las personas con ochenta años o más y dar la tramitación preferente al procedimiento, será necesario que dicha circunstancia de edad se advierta al Juzgado por los profesionales que les asisten y/o representan». Aunque no alude al grupo comprendido entre 65 y 79 años, debemos recordar que estos, para poder disfrutar de las medidas, debe solicitarlo a instancia de parte y, para ello, tendrá que acreditarlo, MARTÍ PAYÁ, V., "La persona de avanzada edad ante el proceso civil", *op. cit., pág. 165*.

22 Ello provocaría un cambio de grupo y la posibilidad de disfrutar de medidas a las que antes no tenía acceso.

23 Podríamos responder que se informe en el momento de proponerlo como tal. Pero es posible que no sepamos la edad del testigo de igual modo que podemos desconocer su domicilio ¿sería posible solicitar que el juez que lo revisase de oficio?

24 CATALÁN CHAMORRO, M.J., "La nueva tutela judicial y extrajudicial de las personas mayores", *Revista General de Derecho Procesal, núm. 63,* mayo 2024, pág. 28.

de proposición de prueba, si hablamos de un procedimiento verbal (artículo 438.8 LEC)[25].

III.1.3. Medidas de acceso y ajustes razonables

Nuestro legislador tampoco resuelve qué clase de adaptaciones se pueden reconocer a las personas de avanzada edad. Hemos de acudir supletoriamente al artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que ofrece una definición de «ajustes razonables», y acompasarla con la clasificación que la práctica forense[26] realiza al respecto y que se traducen en medidas de adaptación: físicas, tecnológicas, jurídicas y de apoyo por terceros.

a) Medidas de adaptación físicas: cuyo objetivo radica en proporcionar un entorno adecuado y una atención humana cercana mediante la creación de estructuras de accesibilidad tales como itinerarios peatonales, utilización de pictogramas o reserva de plazas. En este sentido, el Ministerio de la Presidencia, Justicia y relaciones con las Cortes ha impulsado la aplicación de criterios de diseño basados en el Diseño Universal y el Código Técnico de la Edificación, contando ya con sedes judiciales certificadas por AENOR[27] como sedes accesibles.

b) Medidas tecnológicas: con el fin de paliar la carencia en competencias digitales de este colectivo, sumada a los constantes avances de un entorno cada vez más digitalizado, se exige al Estado[28] intervenir. Sin

---

25 MARTÍ PAYÁ, V., "La persona de avanzada edad ante el proceso civil", *op. cit. pág. 166.*

26 FONT DE MORA, J., "El impacto de la edad en el proceso civil tras el RDL 6/2023", *op. cit.*

27 Como son la Audiencia Nacional y el Palacio de Justicia de Plasencia, (https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/justicia-accesible-personas-discapacidad/sedes-accesibles, consulta: 01/08/2025).

28 Y así se desprende de la disposición adicional segunda «Accesibilidad a los servicios electrónicos en el ámbito de la Administración de Justicia» del Real Decreto-Ley 6/2023, que concreta que las administraciones con competencias en materia de justicia garantizarán que todos los ciudadanos, con especial atención a las personas mayores, que se relacionan con la Administración de Justicia «puedan acceder a los servicios electrónicos en igualdad de condiciones con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos», ajustándose, en lo que sea de aplicación, al Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector

embargo, aunque se crean instrumentos como el Escritorio Virtual de Inmediación Digital[29], aplicaciones y webs de «fácil acceso» y se trabaja para la accesibilidad universal (conforme a lo previsto en el artículo 137 bis 6 LEC)[30], no es suficiente[31].

El uso de medios tecnológicos y qué se necesita para acceder a ellos sigue siendo un obstáculo; pues, no solo han de saber utilizarlos (para lo que se precisa formación), sino que han de contar con un dispositivo electrónico, conexión a internet y claves de acceso.

Dentro del propio proceso, los puntos de acceso seguro[32] son el cauce para poder intervenir en las actuaciones telemáticas (de conformidad con el artículo 129 bis en relación con el artículo 137 bis 2, ambos de la LEC) mediante dispositivos electrónicos, creando el entorno adecuado.

c) Medidas jurídicas: el artículo 7 bis 2 LEC reconoce el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo, recopilando un listado de medidas que se centran en que las comunicaciones orales o escritas se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible.

El objetivo: que obtengan y comprendan la información necesaria para desenvolverse en este entorno con autonomía. Para dicho cometido, la Carpeta Justicia contiene resúmenes automatizados de documentos judiciales en lenguaje sencillo y se ha creado una guía

---

público y demás regulación estatal y autonómica en materia de igualdad y no discriminación.

29 El Escritorio Virtual de Inmediación Digital, conocida como EVID, es una herramienta automatizada que trata de establecer comunicaciones por videoconferencia entre los distintos operadores jurídicos y los ciudadanos (https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/soluciones-escritorio-virtual-de-inmediacion-digital, consulta: 01/03/2025).

30 Posibilidad de participar en las plataformas de manera autónoma (artículo 137 bis 6 LEC).

31 Para una mayor exposición, véase MARTÍ PAYÁ, V., "La persona de avanzada edad ante el proceso civil", *op. cit., pág. 168 y ss.*

32 El artículo 59.3 del Real Decreto-ley 6/2023, afirma que «la atención al público y a los y las profesionales por videoconferencia o sistema similar requerirá la participación del ciudadano, ciudadana o profesional desde un punto de acceso seguro».

de redacción judicial[33] clara (que lo promueve); se elaboran documentos jurídicos adaptados anexándolos al original (lectura fácil)[34] y se trabaja en la creación de una herramienta de inteligencia artificial que transforme automáticamente el lenguaje jurídico-técnico de documentos legales e información jurídica a un formato de lectura fácil.

d) Medidas de apoyo por terceros, donde encontramos dos figuras: por un lado, el artículo 7 bis 2 d) LEC reconoce el acompañamiento por una persona a elección del mayor vulnerable y, por otro lado, aunque solo alude al discapacitado, la participación de un profesional, llamado facilitador, previsto en su apartado c).

III.1.4. Mejoras procesales en materia de señalamientos y tramitación preferente

La posibilidad de que se practiquen los señalamientos en las primeras horas de audiencia o bien en las últimas, conforme a lo previsto en el artículo183.3 bis LEC, tiene como finalidad que las personas mayores pasen el menor tiempo posible en dependencias judiciales. Dicho cometido podrá ser efectivo si el señalamiento se produce a primera hora no así si se hace a última, pues los retrasos son tan reales como inevitables. Para que así se acuerde, será precisa la correspondiente solicitud (sin olvidar que la norma excluye al colectivo menor de ochenta años). Lo que conduce a preguntarnos ¿qué sucede si esta se presenta tras la notificación del señalamiento? La respuesta que la práctica forense se anticipa a dar es que, una vez presentada, el Letrado de la Administración de Justicia decida, previa audiencia de la parte contraria[35].

En cuanto a la tramitación preferente, más allá del plazo razonable que ya exige el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, esta pretende dotarles de un plus de celeridad y, para ello, el TEDH conmina a los Estados a implementar mejoras que, por ejemplo, incidan en que la prioridad no responda al or-

---

[33] Guía de redacción judicial clara (https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/Gu%C3%ADa%20redacci%C3%B3n%20judicial%20clara.pdf, consulta: 01/03/2025).

[34] Versión en Lectura Fácil (consulta: 01/03/2025).

[35] FONT DE MORA, J., "El impacto de la edad en el proceso civil tras el RDL 6/2023", *op. cit.*

den de llegada de los asuntos. No obstante, si bien es cierto que sí se ha plasmado dicha previsión, debido al numeroso listado de asuntos a los que nuestra legislación reconoce dicha preferencia, lo excepcional se convierte en cotidiano.

En conclusión, el objetivo perseguido es la creación de un sistema de justicia inclusivo donde el edadismo tenga cabida. Un entramado normativo que permita a este colectivo ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con el resto de ciudadanos, promoviendo así también su empoderamiento.

La especialización juriscciccional y el interés superior del menor

LUCANA ESTÉVEZ MENDOZA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II.SECCIONES DE VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. II.1. Creación de las secciones. II.2. Ámbito competencial. II.3. ¿Qué órganos de enjuiciamiento intervienen cuando instruyen las secciones VIA? III. POSIBLES PROBLEMAS ENTRE LAS SECCIONES VIA Y OTROS ÓRGANOS JURISDICCIONALES. III.1. Conflictos de competencia con otras Secciones de los Tribunales de Instancia. III.1.1. Con las Secciones de Violencia contra la Mujer. III.1.2. Con las Secciones de Menores. III.2. Riesgos ante la instrucción por los Tribunales Centrales de Instancia. IV. LA EXPERIENCIA DEL PROYECTO PILOTO DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia sobre menores de edad es una realidad innegable, aunque a veces resulta difícil de detectar por acontecer en ámbitos concretos de intimidad y supuesta protección, como en la familia o la escuela. En 2023, fueron víctimas de delitos contra las personas un total de 20.510 menores, de delitos contra la libertad 10.439, de delitos contra la libertad sexual 9.185 y de relaciones familiares 1.647[1].

En este contexto, la protección de los menores de edad se convierte en una obligación de los poderes públicos, conforme a las normas nacionales (artículo 39 de la Constitución Española), europeas (artículo 3 del Tratado de la Unión Europea) e internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño de 1989).

---

[1] MINISTERIO DEL INTERIOR, *Estadísticas de Criminalidad, Series anuales, Victimizaciones, (*https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/datos.html?type=pcaxis&path=/Datos4/&file=pcaxis, consulta: 5/5/2025).

El legislador español es consciente de ello desde hace años, por lo que ha ido desarrollando un cuerpo normativo para la defensa de los derechos de los menores de edad y su protección frente a la violencia, destacando la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Especialmente relevante es esta última, que da una respuesta multidimensional frente a los factores de riesgo y las consecuencias que este fenómeno acarrea, además de establecer el principio de especialización de autoridades judiciales, fiscalía y equipos técnicos, planteando la instauración de Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia.

Si bien el plazo para concretar esta especialización era de un año desde la entrada en vigor de la norma, vencido en junio de 2022, hasta 2025 poco o nada se había hecho para cumplir con este mandado, al margen del proyecto piloto puesto en marcha en Las Palmas de Gran Canaria, consistente en transformar el Juzgado de Instrucción nº 3 en un Juzgado de violencia contra la infancia y la adolescencia[2].

Ha sido la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia la que, al reformar el modelo de organización judicial[3], prevé la especialización de órganos jurisdiccionales y que una de esas especialidades sea la violencia contra la infancia y la adolescencia -en adelante VIA-, que podrá ser objeto de secciones específicas en los Tribunales de Instancia (artículo 89 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio -en adelante LOPJ-).

El propósito de este trabajo es analizar las secciones VIA y las herramientas que, a la luz de lo establecido para el Juzgado piloto de Las Palmas, se plantean como necesarias para su gestión diaria y funcionamiento. El fin

---

2 CGPJ, *Canarias crea el primer Juzgado de Violencia contra la Infancia de España*, 23 de febrero de 2021, (https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Canarias/En-Portada/Canarias-crea-el-primer-Juzgado-de-Violencia-contra-la-Infancia-de-Espana-, consulta: 10/10/2025).

3 DEAÑO RODRÍGUEZ, J.L., "Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero: los tribunales de instancia", *Notariado del s. XXI, nº 123, septiembre-octubre 2025, (*https://www.elnotario.es/opinion/opinion/13626-ley-organica-1-2025-de-2-de-enero-los-tribunales-de-instancia, consulta: 10/10/2025).

es valorar si con la especialización se logra proteger al menor y hacer valer su interés superior, o si estos valores peligran en un entramado organizativo centrado en la eficacia y la eficiencia.

II. SECCIONES DE VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

II.1. Creación de las secciones

El germen para la creación de órganos especializados en violencia contra la infancia y la adolescencia se encuentra en la Disposición final vigésima de la LO 8/2021.

La especialización implica preparar a alguien o a algo en una rama determinada, para limitarse a ella o cumplir un fin determinado. Esta idea permitía, al amparo del vaciado de contenido artículo 98 LOPJ, crear o destinar órganos jurisdiccionales existentes, con carácter exclusivo, al conocimiento de determinadas clases de asuntos o de ejecuciones propias de un orden jurisdiccional, para dar respuesta especializada a temas concretos. La misma especialización subyace ahora en la LO 1/2025[4], si bien su justificación parece responder a razones funcionales, ya que considera su falta una «disfunción» derivada de la organización judicial tradicional y su existencia una «cualidad» de la eficiencia organizativa (Exposición de motivos, II. 7 y III.3).

El artículo 84 LOPJ, según la redacción de la LO 1/2025, establece que habrá un Tribunal de Instancia en cada partido judicial, con sede en su capital, diseñando su estructura mínima, sustentada en secciones integradas por uno o más jueces. Como regla general, se compondrán de sección civil y sección de instrucción, en sección única o en secciones separadas. El párrafo 2.2 de esta disposición permite la creación de otras secciones, algunas especializadas por materias, nuevas o sobre la base de órganos pre-

---

[4] Ver pros y contras del modelo de especialización en "BACHMAIER., L., «La implantació de jutjats especialitzats en violencia contra els menors és una mesura innecessària»", *IurisCrimPol, Blog dels Estudis de Dret i Ciència Política, 6 de marzo de 2024, (* https://blogs.uoc.edu/edcp/ca/lorena-bachmaier-la-implantacio-de-jutjats-especialitzats-en-violencia-contra-els-menors-es-una-mesura-innecessaria/, consulta: 20/10/2025).

existentes: familia, infancia y capacidad, mercantil, violencia sobre la mujer, violencia contra la infancia y la adolescencia, penal, menores, vigilancia penitenciaria, contencioso-administrativo o social.

Con respecto a las secciones VIA, la LO 1/2025 no prevé la creación de un número mínimo, sino que su instauración representa un modelo de especialización por razón de la carga de trabajo, ya que según el artículo 89 bis LOPJ podrán o no existir, estableciendo en caso de ausencia quien ejercerá sus competencias. Esto es:

- De instaurarse, tendrán jurisdicción en todo el partido judicial. Excepcionalmente, el Gobierno podrá acordar por real decreto, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial y en su caso, con informe de la Comunidad Autónoma, extender su jurisdicción a dos o más partidos en una misma provincia (párrafo 3 artículo 89 bis).
- Donde no hubiere una sección de este tipo, pueden conocer sus asuntos la sección de instrucción o la sección única de lo civil y de instrucción, de forma exclusiva o no.

En base a estas reglas, las previsiones son que se creen secciones VIA sólo en partidos judiciales medianos y grandes[5]. De momento, sólo se ha decretado la creación de tres de estas secciones, en Madrid, Barcelona y Málaga, con una plaza cada uno[6]. La duda que, personalmente, se me plantea se refiere al caso de Las Palmas, pues a pesar de contar con el proyecto piloto del juzgado de violencia contra la infancia y la adolescencia sobre la base de la LO 8/2021, no consta que se haya previsto específicamente sección que lo asuma en desarrollo de la LO 1/2025.

---

[5] BORRAZ, M., "España arranca tres años después la creación de juzgados especializados en violencia a la infancia que exige la ley", *El Diario.es,* 25 diciembre 2024, (https://www.eldiario.es/sociedad/espana-arranca-tres-anos-despues-creacion-juzgados-especializados-violencia-infancia-exige-ley_1_11924025.html, consulta: 25/5/2025).

[6] *Vid.* Real Decreto 22/2025, de 3 de junio, por el que se dotan nuevas plazas en Secciones de Violencia sobre la Mujer, se crean Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, y se amplía y modifica la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal, artículos 1 letra c) y 5. (BOE nº 134, 4/6/2025).

II.2. Ámbito competencial.

Desde el punto de vista de la competencia objetiva, las secciones VIA se crean para conocer de actos violentos cometidos contra menores en España.

La violencia a la que se refiere se define en el artículo 1.2 LO 8/2021 como «toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital». La misma disposición aclara qué son actos violentos, al disponer que la violencia engloba «el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar».

En cuanto a los menores de edad, en la legislación española es toda persona que no ha alcanzado los 18 años. Desde que se nace hasta que se alcanza la mayoría de edad las personas pasan por distintas etapas de desarrollo y madurez, lo que permite clasificarlas en niños, hasta los 5 años, infante hasta los 12[7] y adolescente a partir de los 13 años[8], con carácter general.

La competencia funcional se determina en el artículo 89 bis.5 LOPJ, coincidente con el nuevo artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

---

7 ALDEAS INFANTILES, "¿Qué es la infancia y la primera infancia? ¿Cómo acompañar estas etapas de la vida?", *#ESPECIALSOS, 11 mayo 2022, (*https://www.aldeasinfantiles.org.co/noticias/2022/que-es-la-infancia-y-la-primera-infancia, consulta: 25/5/2025).

8 SERAPIO COSTA, A., "Realidad psicosocial: La adolescencia actual y su temprano comienzo", en *Revista de Estudios de la Junventud, nº 73, Adolescencia y comportamiento de género, 1 junio 2006, pág.12, (*https://www.injuve.es/sites/default/files/revista73_1.pdf, consulta: 25/5/2025).

(en adelante LECrim), de acuerdo con los cuales su actuación se limita al ámbito penal y se concreta, en:

- La instrucción de procesos para exigir la responsabilidad penal por determinados delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, los contenidos en los títulos relativos a: i) homicidio, aborto, lesiones o lesiones al feto; ii) delitos contra la libertad, delito de torturas y contra la integridad moral, delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, delitos contra el honor, delitos contra las relaciones familiares, o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación; iii) delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis del Código Penal; iv) delito de quebrantamiento del artículo 468 del Código Penal.
- La adopción de medidas cautelares.
- El conocimiento y fallo de delitos leves, entendiendo por éstos los castigados con alguna de las penas previstas en el artículo 33.1 del Código Penal.
- El dictado de sentencias de conformidad con la acusación formulada, ahora no sometido a límite penológico.
- La emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que la ley le atribuye.

Según el artículo 14 LECrim, las secciones VIA tendrán competencia territorial para actuar en los asuntos relativos a los delitos mencionados cuando se hayan cometido en el territorio del partido judicial en que se encuentran. Rige pues el criterio de *forum delicti commissi*. De acuerdo con el artículo 15 LECrim, si no se conociera el lugar de comisión del delito, la competencia se atribuirá, a la sección del término municipal, partido o circunscripción en que: i) se hayan descubierto pruebas materiales del delito; ii) el presunto reo haya sido aprehendido; iii) de residencia del reo presunto o iv) de cualquiera que hubiese tenido noticia del delito.

Estos criterios subsidiarios de determinación de la competencia territorial no varían conforme a lo estipulado hasta la reforma de 2025, pero sí se introduce una novedad, la regla de inhibición en favor del órgano competente especializado, tan pronto como conste el lugar en que se hubiese cometido el delito. Esta previsión resulta especialmente relevante, pues, aunque la remisión sea de un Tribunal de Instancia a

otro, puede ocurrir que en el lugar en que se ha iniciado la investigación no exista sección VIA y al que se remita sí o a la inversa, por lo que habría que valorar si no podría suponer un detrimento o menoscabo del interés superior del menor. Cierto es que para que tal situación se diera, habría que ver si donde no existieran secciones especializadas en esta materia existen o no herramientas o espacios físicos adaptados como los que se han establecido en el juzgado piloto de Las Palmas, a los que se hará referencia posteriormente.

II.3. ¿Qué órganos de enjuiciamiento intervienen cuando instruyen las secciones VIA?

Si bien las secciones VIA pueden juzgar y sentenciar en casos de delitos leves, cuando el ámbito de su competencia se limita a labores de instrucción, en el desarrollo del proceso penal intervienen otros órganos encargados del enjuiciamiento de la causa cuya víctima es un menor de edad.

Por un lado, se atribuye competencia enjuiciadora a las secciones de lo penal del Tribunal de Instancia de la circunscripción donde el delito fue cometido, cuando se trate de causas por delitos castigados con penas de prisión de duración inferior a 5 años, de multa cualquiera que sea su cuantía, o de distinta naturaleza cuya duración sea inferior a 10 años. Sin embargo, estas secciones de los Tribunales de Instancia no gozan de especialización en violencia contra menores de edad. Para mantener la coherencia con el principio de especialidad, se prevé, en función del número de asuntos, que se especialicen una o varias plazas judiciales de esta sección para enjuiciar los casos de violencia contra menores de manera más adecuada (artículo 90.3 LOPJ).

Por otro lado, las Audiencias Provinciales, según el artículo 82 LOPJ, conocerán de las causas por delito, a excepción de las atribuidas a las secciones de lo penal de los Tribunales de Instancia o a otros Tribunales previstos en la misma norma. Por tanto, les corresponde conocer de los delitos castigados con pena de prisión superior a 9 años o penas de distinta naturaleza superior a 10 años. Resulta, cuanto menos curioso, que la referencia a la especialización en este nivel se haga con una técnica legislativa a mi parecer poco adecuada, vinculada a los recursos, para que secciones especializadas conozcan de aquéllos planteados contra las resoluciones en materia penal dictadas por las secciones VIA y, a partir de ahí, se les otorga también competencia para el enjuiciamiento en primera instancia de asuntos instruidos por dichas secciones VIA (artículo 82.3 LO 1/2025).

III. POSIBLES PROBLEMAS ENTRE LAS SECCIONES VIA Y OTROS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

III.1. Conflictos de competencia con otras secciones de los Tribunales de Instancia

Esta especialización de los Tribunales de Instancia, en la práctica, puede plantear problemas, a mi juicio, en dos casos: cuando los delitos violentos cometidos contra menores de edad estén vinculados con delitos de violencia contra la mujer y cuando también el autor de tales delitos sea un menor de edad. En ambos supuestos, *a priori,* se van a suscitar cuestiones de competencia entre estas secciones y las secciones de violencia contra la mujer, de un lado y de menores, de otro, todas del Tribunal de Instancia.

La normativa prevé este conflicto, indicando únicamente como vía de solución que las potenciales cuestiones de competencia, en materia penal (además de civil), entre jueces, juezas, magistrados y magistradas de un mismo o distinto Tribunal de Instancia de la provincia, serán resueltas por las Audiencias Provinciales (artículo 822 LOPJ). Si bien legislativa y procesalmente la técnica de solución del problema es correcta, habrá que esperar a que estos casos se den, para tener una idea de a qué sujetos, todos vulnerables, da prioridad la autoridad provincial para decantarse por una u otra sección para que asuma el caso. El riesgo que esta técnica genera es que se puedan seguir criterios muy dispares según el territorio en que se planteen, que existan o no en ellos secciones VIA o incluso, de estar constituidas, de su estado de desarrollo o de los recursos de que dispongan.

III.1.1. Con las secciones de violencia contra la mujer

El artículo 89.5 LOPJ establece las competencias, en el orden penal, de las secciones de violencia contra la mujer. Del elenco de materias que le atribuye, a mi entender, son susceptibles de generar un potencial conflicto competencial sólo las previstas en las letras a, b, d y g, que les otorgan: por un lado, competencia para la instrucción de las mismas conductas atribuidas a las secciones VIA, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los

cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores[9] y de delitos contra las relaciones familiares, cuando la víctima sea alguna de las indicadas, la mujer, descendientes o menores y del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468; y, por otro lado, el enjuiciamiento de los delitos leves, cuando la víctima sea alguna de las señaladas.

La única diferencia de atribución de competencia radica pues en que la vinculación a las secciones de violencia sobre la mujer se produce si la motivación o intención de atentar contra los menores es hacer daño a la mujer, a la madre en muchas ocasiones, en otras palabras, si se trata de casos de lo doctrinalmente conocido como violencia vicaria[10].

¿Es suficiente, tal motivo, para extraer al menor de los recursos que, a juzgar por el proyecto piloto de Las Palmas, lleva aparejada la instrucción ante la sección VIA? La respuesta que me atrevería a dar es que quizás no. ¿Es tal medida respetuosa con el interés superior del menor? Personalmente me resulta cuanto menos dudosa, de ahí que me plantee si se podría articular algún sistema de colaboración entre secciones o sus responsables o, de previsión de uso de los recursos que se establezcan para la sección VIA por las secciones de violencia sobre la mujer[11]. La legislación nada señala al respecto, pero vía normas de desarrollo se podría abordar esta cuestión para permitir algún mecanismo similar al propuesto.

---

9 BARRO, C., "Sin rastro de los juzgados de violencia contra los menores tres años después de la aprobación de la ley de infancia", *Diario Público*, 9 de abril de 2024 (https://www.publico.es/sociedad/rastro-juzgados-violencia-menores-tres-anos-despues-aprobacion-ley-infancia.html, consulta: 22/9/2025).

10 MAGRO SERVET, V., "Las nuevas secciones de violencia contra la infancia y adolescencia de los tribunales de instancia investigarán la violencia vicaria", *Diario La Ley, nº 10647, Sección Doctrina, 20 de Enero de 2025.*

11 Algún autor propone, para evitar el solapamiento competencial, refundir en en uno solo los tribunales especializados, usando la existente red de juzgados de violencia contra la mujer. *Vid. T*AMARIT SUMALLA, J.M., *"Los nuevos tribunales de violencia contra la infancia", IurisCrimPol, Blog de los Estudios de Derecho y Ciencia Política,* 12 de febrero de 2025, (https://blogs.uoc.edu/edcp/es/nuevos-tribunales-de-violencia-contra-la-infancia/, consulta: 5/5/2025).

III.1.2. Con las secciones de menores

El artículo 91 LOPJ dispone que «corresponde a las secciones de menores de los Tribunales de Instancia el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o delito leve y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes, así como de la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley».

Según la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor 5/2000, de 12 de enero (en adelante LORPM), corresponde al Juez de Menores (tras la LO 1/2025, se entiende que a la sección de menores del Tribunal de Instancia), el conocimiento de los hechos delictivos cometidos por menores de edad y las responsabilidades civiles derivadas de ella, dejando en manos de los Juzgados Centrales de Menores de la Audiencia Nacional (desde la LO 1/2025, sección de menores del Tribunal Central de Instancia) el conocimiento de delitos de terrorismo cometidos por menores (artículos 571 a 580 del CP) o de delitos que estos cometan en el extranjero, cuando en base al artículo 23 LOPJ se puedan juzgar en nuestro país.

Hasta aquí, parece compatible el hecho de que el proceso penal en que el autor es un menor de edad se enjuicie por estos órganos judiciales especializados, en tanto que las secciones VIA carecen de competencias de enjuiciamiento, con carácter general, con la excepción de los delitos leves, donde sí se platearía un conflicto.

La potencial problemática no acaba ahí, dado que los artículos 16 y siguientes LORPM, atribuye la instrucción del procedimiento de menores al Ministerio Fiscal quien, una vez decida incoar expediente, tras la realización de las correspondientes diligencias, dará cuenta a la autoridad judicial correspondiente. Este rasgo sí choca frontalmente con la instrucción encomendada a las secciones VIA cuando la víctima del delito es menor edad. Me resulta preocupante dado que no son pocos los casos en que la historia jurisprudencial de nuestro país revela que, en delitos cometidos por menores de edad, las víctimas son también menores de edad. La solución a esta controversia se presenta compleja, pues o se modifica la LORPM, lo que se me antoja casi imposible, o depende de calibrar a qué interés superior del menor dar prevalencia, si al de la víctima o al del delincuente.

Como solución intermedia, me atrevería a proponer algo similar a lo planteado respecto a los casos de violencia vicaria, que se regule el posible uso de los recursos que se prevean o instauren para las secciones VIA por

parte de la fiscalía, dado que en el proceso de menores también se cuenta con un equipo técnico especializado que podría actuar, quizás, respecto a los dos menores, bien con una misma composición, bien con formaciones distintas, realizando las modificaciones legislativas pertinentes para ello.

III.2. Riesgos ante la instrucción por los Tribunales Centrales de Instancia

Los Tribunales Centrales de Instancia, previstos en el artículo 95 LOPJ, resultan similares a los antes denominados Juzgados Centrales, si bien ahora se estructuran en secciones y presentan alguna modificación competencial. No obstante, tienen sede en Madrid y competencia en todo el territorio nacional.

Respecto a éstos, cuando el delito contra el menor, infante o adolescente sea alguno de los previsto en el artículo 65 LOPJ, la instrucción de la causa se deriva a la sección de instrucción del Tribunal Central de Instancia, donde no parece haber previsión de que se cree una sección VIA. Si bien podría entender que la razón de esta ausencia es coherente con el volumen de casos y la carga de trabajo a la que responde la creación de estas secciones especializadas, según la LO 1/2025, no resulta tan acorde a la finalidad de dar respuesta adecuada a un problema concreto como es la protección de la infancia y la adolescencia, en definitiva, a poner en valor el interés superior del menor sea cual sea la instancia que conozca el caso en que éste es víctima.

El riesgo que esta falta de especialización conlleva se traslada a la fase de enjuiciamiento de estos casos, que, dependiendo de la pena prevista para el delito en cuestión, corresponderá a la sección penal del Tribunal Central de Instancia o la Audiencia Nacional, sin que en ninguno de estos niveles se prevea especialización en atención a la edad de la víctima. Ello resulta acorde a la falta de previsión de especialización en la sección de instrucción del Tribunal Central de Instancia, pero de dudosa legitimidad si se quiere defender el interés superior del menor y su adecuada protección en todos los niveles jurisdiccionales.

IV. LA EXPERIENCIA DEL PROYECTO PILOTO DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

El proyecto piloto puesto en funcionamiento en Las Palmas en febrero de 2021, supuso que el Juzgado de Instrucción nº 3 de la capital fuera objeto de modificación para asumir con carácter exclusivo la investigación de

delitos cometidos contra menores, infantes y adolescentes[12]. Tras su primer año, se prorroga su funcionamiento, dado el incremento de número de casos de violencia contra la infancia que se han detectado y las ventajas para la protección del menor y la reducción de su victimización secundaria que se considera conlleva[13].

Como datos del proyecto, lo más relevante, es abordar mínimamente, cuáles han sido las medidas o recursos que se han implementado para que el trato con los menores sea más cercano, más adecuado a su edad y más apto para conseguir tratar con especialidad con ellos cuestiones esenciales para la instrucción. Se distinguen[14]:

- Medidas legales, entre las que se encuentran el diseño de una exploración especializada de los menores, encargada al Instituto de Medicina Legal y al personal del Hospital Materno-Infantil; la atribución del valor de prueba preconstituida a la declaración tomada al menor de 14 años y la previsión de evitar la confrontación entre el menor y el investigado, en coherencia con el cumplimiento de la normativa específica de protección de la infancia.
- Adicionalmente, se preparó el proyecto «Vía Libre a la Infancia»[15], que establece criterios de actuación con menores de edad para el grupo adscrito a la policía judicial y un mecanismo para gestionar la operatividad propia de estos casos a nivel interno del juzgado, con su identificación a través del color verde, su carácter reservado y la comunicación directa con los familiares del menor, que persigue una mayor protección sin estigmatización.

---

12 CGPJ, "Canarias crea el primer Juzgado de Violencia contra la Infancia de España", *op. cit.*

13 CGPJ, "El Juzgado de Violencia contra la Infancia registra un incremento de casos del 66,3%", *Comunicación del Poder Judicial, 23 de octubre de 2023, (*https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Canarias/En-Portada/El-Juzgado-de-Violencia-contra-la-Infancia-registra-un-incremento-de-casos-del-66-3—, consulta: 20/10/2025).

14 Una descripción detallada de las medidas que se explican, además de otras destinadas a organismos concretos y los protocolos de actuación que las acompañan se pueden consultar *Guía de actuación del juzgado piloto de violencia contra la infancia y la adolescencia del Partido Judicial de Las Palmas de Gran Canaria,* 2022, (https://www.icalpa.es/sites/default/files/DOCUMENTOS/NOTICIAS/Noticias/2022/guia_y_anexo_.pdf, consulta: 20/10/2025).

15 *Ibídem*, pág. 25 y ss.

Entre las medidas de funcionamiento, se articulan las siguientes:

- Un protocolo para la recepción y acompañamiento del menor. Se adapta el sistema de entrada al juzgado, con un itinerario determinado guiado de fuera a dentro (existen tres posibles: normalizado, riesgo de confrontación y riesgo externo[16]) que permite la entrada inmediata al edificio, sin tener que someterse al control de seguridad, en horas concretas, tempranas, para evitar el trasiego diario del juzgado; se establece un punto de encuentro de la infancia (en la torre 4, planta 5, de la Ciudad de la Justicia), identificado con un muñeco que simula un juez con toga y zapatillas deportivas llamado «Togui», en el que se cita al menor treinta minutos antes del momento en que es citado el investigado; se designa personal para asumir el primer contacto con el menor y gestionar su papel en esta fase de investigación y audiencia; se le recibe con un regalo de bienvenida, «la togui-mochila», verde (que también es nevera), en la que se incluye material de distinto tipo, como lápices o libretas.
- La instauración de espacios de deambulación y esparcimiento, a través de las salas de espera y la sala velleda (con una pizarra que ocupa toda la pared, césped y algunos asientos tipo *puff),* en la que puedan esperar el momento en que les tomarán declaración o después, mientras se realizan ciertas valoraciones. En ellas, según la edad del menor, pueden escoger algún juego, hacer uso de sistemas de realidad virtual, seleccionar un libro del banco de libros que se ha creado al efecto, dibujar en la velleda, usar una tablet gigante, si son menores de 12 años… Para preparar al menor para el día de su audiencia, se ha diseñado, para menores de entre 7 y 12 años, un cuento titulado «Hoy vamos al juzgado»[17] y para adolescentes mayores de 13 años una aplicación con el mismo nombre con la que, haciendo un viaje interactivo a través de las 8 islas, se le adelanta qué va a encontrar en el tribunal el día en que debe comparecer[18], todo ello gestionado en un entorno informal, amigable, de lenguaje claro y adaptado al

---

16 *Guía de actuación del juzgado piloto de violencia contra la infancia y la adolescencia del Partido Judicial de Las Palmas de Gran Canaria, op. cit.*, pág. 29

17 *Vid.* https://clave-a.org/descargas/Hoy_vamos_al_juzgado.pdf (el que esta sale un libro para menores de 7 años), consulta: 20/10/2025.

18 CGPJ, "El Juzgado de Violencia contra la Infancia lanza una 'app' para adolescentes", *Comunicación del Poder Judicial,* 14 de noviembre de 2023, (https://www.poderjudicial.es/cgpj/ca/Poder-Judicial/Sala-de-Premsa/Hemeroteca/El-Juzgado-de-Violencia-contra-la-Infancia-lanza-una–app–para-adolescentes, consulta:

menor, su edad y capacidad de comprensión e interacción. En ellas, el menor interactúa con el Letrado de la Administración de Justicia y una psicopedagoga.

- Se establecen las salas Gesell 2.0, compuestas por dos espacios separados: Uno destinado a la exploración y entrevista, que permite que se grabe audio y video de lo que en ella ocurre, estando interconectada para la interactuación con el segundo espacio. El segundo, destinado a la observación y control, debe contar con una o dos televisiones de al menos 50 pulgadas, donde se encuentran los integrantes del proceso -juez o magistrado, fiscal, LAJ, abogado del menor, investigado y su abogado-, en la que lo grabado se integra directamente en el sistema de gestión procesal canario, Atlante, para su posterior uso en la vista oral. Se prevé también la posibilidad de externalizar la sala Gesell, haciendo uso de un dispositivo móvil de videograbación denominado «*Bird*», que permite practicar la prueba preconstituida fuera de la sede judicial, trasladándose sólo el juez o magistrado.

La experiencia de este proyecto ha sido valorada, por diversas instancias, como una experiencia muy positiva, referente a nivel nacional e incluso podría serlo a nivel internacional, planteándose en el archipiélago su extensión a otras islas[19]. Ello, por un lado, ha justificado peticiones formales de creación de plazas judiciales contra la infancia que[20], no obstante, por ahora no se han visto concretadas y, por otro, ha supuesto que en la formación especializada que la LO 1/2025 prevé para el personal de la Administración de Justicia ocupe un rol esencial el titular del Juzgado de este proyecto piloto[21].

20/10/2025) La app se puede visualizar en https://clave-a.org/lo-que-debes-saber/vamos-al-juzgado/ , consulta: 20/10/2025).

19 CGPJ, "El Juzgado de Violencia contra la Infancia registra un incremento de casos del 66,3%", *op. cit.*

20 CGPJ, "El TSJC pide 10 nuevas plazas judiciales para combatir la violencia sobre la mujer y contra la infancia en Canarias", *Comunicación Poder Judicial, 1 de abril de 2025, (*https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Canarias/En-Portada/El-TSJC-pide-10-nuevas-plazas-judiciales-para-combatir-la-violencia-sobre-la-mujer-y-contra-la-infancia-en-Canarias, consulta: 20/10/2025).

21 CGPJ, "Tomás Martín: «Las Palmas se ha convertido en un referente en formación contra la violencia hacia los menores»", *Comunicación Poder Judicial, 20 de mayo de 2025, (*https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Canarias/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-

V. CONCLUSIONES

La previsión de secciones VIA en la legislación española representa un avance importante en la justicia especializada. Ha supuesto un primer paso, consistente en resaltar la necesidad o casi obligación de instruir con perspectiva de infancia. Sin embargo, ha dejado para el futuro la determinación de para cuándo se podrá juzgar efectivamente con esa perspectiva en un modelo judicial en que el eje ha de ser la protección del menor y la defensa de su interés superior.

Ahora bien, el diseño planteado por el legislador conlleva ciertos riesgos que no pueden obviarse. Por un lado, riesgos de carácter estructural, dada la optatividad para instaurar estas secciones, que puede generar desigualdades territoriales, al hacer depender su creación de la carga de trabajo de los tribunales y desigualdades tutelares, pues la justicia especializada no alcanza a todos los niveles judiciales, o al menos no de igual manera. Por otro lado, existen riesgos competenciales, por los conflictos con otras secciones que se pueden generar, respecto a los que se plantean dudas diversas: ¿es suficiente con la previsión legal de que los conflictos de competencias se resuelvan por la Audiencia Provincial para hacerles frente?, o ¿requerirá su solución de una regulación futura?. Las diferentes actuaciones en este contexto ¿podrán ser fuente de recursos bajo la alegación de posible afectación a las pruebas?

En definitiva, a pesar del importante paso que suponen estas secciones especializadas para tratar de garantizar la protección durante el proceso de los menores víctimas de delitos, para alcanzar su efectiva protección en todos los niveles jurisdiccionales y en todo el territorio nacional queda aún mucho trabajo por hacer, donde resultará esencial concienciar, formar y colaborar.

---

de-prensa/Tomas-Martin—Las-Palmas-se-ha-convertido-en-un-referente-en-formacion-contra-la-violencia-hacia-los-menores—, consulta: 20/10/2025).

El derecho a la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados

AINHOA MARIA GOÑI IRULEGUI

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra

ÍNDICE: I. LA CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. II. LA PROTECCIÓN JURIDICA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. II.1. El derecho a la asistencia jurídica como garantía de efectividad de los derechos del menor. II. 2. La consideración del menor en la Ley Orgánica 5/2024, del derecho de defensa. III. LA ASISTENCIA JURIDICA DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DETERMINACION DE LA EDAD. III. 1 El procedimiento para la determinación de la edad. III. 2 El Proyecto de ley por el que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular el procedimiento de determinación de la edad. IV. LA ASISTENCIA JURIDICA DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACION DE RESIDENCIA. V. CONCLUSIONES.

I. LA CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

En el contexto de la migración internacional, la situación de los menores de edad que llegan solos a territorio español despierta una especial sensibilidad y preocupación por la situación de desvalimiento y desamparo de estos niños y niñas y adolescentes, que quedan abandonados a su suerte[1]. En el argot común, se les conoce por el acrónimo MENA (Menores Extranjeros No Acompañados)[2]; sin embargo, su uso es desaconsejado, dada

---

1 DEFENSOR DEL PUEBLO, *Niñas y niños extranjeros en España solos o acompañados, Madrid, 2025.*

2 El término «menor no acompañado» se refiere a la persona extranjera menor de dieciocho años cuyo país de nacionalidad no pertenece a la Unión Europea (UE) ni a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) que llegue a territorio español sin venir acompañada de un adulto responsable de ella, ya sea legalmente

la carga subjetiva y de estigmatización de estos colectivos que comporta. El término es a veces evocado con connotaciones de tipo racista o despectivas. A pesar de ello, el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados mantiene el acrónimo «RMENA».

Los niños y niñas en movilidad son particularmente vulnerables y se enfrentan a importantes riesgos, especialmente cuando no están acompañados o están separados[3]. El término vulnerabilidad ampliamente utilizado en los textos normativos y jurisprudenciales indica la circunstancia en que una persona puede verse expuesta a una o varias situaciones de riesgo[4].

El Tribunal Constitucional se ha referido en varias ocasiones, con cita de la STEDH de 21 de julio de 2022, asunto Darboe y Cámara c. Italia, a la situación de «especial vulnerabilidad en que se encuentran los menores no acompañados», y ha puesto de relieve «la importancia de la protección de sus derechos» y la «aplicación del principio de presunción de minoría de edad» «como un elemento inherente a la protección de derecho al respeto de la vida privada de una persona no acompañada que declara ser menor de edad» (entre otras, la STC 130/2022, de 24 de octubre, la STC 40/2023, de 8 de mayo, STC 43/2025, de 12 de febrero).

El Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos en el contexto de la migración internacional, reconoce la doble vulnerabilidad de los menores en el contexto de la migración internacional: (i) como menores; y (ii) como menores afectados por la migración. Pero, en el caso de los no acompañados, se añade una (iii) tercera vulnerabilidad derivada de la ausencia de un adulto que ejerza la patria potestad o la tutela de los derechos de ese menor.

Partiendo de la compleja situación de desamparo de estos menores no acompañados, el propósito de este estudio es abordar la situación jurídica de los chicos y las chicas menores de 18 años, migrantes, en los momentos inmediatamente posteriores a su localización, una vez que la tutela es asu-

---

o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación.

3 EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Mapping Child Protection Systems in the EU–Update 2023*, Viena, 2024.

4 Sobre el concepto de vulnerabilidad cfr. J. HERRING, *Vulnerability, Childhood and the Law*, (cap. II, *What is Vulnerability), Springer, Oxford, 2018, págs. 9-10.*

mida por las Administraciones. La reflexión tiene por esencia analizar el aseguramiento a estos menores de una defensa jurídica en los momentos de particular necesidad, esto es, en los procedimientos de determinación de la edad y obtención de la autorización de residencia, a fin de permitirles ejercer sus derechos frente a la inacción de la Administración, y para sostener sus pretensiones.

II. LA PROTECCION JURIDICA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Sobre la protección jurídica de los menores extranjeros no acompañados confluye, por un lado, la normativa en materia de protección de menores a secas, y, por otro lado, la normativa de extranjería. En materia de protección del menor y a nivel internacional, debe tenerse en cuenta la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que consagra el principio general del interés superior del menor y su derecho a ser oído (art. 12 CDN). A nivel interno la principal norma aplicable a los menores de edad es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)[5], que, en el artículo 12, enuncia las distintas actuaciones de protección que deben adoptar los poderes públicos.

Por lo que respecta a la normativa de extranjería, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (LOEX), regula de manera específica la situación de los menores extranjeros no acompañados. En su art. 35.3, bajo la rúbrica «Menores no acompañados», dispone que en los «supuestos en que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizaran las pruebas necesarias».

---

5 EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA): Mapping Child Protection Systems in the EU - Update 2023, Viena, 2024.

La normativa estatal en materia de extranjería relativa a menores extranjeros no acompañados se completa con el Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ha derogado el anterior Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. El nuevo Reglamento dedica a los «Menores no acompañados» el Capítulo III del Título IX, que comprende los artículos 165 a 174, sin introducir cambios (exp. de motivos). En ellos se regulan los procedimientos de determinación de edad (art. 166), de repatriación (art. 167 a 171), de otorgamiento de la autorización de residencia (art. 172) o su renovación una vez alcanzada la mayoría de edad (arts. 173 a 174).

II.1. El derecho a la asistencia jurídica como garantía de efectividad de los derechos del menor

Es evidente que los menores deben contar con una asistencia letrada y además específica que les informe y les asesore, porque los menores, tan pronto como son localizados, deben hacer frente a distintos procedimientos administrativos que determinarán su destino. Y, si bien disponen de la asistencia que les preste un tutor legal (la Administración), existe serio riesgo de que sus intereses no sean plenamente defendidos, porque la Administración «en muchos casos, está llamada al tiempo a ser juez y parte al ser la competente para resolver sobre ese mismo procedimiento»[6]. La Administración se mueve en una especie de conflicto de intereses entre, por un lado, el impulso y resolución del procedimiento y, por otro, la defensa de los derechos del menor.

Así las cosas, la designación de abogado de oficio, a falta de un abogado particular que en muchos casos resulta inasumible para los niños en una situación especialmente vulnerable y de indigencia, constituye una garantía ineludible de defensa de los derechos del menor no acompañado para hacer plenamente efectivo su derecho a expresar sus opiniones sobre todos los aspectos que afectan a sus vidas, también como parte integrante de los procedimientos de inmigración y asilo, y para que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta.

---

6 NAVARRO MANICH, J.A., FERNÁNDEZ COBO, B., ADELL TRONCHO, B., "El derecho a la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 61, 2023, pág. 201.*

II.2. La consideración del menor en la Ley Orgánica 5/2024, del derecho de defensa

La necesidad de la asistencia jurídica del menor ha cobrado especial importancia a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del derecho de defensa (LODD), que reconoce la función principal de los profesionales de la abogacía en la salvaguarda del derecho de defensa de los sujetos vulnerables, y, en concreto, los menores. Estos son objeto de una regulación específica en los arts. 4 (Derecho a la asistencia jurídica), 6 (Derecho de información), 7 (Derecho a ser oídos), 9 (Derecho a un lenguaje claro en los actos, resoluciones y comunicaciones procesales) y Disposición adicional segunda (Servicio de orientación jurídica).

La Ley Orgánica 5/2024, del Derecho de Defensa, reconoce que los menores tienen derecho a la asistencia jurídica adecuada para el ejercicio de su derecho de defensa, incluyendo la elección de un abogado, la renuncia y sustitución de este, y la calidad de la asistencia. Además, establece que se tenga en cuenta un posible conflicto de intereses con sus representantes legales, solicitando la designación de un defensor judicial si es necesario (art. 4.8 LODD). Dentro del derecho a la defensa, se incluye el derecho a obtener en determinadas circunstancias, asistencia letrada gratuita (SSTC 181/1994, de 20 de junio, y 29/1995, de 6 de febrero). De ahí, el art. 4.4 LODD garantiza derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos y términos establecidos en la Constitución Española y las leyes no solo a las personas que acrediten insuficiencia de recursos sino a personas en situaciones de especial vulnerabilidad (art. 4.4 LODD), como sería el caso de los menores emigrantes no acompañados.

La LODD refuerza el derecho de información del menor, asegurando que sean informados de manera clara, simple y comprensible sobre los procedimientos legales en los que estén involucrados, para defender sus derechos e intereses ante los poderes públicos. La ley exige una adaptación de la información para que los menores, incluso aquellos con discapacidad, puedan entender las resoluciones de forma adecuada a su edad, madurez e idioma (art. 6 LODD). Asimismo, la LODD reconoce el derecho a ser oídos de los menores en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación donde sus derechos o intereses puedan verse afectados y con las garantías del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El derecho a ser oídos implica que el menor, antes de que se dicte la resolución,

pueda expresar su opinión, formular alegaciones, a aportar documentos y utilizar los medios de defensa permitidos por la normativa aplicable al procedimiento.

En conexión estrecha con el derecho de información, la LODD consagra el llamado «derecho a entender»[7], o derecho a la utilización de un lenguaje claro en los actos, resoluciones y comunicaciones procesales, aplicable de forma especial en el caso del menor. Su art. 9 establece que los actos y comunicaciones procesales se deberán redactar en un lenguaje claro, de manera sencilla y accesible universalmente, de forma que permitan conocer a sus destinatarios el objeto y consecuencias del acto procesal comunicado. De igual modo, las resoluciones judiciales, las del Ministerio Fiscal (MF) y las dictadas por los letrados de la Administración de Justicia estarán redactadas en una lengua clara, de manera sencilla y comprensible, de forma que puedan ser comprendidas por su destinatario. Y cuando son los menores los destinatarios de los actos, las comunicaciones y resoluciones referidas anteriormente, la LODD exige que el lenguaje se adapte específicamente a su nivel de comprensión. Y ello, aunque los menores cuenten con asistencia letrada y con la representación de sus progenitores, tutores o defensores judiciales.

Debe ser destacado, por último, que la Disposición adicional segunda mandata a los colegios de la abogacía para que, a través de los servicios de orientación jurídica, presten a las personas toda la información relativa a la prestación de la asistencia jurídica, y en particular a los requisitos para el acceso al sistema de asistencia jurídica gratuita, de manera accesible universalmente y teniendo en cuenta a las personas más desfavorecidas de la sociedad, exigiendo a los poderes públicos que promuevan y apoyen estos servicios, en especial cuando los mismos tengan por objeto la atención a los colectivos en situación de vulnerabilidad, como, en concreto, los menores de edad, personas con discapacidad, personas de la tercera edad, extranjeros, o personas sin recursos económicos o privadas de libertad.

Las dos situaciones más acuciantes de necesidad de asistencia jurídica a que se enfrentan los menores no acompañados nada más ser localizados, son: por un lado, el procedimiento para determinación de la edad; y, por otro lado, el procedimiento para la autorización de la residencia de los

---

7 VALLESPIN PÉREZ, D., "Derecho de información y derecho a entender en la Ley Orgánica 5/2024, del derecho de defensa, *Observatorio de Derecho Público, 16 enero, 2025*.

menores extranjeros no acompañados. Al análisis de los dos referidos procedimientos dedicaré los dos epígrafes siguientes.

III. LA ASISTENCIA JURÍDICA DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD

III.1. El procedimiento para la determinación de la edad

La determinación de la edad es, como ya se apuntó, clave en el devenir del emigrante, porque si se resuelve que es un menor será considerado en situación regular y será objeto de protección inmediata; en cambio, si se resuelve que es un adulto, se le considerará que está en situación irregular pudiendo ser expulsado del territorio nacional. El procedimiento a seguir cuando se localiza a una persona extranjera indocumentada viene determinado por los arts. 12.4 de la LOPJM, 35.3 de la LOEX y art. 166 del Real Decreto 1155/2024[8]. En caso de que no pueda establecerse con seguridad la minoría de edad de un extranjero indocumentado, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, deben, por un lado, informar a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor; y, por otro lado, con carácter inmediato, deben poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 166 RD 1155/2024), procediéndose a la apertura de un expediente específico de determinación de la edad.

Previamente a iniciar el procedimiento, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. El expediente se inicia por decreto de incoación del Ministerio Fiscal. Las pruebas médicas ordenadas por el

---

[8] Así mismo se debe tener en cuenta el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados aprobado mediante Acuerdo de fecha 22 de julio de 2014 entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Ministerio Fiscal se rigen por el principio de celeridad, requieren el previo consentimiento del afectado y un control médico-sanitario especializado y se llevan a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que supongan un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas (art. 12.4 LOPJM). El Ministerio Fiscal recurrirá a las prácticas periciales solo en aquellos casos en que los funcionarios policiales detectaran la presencia de una persona indocumentada[9], cuya minoría de edad pueda resultar dudosa. No se iniciará este procedimiento cuando la minoría de edad no resulte dudosa, ni tampoco en aquellos supuestos en los que la persona no esté indocumentada[10]. El Ministerio Fiscal debe emitir un decreto de determinación de edad, informando de ello al delegado o subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio (art. 166.1 RD 1155/2024).

En la normativa reguladora del procedimiento de determinación de la edad se aprecia una falta clara de previsión del derecho a la asistencia jurídica del menor migrante no acompañado. El menor, si bien presta el consentimiento tras haber sido informado previamente por el Ministerio Fiscal de una serie de los siguientes extremos no concretados en la normativa, no cuenta con un asesoramiento jurídico separado e independiente. Una asistencia jurídica que le garantice eficazmente sus derechos, entre ellos el derecho a ser debidamente informado y a

---

9 La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que si la persona interesada aporta un acta de nacimiento o un pasaporte que no han sido impugnados, no es razonable considerarla indocumentada, a efectos del citado artículo 35.3 de la LOEX. A pesar de ello, el Defensor del Pueblo refiere, en su Informe de 2025, que recibe numerosas quejas que ponen de manifiesto que este criterio jurisprudencial no siempre se aplica, DEFENSOR DEL PUEBLO: Niñas y niños extranjeros en España solos o acompañados, Madrid, mayo, 2025, pág. 95

10 Esto lo ha expresado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, señaladamente en Pleno de la Sala de lo Civil, en la Sentencia 453/2014, de 23 de septiembre, indicando que: «El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad». Así también las SSTS (Sala primera) de 16 de junio de 2020, de 24 de mayo de 2021, de 18 de junio de 2021 y 27 de abril de 2022, entre otras.

conocer las potenciales consecuencias que pueda tener el decreto del Ministerio Fiscal[11].

El Defensor del Pueblo, en el informe monográfico titulado «¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad», recomendó en 2012[12] al Ministerio de Trabajo e Inmigración, la modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con objeto de asegurar el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros indocumentados, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, durante el procedimiento de determinación de la edad. Asimismo, solicitó a la Fiscalía General del Estado que, tras recabarse el informe médico forense, y antes de dictar el decreto que fija la edad, se celebre una comparecencia con el niño o la niña interesado con la debida asistencia y en presencia de intérprete, si resultase necesario, en que se le manifieste el resultado del informe, con indicación de las pruebas utilizadas, para formularse las alegaciones oportunas.

La Fiscalía General del Estado viene proponiendo, desde su Memoria Anual, fechada de 2023[13], como solución a los problemas de falta de garantías jurídicas de protección del menor, el desarrollo de una ley específica reguladora de la determinación de la edad que diseñe un procedimiento judicial, en el ámbito de la jurisdicción civil, con todas las garantías de audiencia y debida asistencia al posible menor, lo que ya se ha puesto en marcha, al existir ya un proyecto de ley aprobado en Consejo de Ministros .

No obstante, esta insuficiencia normativa quedaría algo subsanada por la Ley Orgánica 5/2024, del Derecho de Defensa, que complementa las anteriores disposiciones, al reconocer genéricamente a los menores el derecho a la asistencia jurídica adecuada para el ejercicio de su derecho de defensa, incluyendo la elección de un abogado. Además, establece que se tenga en cuenta un posible conflicto de intereses con sus representantes legales, solicitando la designación de un defensor judicial si es necesario (art. 4.8 LODD).

---

11 NAVARRO MANICH, J.A., FERNÁNDEZ COBO, B., ADELL TRONCHO, B., "El derecho a la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 61, 2023, págs. 198 y 202*

12 DEFENSOR DEL PUEBLO, ¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad, Madrid, 2012, págs. 191-192.

13 Disponible en: https://sl1nk.com/mnfxD.

III.2. El proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil para regular el procedimiento de determinación de la edad.

El 29 de noviembre de 2024, el Consejo de Ministros aprobó el proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil para regular el procedimiento de determinación de la edad. Con ello, pretende dar cumplimiento a la disposición final vigésima cuarta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que mandató al Gobierno para, en el plazo de doce meses desde la aprobación de esta ley, proceder al desarrollo normativo del procedimiento para la determinación de la edad de los menores.

El nuevo procedimiento de determinación de la edad se configura como un procedimiento judicial de naturaleza civil por afectar al estado civil de las personas, suprimiendo el carácter provisionalísimo y cautelar del régimen actualmente vigente y garantizando el control jurisdiccional directo por vía de los correspondientes recursos. En concreto, se configura como un procedimiento judicial declarativo especial dentro del libro IV de la LEC, al que le son aplicables sus disposiciones comunes, de carácter preferente y urgente. La nueva regulación garantizaría la asistencia jurídica gratuita desde el inicio del procedimiento, la asistencia de interprete, y de quien ejerza la representación legal de la persona menor de edad, así como la intervención del Ministerio Fiscal como garante de la legalidad y del principio del superior interés del menor[14]. En este sentido, se incorpora un nuevo apartado 3 en el artículo 750 LEC en el que se establece: «La asistencia letrada a la persona cuya edad sea objeto de determinación, será preceptiva desde el inicio del procedimiento. Con carácter previo a la comparecencia provisional, quien haya sido designado para la defensa deberá mantener una entrevista con la persona cuya edad es objeto de determinación. En ningún caso, la asistencia letrada podrá ser ejercida por

---

[14] A tal efecto, la norma proyectada modifica los artículos 748, 749, 750 y 753 de la LEC con el objeto de configurar el procedimiento de determinación de la edad en el ámbito de los procesos especiales, con la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento, la preceptiva asistencia letrada y de quien asuma la representación legal de la persona cuya edad es objeto de determinación, funciones de defensa y representación que no podrán recaer en una misma persona, y finalmente se establece el carácter preferente del procedimiento

quien ostente la representación legal o guarda de la persona cuya edad sea objeto de determinación».

El proyecto de Ley introduce un nuevo Capítulo V bis, que se estructura en ocho artículos desde el artículo 781 ter hasta el 781 decies. En el artículo 781 quater se recogen los principios rectores por los que se rige el procedimiento, entre los cuales se encuentran: el principio del interés superior del menor; la presunción de minoría de edad; el carácter preferente y urgente del procedimiento; la audiencia a la persona afectada; el derecho a estar informada en un lenguaje comprensible; la asistencia de interprete; la necesidad del consentimiento informado para la realización de pruebas médicas; y la asistencia jurídica gratuita. En consonancia con el último principio, la norma proyectada introduce una nueva letra l) al artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, con el fin de incluir un nuevo supuesto de derecho a la asistencia jurídica gratuita a todas aquellas personas cuya edad sea objeto de determinación conforme al procedimiento regulado en la presente ley y ello con independencia de la existencia de recursos para litigar. Esta asistencia jurídica gratuita es de suma relevancia para los menores no acompañados que se enfrentan a innumerables problemas de desamparo cuando recalan en territorio español, entre otros, no solo la carencia de recursos y, por tanto, la imposibilidad de asumir el coste jurídico de su defensa, sino la necesidad de auxilio o asistencia a la hora de tomar decisiones.

Mientras se aprueba el proyecto de ley, el menor que ha sufrido abandono tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita conforme al art. 4.4 LODD. Ahora bien, se garantiza, como ya se ha señalado, en los casos y términos establecidos en la Constitución Española y las leyes a las personas que acrediten insuficiencia de recursos y a personas en situaciones de especial vulnerabilidad. Y sucede que la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG) reconoce dicho derecho de acceso al beneficio de asistencia jurídica gratuita, pero en procedimientos judiciales y no hace mención a los procedimientos en vía administrativa[15]. Ello no es óbice para que en los procedimientos en los que esté en juego la per-

---

15 NAVARRO MANICH, J.A., FERNÁNDEZ COBO, B., ADELL TRONCHO, B., "El derecho a la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados", *op. cit. pág. 205. El derecho a la asistencia jurídica gratuita en la vía administrativa previa está contemplado solo cuando así se establezca en la legislación específica (art. 1.pfo. 3º), pero no es aplicable al caso de los menores no acompañados.*

manencia es España la persona extranjera pueda solicitar el derecho a la asistencia jurídica gratuita, conforme a la LODD.

IV. LA ASISTENCIA JURÍDICA DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA

El otro procedimiento en que el menor extranjero no acompañado se ve necesitado de asistencia jurídica es el de autorización de residencia, que se regula en el art. 35.7 de la LOEX y el art. 172 del Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de extranjería. De acuerdo con el art. 35.7 LOEX, una vez que quede acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraen al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

El menor tiene derecho a una autorización de residencia *ex lege* cuya vigencia se retrotrae al día en que fue entregado a los servicios de protección de menores, por lo que la residencia de los niños y niñas y adolescentes que sean tutelados en España por una Administración Pública o, en virtud de resolución judicial, por cualquier entidad, se considerará regular. Ahora bien, la normativa obliga al representante del menor a solicitar, dentro de un plazo, la autorización de residencia ante las Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno con el fin de documentarlos. Antes de la reforma de octubre de 2021 (Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre), el plazo para solicitar la autorización de residencia era de nueve meses (art. 196 de Real Decreto 557/2011, de 20 de abril). Este plazo se demostró demasiado largo, teniendo en cuenta la edad media de las personas menores (generalmente por encima de los 16 años en los últimos años), por lo que muchas de ellas alcanzaban la mayoría de edad sin haber sido documentadas, a pesar de haber pasado meses en el sistema de protección y tener la condición de extuteladas. En consecuencia, la reforma de 2021 (Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre) redujo el plazo de documentación de las personas menores no acompañadas de nueve a tres meses, con el objetivo de disminuir significativamente el número de personas que alcanzan la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia adecuada ni la Tarjeta de Identidad de Extranjero. El 20 de noviembre de 2024 se publicó el Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de

la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Este nuevo Reglamento mantiene, en el art. 172, el plazo de los noventa días desde que haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores para el inicio del procedimiento. Pero introduce un elemento nuevo, y es que «la Delegación o Subdelegación del Gobierno debe resolver sobre el procedimiento y notificar la resolución al menor en el plazo máximo de un mes». Lo cual, a juicio del Defensor del Pueblo, es inquietante, por cuanto, «transcurrido dicho plazo, la resolución podrá entenderse desestimada». La resolución será comunicada al Ministerio Fiscal en el plazo de diez días desde que se dicte.

Por otra parte, el representante del menor deberá solicitar personalmente, en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución, y ante la oficina de extranjería o Comisaría correspondiente, la tarjeta de identidad de extranjero. En la práctica, ocurre que muchos de los menores que estén bajo la guarda o tutela de la Administración, siguen sin que se haya iniciado su proceso de documentación lo que supone que muchos de estos menores accedan a la mayoría de edad sin la debida documentación. Como refleja el informe de 2025 del Defensor del Pueblo, a 31 de diciembre de 2023, tan solo el 23 % de los menores extranjeros no acompañados inscritos en el Registro de Menores no Acompañados contaban con autorización de residencia. Este porcentaje es aún menor en el caso de la comunidad autónoma canaria, en la que tan solo el 17 % contaba con dicha autorización[16]. Esto supone que, una vez alcanzan la mayoría de edad, todos estos niños y niñas que son residentes legales y, por tanto, su residencia debería estar documentada con el tipo de autorización que les correspondiera, no puedan acceder a ningún tipo de autorización de residencia que como extutelados les pudiera haber correspondido, y pasan a situación de irregular.

La inacción de la administración que ejerce la tutela del menor, les impide muchas veces disfrutar de tal derecho y acceder a la Tarjeta de Identidad de Extranjero, y, a la vez, a los beneficios que otorgan los arts. 40 y 41 de la LOEX respecto del ejercicio de la actividad laboral. Es preciso recordar que la autorización de residencia habilita para trabajar a partir de los 16 años, por cuenta propia y ajena para aquellas actividades que, a propuesta de la entidad de protección de menores,

---

16 DEFENSOR DEL PUEBLO, *Niñas y niños extranjeros en España solos…, op. cit. pág. 138.*

favorezcan su integración social (art. 172 RD 1155/2024). Por otra parte, los extutelados (los que alcancen la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia concedida) pueden solicitar en la oficina de extranjería donde hayan fijado su residencia la renovación de la misma en modelo oficial, durante los dos meses previos a la fecha de expiración de su vigencia. Renovación, que, si se cumplen las condiciones establecidas para ello, tendrá una vigencia de dos años (art. 173).

Considerando lo que está en juego, se hace imprescindible que el menor cuente con la prestación de asistencia jurídica o pueda acceder a representación letrada especializada, separada e independiente de la tutela legal que ejercen las Administraciones pública, para obligar a la Administración a cumplir con su obligación[17]. El mejor posicionado para solicitar esta asistencia jurídica letrada, cuando se producen situaciones de inactividad de la Administración, es el propio Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que pueda ser igualmente solicitada por los propios menores o tutores. Ya se ha observado que la nueva Ley Orgánica de derecho a la defensa obliga a los colegios de la abogacía a prestar información relativa a la prestación de la asistencia jurídica y sobre el acceso al sistema de asistencia jurídica gratuita, a colectivos en situación de vulnerabilidad, como en el caso de los menores de edad y extranjeros o personas sin recursos económicos. En consecuencia, cabría solicitar, a través del colegio de abogados la designación de un abogado de oficio que se encargue de instar a la Administración a cumplir con su obligación de resolver expresamente, interponiendo en su caso el recurso contencioso-administrativo cuando proceda.

V. CONCLUSIONES

Como precipitado de todo lo expuesto, bien puede concluirse que el derecho a una asistencia jurídica tutela judicial efectiva es absolutamente necesario para que el interés superior del menor sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tal y como exige la normativa de protección jurídica del menor. Sin una asistencia jurídica letrada especializada, separada e independiente de la tutela que ejerce la Administración, mal puede conseguirse la efectividad

---

17 NAVARRO MANICH, J.A., FERNÁNDEZ COBO, B., ADELL TRONCHO, B., *"El derecho a la asistencia jurídica de los menores extranjeros no acompañados", op. cit. pág. 198.*

de sus derechos en los procedimientos en los que está en juego la permanencia en España o cuando se trata de obtener la autorización de residencia y de trabajo. Aunque la Ley Orgánica 5/2024, del derecho de defensa (LODD), ha supuesto un avance significativo al reconocer en general a los menores, como sujetos vulnerables, el derecho a la asistencia jurídica, es preciso establecer, mediante una reforma global, como la que pretende el proyecto de ley de modificación de la LEC, un nuevo procedimiento de determinación de la edad, en el que los menores extranjeros no acompañados gocen, desde el primer momento, del derecho a la asistencia jurídica en los procedimientos administrativos que puedan afectar directa o indirectamente a su permanencia o en los que se decida sobre la autorización de su residencia.

Barreras digitales y tutela judicial efectiva de las personas vulnerables en el proceso penal

CARMEN DURÁN SILVA

Profesora Permanente Laboral de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN II. VULNERABILIDAD Y PROCESO PENAL. III. TRANSFORMACIÓN NORMATIVA Y DIGITALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL: GARANTÍAS Y RIESGOS. IV. PROPUESTAS PARA UN MODELO GARANTISTA. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El acceso a la jurisdicción de las personas en situación de vulnerabilidad se ha erigido en uno de los ejes centrales del debate procesal contemporáneo[1]. La acelerada digitalización de la justicia, unida a las reformas normativas de los últimos años, ha puesto de relieve una tensión estructural entre las exigencias de eficiencia tecnológica y la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución Española (en lo sucesivo, CE). Esta tensión se manifiesta con especial intensidad en el ámbito penal, donde la exposición de la víctima a la práctica probatoria no constituye una mera cuestión organizativa, sino un factor que incide directamente tanto en su integridad psíquica como en la credibilidad del testimonio que presta.

Las reformas legislativas impulsadas entre 2021 y 2025 —la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LO 8/2021), el Real Decreto Ley 6/2023, de medidas urgentes para la eficiencia digital del Servicio Público de

---

1 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008.

Justicia (en adelante, RD Ley 6/2023), y la Ley Orgánica 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LO 1/2025)— han modificado de manera sustancial la forma en que las víctimas vulnerables participan en el proceso penal. Se ha reforzado la práctica de la prueba preconstituida, se ha extendido el uso de medios telemáticos y se ha instaurado el expediente judicial electrónico como régimen general. Estas medidas, concebidas con la finalidad de modernizar el proceso penal, plantean no obstante serias dudas en relación con la protección efectiva de las personas vulnerables, pues, en ausencia de garantías suficientes, corren el riesgo de convertirse en una nueva forma de exclusión.

El tránsito desde la inmediación analógica hacia la digital refleja bien la ambivalencia de estas transformaciones. Por un lado, la tecnología ofrece la posibilidad de reducir la victimización secundaria, evitando exposiciones innecesarias o contactos directos con el agresor. Por otro, puede comprometer la calidad de la percepción judicial de la prueba, limitar la contradicción procesal y generar desigualdades derivadas de la brecha digital. La jurisprudencia, tanto nacional como internacional, ha comenzado a pronunciarse sobre estas cuestiones, aunque de manera fragmentaria y sin la existencia de un marco normativo coherente que oriente de forma uniforme la práctica de los tribunales.

El presente capítulo analiza este proceso desde una perspectiva procesal garantista. En primer lugar, se aborda el concepto de vulnerabilidad y su proyección en el proceso penal. A continuación, se examinan las reformas normativas recientes y su incidencia sobre los principios de inmediación y contradicción. En un tercer bloque se formulan propuestas normativas, organizativas y técnicas encaminadas a avanzar hacia un modelo de justicia penal más inclusivo. Finalmente, se exponen unas conclusiones que tratan de reflejar, desde mi punto de vista, la necesidad de compatibilizar la eficiencia con la dimensión humana del proceso penal en el siglo XXI.

II. VULNERABILIDAD Y PROCESO PENAL

El concepto de vulnerabilidad ocupa un lugar cada vez más relevante en el debate procesal. No se trata de un estatuto uniforme ni de una categoría cerrada, sino de una condición relacional y cambiante que depende tanto de las características personales del sujeto como del contexto social e insti-

tucional en que se desarrolla el proceso[2]. La victimología contemporánea ha subrayado que la vulnerabilidad no puede reducirse a un conjunto de rasgos estáticos —edad, género o discapacidad—, sino que debe entenderse en sentido dinámico, donde confluyen factores biográficos, culturales y tecnológicos capaces de multiplicar el riesgo de victimización[3]. En este marco, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008, constituyen un referente esencial, pues definen como vulnerables a quienes, por razón de sus circunstancias personales o sociales, ven limitada su capacidad de ejercer plenamente sus derechos en el proceso penal[4].

En España, el punto de partida lo marca la Ley 4/2015, de 21 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, EVD), que introdujo la obligación de realizar una evaluación individualizada de cada víctima como requisito previo para la adopción de medidas de protección. Esta previsión, en apariencia innovadora, ha tenido, sin embargo, un desarrollo práctico insuficiente. Diversos informes del Consejo General del Poder Judicial han advertido que en la mayoría de los casos la evaluación se practica de forma genérica, sin un análisis profundo de las necesidades específicas de la víctima ni una traducción efectiva de sus resultados en medidas concretas de protección procesal[5]. La ausencia de protocolos homogéneos y de recursos especializados ha favorecido que esta evaluación se perciba en ocasiones como un trámite burocrático más que como un instrumento decisivo para orientar la respuesta judicial. La doctrina procesalista ha señalado, además, que el EVD carece de mecanismos de supervisión que garanticen la calidad de estas valoraciones, lo que reduce significativamente su utilidad real[6].

---

2 DURÁN SILVA, C. "La declaración de las víctimas vulnerables en el proceso penal: protección y garantías", *Revista de Victimología*, nº 18, 2024, págs. 163-190.

3 TAMARIT SUMALLA, J. M., "La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas", en *Manual de Victimología,* (dirs. Baca Baldomero, E., Echeburúa Odriozola, E. y Tamarit Sumalla, J. M.,), Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 15-32.

4 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008.

5 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre la aplicación del Estatuto de la Víctima*, 2019.

6 ARANGÜENA FANEGO, C., "Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 8, núm. 3, 2022, págs. 1096-1102 y MARTÍN DIZ, F., "Declaraciones testifi-

La LO 8/2021 introdujo un cambio sustancial al reformar los artículos 449 bis y 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo, LECrim), estableciendo que, en el caso de menores de catorce años y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, la declaración debe recibirse en fase de instrucción con todas las garantías de la contradicción y documentarse en soporte audiovisual para su utilización en el juicio oral. De este modo, la prueba preconstituida deja de ser excepcional y pasa a convertirse en la regla general en tales supuestos. La finalidad resulta evidente; evitar la repetición innecesaria de declaraciones, minimizar la exposición de la víctima al acusado y prevenir la victimización secundaria[7].

La consecuencia es de notable alcance. El principio de inmediación, entendido en su sentido clásico como la percepción personal y directa de la prueba por el órgano jurisdiccional que dicta sentencia, se ve necesariamente afectado por la generalización de la prueba preconstituida. El tribunal ya no presencia de forma directa la declaración de la víctima, sino que accede a una grabación audiovisual realizada meses, e incluso años antes, por un juez de instrucción. Ello obliga a replantearse el alcance mismo de la inmediación: ¿puede sostenerse que existe inmediación si el juez sentenciador solo visiona una grabación? La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha respondido afirmativamente, aunque con matices. Así, en la STS 321/2023, de 9 de mayo, la Sala Segunda confirmó la condena basada en la declaración preconstituida de una menor, destacando que la defensa había tenido ocasión de interrogar en instrucción y que la grabación garantizaba la autenticidad del testimonio. Igualmente, en la STS 745/2022, de 20 de septiembre, se insistió en que la valoración de pruebas preconstituidas exige una motivación reforzada, de modo que el tribunal exponga con detalle las razones por las que considera que el testimonio grabado resulta suficiente y fiable para fundar una condena[8].

Por su parte, la jurisprudencia del TEDH se ha orientado en una línea similar. En asuntos como Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido (2011) y Schatschaschwili c. Alemania (2015), el Tribunal afirmó que el

---

cales de la víctima especialmente vulnerable: inmediación y contradicción", en *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables,* (dirs. Del Pozo Pérez, M. y Bujosa Vadell, L.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 71 y ss.

7 STS 321/2023, de 9 de mayo, CENDOJ, (ECLI:ES:TS:2023:2235).

8 STS 745/2022, de 20 de septiembre, CENDOJ, (ECLI:TS:2022:3390).

uso de testimonios prestados fuera del juicio oral no vulnera el artículo 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos siempre que concurran dos condiciones: la existencia de razones de peso que justifiquen la incomparecencia de la víctima en el plenario y la adopción de contrapesos adecuados que salvaguarden el derecho de defensa. Tales contrapesos incluyen, entre otros, la participación efectiva de la defensa en la diligencia de preconstitución, la posibilidad de interrogar, la calidad técnica de la grabación y la valoración adecuada y conforme a derecho del tribunal sentenciador[9].

Con todo, el régimen vigente presenta limitaciones significativas. La LO 8/2021 circunscribe la prueba preconstituida obligatoria a menores y a personas con discapacidad en situación de especial protección, pero excluye a otros colectivos igualmente vulnerables, como las personas mayores con deterioro cognitivo leve, las víctimas de trata, los migrantes con barreras idiomáticas, las mujeres sometidas a violencia de género en contextos de dependencia económica o quienes padecen graves carencias de alfabetización digital. Aunque no encajen en las categorías legales, estas personas afrontan serias dificultades para declarar en un juicio ordinario y corren el riesgo de que su testimonio pierda fiabilidad si no se adoptan medidas de apoyo específicas.

La doctrina ha defendido, en consecuencia, la necesidad de un concepto más funcional y abierto de vulnerabilidad, no limitado a supuestos tasados, sino que permita al juez acordar medidas de protección en atención a las circunstancias concretas de cada caso[10]. Este enfoque, que puede denominarse de «vulnerabilidad contextual», se ajusta mejor a la realidad social y al mandato constitucional de tutela judicial efectiva[11]. Autores como MOYA GUILLEM han insistido en la importancia de dotar de contenido material a esta noción[12], mientras que LÓPEZ BARJA DE QUIROGA ha

---

9 SSTEDH, Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, 15 de diciembre de 2011 y TEDH, Schatschaschwili c. Alemania, 15 de diciembre de 2015.

10 MARTÍN DIZ, F., "Declaraciones testificales de la víctima especialmente vulnerable…", *op. cit.*, págs. 71 y ss.

11 BONSIGNORE FOUQUET, D., "Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad", en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables: Aspectos penales, procesales y político-criminales*, (dir. Moya Guillem, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 21-39.

12 MOYA GUILLEM, C., "La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española", *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 3ª Época, núm. 24, págs. 13-58.

advertido del riesgo de que la ampliación de la protección de la víctima entre en conflicto con las garantías del acusado si no se establecen contrapesos adecuados[13]. Por su parte, VIDAGANY PELÁEZ ha subrayado que la discapacidad debe analizarse desde la perspectiva de los ajustes razonables y no como una categoría cerrada, reforzando así la idea de un enfoque contextual[14]. También desde la victimología, TAMARIT SUMALLA y VINAGRE GONZÁLEZ han defendido que la vulnerabilidad debe concebirse en clave interseccional, atendiendo a la combinación de factores sociales, económicos y personales que incrementan la exposición al riesgo de victimización[15].

A esta complejidad se suma la dimensión tecnológica. La brecha digital se ha configurado como un nuevo factor de vulnerabilidad procesal. Las personas que carecen de dispositivos adecuados, de conexión estable a internet o de competencias mínimas en el manejo de herramientas digitales encuentran serias dificultades para participar en diligencias celebradas por medios telemáticos. Este fenómeno, lejos de ser marginal, afecta especialmente a colectivos como personas mayores, migrantes o víctimas en contextos de exclusión social. El riesgo es evidente: lo que se concibió como un instrumento de modernización y accesibilidad puede degenerar en una nueva forma de revictimización institucional si no se acompaña de medidas compensatorias[16].

En suma, el proceso penal español ha dado pasos importantes en la protección de las víctimas vulnerables, aunque de manera parcial y fragmentaria. El reto consiste en avanzar hacia un concepto operativo de vulnerabilidad que, más allá de los supuestos tasados, funcione como criterio transversal en la toma de decisiones procesales. Para ello resulta necesario, por un lado, reforzar la aplicación práctica de la evaluación individualizada

---

13 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La posición de la víctima en el proceso penal", *Revista General de Derecho Procesal,* nº 10, 2006.

14 VIDAGANY PELÁEZ, J. M., "La protección de las víctimas vulnerables con discapacidad", en *La protección de las víctimas en el espacio europeo*, (dir. Vegas Aguilar, J. y Sempere Faus, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 213-238.

15 Véase, TAMARIT SUMALLA, J. M., "La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas", *op. cit.*, págs. 15-32 y VINAGRE GONZÁLEZ, A., "Víctimas especialmente vulnerables (I): el menor y la persona mayor como víctimas", en *Manual de Victimología*, (coords. Laguna Hermidia, S. y Gómez García, L.), Delta, Madrid, 2019, pág. 65.

16 DURÁN SILVA, C., "La declaración de las víctimas vulnerables en el proceso penal…", *op. cit.*, págs. 163-190.

prevista en el EVD y, por otro, extender las medidas de protección a situaciones de vulnerabilidad funcional no expresamente contempladas en la ley. Solo de este modo podrá compatibilizarse la protección reforzada de las víctimas con el respeto a las garantías del proceso penal y el derecho de defensa del acusado.

III. TRANSFORMACIÓN NORMATIVA Y DIGITALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL: GARANTÍAS Y RIESGOS

A partir de las reformas ya analizadas, resulta necesario centrar la atención en un aspecto específico, esto es, la redefinición de la inmediación en clave digital y, más ampliamente, el modo en que la digitalización está incidiendo en los equilibrios estructurales del proceso penal. El tránsito hacia un modelo apoyado en medios electrónicos se ha justificado en términos de modernización y de protección de víctimas especialmente vulnerables, pero no está exento de riesgos que afectan de manera directa a los derechos de defensa y a la efectividad de la tutela judicial.

La jurisprudencia más reciente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha puesto de relieve que la inmediación no puede reducirse a la mera posibilidad de «ver y oír» a través de una pantalla, sino que exige condiciones técnicas que aseguren una percepción fiable del testimonio. Así lo confirma la STS 892/2024, de 24 de octubre[17], que admitió la declaración de la víctima por videoconferencia como prueba suficiente, pero advirtió que deficiencias técnicas como la pérdida de sonido podían comprometer la valoración judicial y afectar al derecho de defensa. No se trata de incidencias menores. Por el contrario, son fallos que cuestionan la legitimidad misma de la diligencia y que ilustran cómo los avances normativos han ido por delante de la infraestructura material de los órganos judiciales.

Como ya se ha tenido ocasión de señalar, el RD Ley 6/2023 introdujo medidas relevantes —como los «lugares seguros» y los «puntos de acceso seguro»—, pero su despliegue ha sido irregular y sin parámetros técnicos homogéneos. La posterior LO 1/2025 consolidó la tramitación electrónica como principio estructural, pero guardó silencio sobre cuestiones fundamentales, entre otras, los estándares mínimos de

---

17 STS 892/2024, de 24 de octubre, CENDOJ (ECLI:ES:TS:2024:3080).

calidad audiovisual, los protocolos de custodia digital, la trazabilidad de grabaciones y, en particular, la motivación reforzada en los supuestos que afectan a víctimas vulnerables. Este vacío normativo ha sido señalado por la doctrina como un déficit serio, porque se privilegia el discurso de la eficiencia sin establecer contrapesos suficientes que garanticen la efectividad de los derechos fundamentales[18]. En este punto, el contraste con los marcos europeos es claro; las Budapest Guidelines on Videoconferencing in Criminal Proceedings del Consejo de Europa (2021) y la propuesta de Reglamento europeo sobre e-Evidence[19] insisten en que el uso de medios telemáticos exige no solo accesibilidad, sino también calidad técnica, registro íntegro y control judicial. El legislador español, sin embargo, ha optado por la generalización de la vía telemática sin completar este círculo garantista.

La doctrina procesalista ha insistido en que la digitalización del proceso penal no constituye un fenómeno neutro, sino una opción política y organizativa que condiciona de manera directa la tutela judicial efectiva. PICÓ I JUNOY ha advertido que la expansión de herramientas telemáticas puede desembocar en una justicia «aparentemente moderna», pero con déficits de garantías si no se acompaña de protocolos técnicos y de resoluciones judiciales motivadas[20]. En esta misma línea, BUENO DE MATA subraya que instrumentos como la entrevista forense videograbada solo cumplen su función protectora si se practican bajo condiciones estrictas de integridad técnica y con control judicial efectivo, pues de lo contrario se convierten en simples formalidades tecnológicas[21]. Asimismo, BARONA VILAR ha destacado que el análisis de la justicia penal digital debe hacerse en clave garantista, porque la aceleración procesal puede tensionar derechos como la contradicción o la inmediación, al convertirlos

---

18 BARONA VILAR, S., "Claves vertebradoras del modelo de justicia en el s.XXI, *Revista Boliviana de Derecho, nº32, julio 2021, pág. 16.*

19 Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, relativo a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas en materia penal, DOUE L 191, 28 de julio de 2023, págs. 118-181.

20 PICÓ I JUNOY, J., "Inmediación, oralidad y justicia digital: ¿hacia un cambio de paradigma?", *Revista General de Derecho Procesal, nº 57, 2022.*

21 BUENO DE MATA, F., "La entrevista forense videograbada: técnica y garantías", en *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 311-335.

en meras apariencias[22]. Por su parte, ASENCIO MELLADO ha recalcado que los derechos fundamentales en el proceso penal no pueden quedar subordinados a criterios de eficiencia organizativa, recordando que la inmediación y la oralidad no se satisfacen con la sola presencia virtual de los intervinientes, sino que exigen condiciones materiales para un auténtico debate contradictorio[23].

En relación con la posición de las víctimas, LÓPEZ YAGÜES ha defendido que la vulnerabilidad debe entenderse como criterio transversal en la adopción de medidas procesales, de forma que las herramientas digitales no se apliquen de manera uniforme, sino atendiendo a las circunstancias de cada persona[24]. En el mismo sentido, MARTÍN DIZ ha insistido en que el concepto de vulnerabilidad procesal debe ser flexible, lo que implica que el juez valore, caso por caso, si la declaración telemática favorece realmente a la víctima o, por el contrario, la expone a nuevas formas de indefensión[25].

Este consenso doctrinal es relevante, pero también revela algunas lagunas que conviene subrayar. La primera es que, aun reconociendo los riesgos de la digitalización, se sigue confiando demasiado en la capacidad del legislador para ofrecer respuestas adecuadas, cuando la experiencia práctica demuestra que la regulación suele ir por detrás de la realidad tecnológica y de las necesidades del proceso penal. La segunda es que la doctrina se centra a menudo en el plano técnico (calidad audiovisual, trazabilidad, protocolos), pero dedica menos atención a las consecuencias epistemológicas de esta nueva inmediación, es decir, cómo cambia realmente la percepción judicial de la prueba y qué significa valorar testimonios bajo condiciones mediadas por pantallas. Finalmente, no siempre se afronta con claridad la tensión entre la lógica de la eficiencia y la lógica de la garantía. Así, se señala la necesidad de equilibrio, pero pocas

---

22 BARONA VILAR, S., "La justicia penal en la era digital: riesgos y oportunidades", en *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad), (ed. Barona Vilar, S.,), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 40.*

23 ASENCIO MELLADO, J.M., "Los derechos fundamentales en el proceso penal", en *Derecho Procesal Penal,* (dir. Asencio Mellado, J. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pág. 215.

24 LÓPEZ YAGÜES, V., "Víctima, vulnerabilidad y proceso penal" en *Víctimas y especial vulnerabilidad, (dir. López Yagües, V.), Tirant lo Blanch, 2023,* págs. 41-59.

25 MARTÍN DIZ, F., "Declaraciones testificales de la víctima especialmente vulnerable…", *op. cit.*, págs. 74-75.

veces se indica quién y cómo debe fijar los estándares que materialicen ese equilibrio.

En mi opinión, el verdadero riesgo de este nuevo modelo no es solo que la digitalización pueda mermar las garantías si se aplica sin cautelas, sino que consolide una cultura procesal en la que se normalice la pérdida de inmediación plena bajo el argumento de la modernidad tecnológica. No se trata, por tanto, de negar el valor de los avances normativos ni de las soluciones que ha apuntado la doctrina, sino de insistir en que la legitimidad de la inmediación digital requiere algo más que protocolos técnicos; exige un compromiso judicial firme con la motivación reforzada, la verificación de la calidad del medio empleado y la disposición a impedir que las dinámicas de eficiencia acaben vaciando de contenido los principios básicos del proceso penal.

El debate doctrinal, en definitiva, no puede reducirse a la tensión abstracta entre eficiencia y garantías. Es necesario preguntarse si las reformas y prácticas actuales están transformando de hecho la manera en que los jueces perciben, valoran y ponderan la prueba en el proceso penal. Esa es, a mi juicio, la cuestión más problemática y el reto que la doctrina y la práctica judicial deberán abordar en los próximos años.

IV. PROPUESTAS PARA UN MODELO GARANTISTA

La aplicación práctica de las reformas procesales recientes ha puesto de manifiesto una paradoja difícil de resolver. Así, cuanto más se perfeccionan los instrumentos legales y tecnológicos concebidos para proteger a las víctimas, más se evidencian las grietas de un sistema que no ha sabido definir con claridad los límites entre la eficacia y la garantía. La digitalización del proceso penal, presentada como un avance incuestionable hacia la modernidad, ha revelado que la verdadera cuestión no reside en disponer de más medios, sino en determinar bajo qué condiciones su empleo respeta los principios estructurales del proceso. En este escenario, limitarse a corregir deficiencias técnicas o añadir nuevas medidas resulta insuficiente; es necesario un replanteamiento de fondo que devuelva al proceso penal una coherencia garantista capaz de integrar la innovación tecnológica sin desvirtuar su legitimidad constitucional.

El punto de partida de ese nuevo modelo debe ser normativo. La LECrim necesita incorporar una cláusula general de vulnerabilidad que permita al juez adoptar medidas de protección adaptadas a las circuns-

tancias específicas de cada caso. Las fórmulas cerradas de la LO 8/2021 dejan fuera situaciones que el sistema no puede seguir ignorando —las de personas mayores con deterioro cognitivo leve, las de víctimas de trata, o las de quienes enfrentan barreras idiomáticas o tecnológicas— y que requieren un enfoque procesal más inclusivo. Esta cláusula no supondría alterar la estructura básica de la ley, sino dotarla de una herramienta interpretativa flexible que permita al juez adecuar la respuesta procesal a la diversidad humana. La experiencia demuestra que la vulnerabilidad procesal no puede entenderse como una categoría estática, sino como una condición dinámica que exige ponderación judicial y sensibilidad institucional.

A esta cláusula debería asociarse una obligación de motivación reforzada para toda resolución que afecte a personas vulnerables. La práctica judicial ha mostrado una tendencia a justificar el uso de medios telemáticos en razones genéricas de eficiencia, sin valorar suficientemente las consecuencias para la inmediación o la contradicción. La motivación reforzada cumple aquí una función esencial: obliga a explicitar los criterios de proporcionalidad y necesidad, dota de transparencia a la decisión judicial y permite su control en sede de recurso[26]. En un contexto en que la digitalización introduce nuevos riesgos probatorios, la motivación se convierte en la principal garantía frente a automatismos y soluciones de conveniencia.

La dimensión técnica es igualmente decisiva. Un proceso digital sin estándares de calidad audiovisual, integridad de grabación y trazabilidad de la prueba corre el riesgo de vaciar de contenido los principios que pretende salvaguardar[27]. España necesita un protocolo estatal de mínimos que fije reglas uniformes para la práctica de declaraciones telemáticas y para la custodia de grabaciones, garantizando la cadena de custodia digital, la asistencia técnica en tiempo real y la conservación íntegra del material audiovisual. No se trata de un requisito formal, sino de una condición epistemológica: sin fiabilidad técnica no hay inmediación efectiva, y sin inmediación no hay prueba legítima. Los estándares técnicos deben, por tanto, integrarse en la propia lógica garantista del proceso, y no quedar relegados a la gestión administrativa de los medios materiales.

---

[26] ARANGÜENA FANEGO, C., "La prueba preconstituida de menores en el proceso penal", *Revista de Derecho Procesal*, nº 13, 2022, págs. 55-78.

[27] MARTÍN DIZ, F., "Declaraciones testificales de la víctima especialmente vulnerable…", *op. cit.*, págs. 74-75.

En el ámbito probatorio, la entrevista forense videograbada constituye uno de los instrumentos más sensibles y de mayor impacto en la protección de víctimas vulnerables. La ausencia de protocolos uniformes sigue generando disparidad territorial y desconfianza en la valoración judicial del testimonio. La experiencia comparada, particularmente la de sistemas como el alemán o el neerlandés, evidencia que la precisión técnica y la neutralidad metodológica son elementos decisivos para garantizar la fiabilidad del relato. En nuestro sistema, los avances doctrinales en torno a la entrevista forense han insistido en que su valor no radica en la simple grabación, sino en la aplicación de pautas validadas de entrevista no sugestiva, en la formación de los profesionales que la practican y en la supervisión judicial del procedimiento. La videograbación, si se ejecuta sin rigor técnico o sin preparación especializada, corre el riesgo de convertirse en una formalidad que multiplique, en lugar de reducir, la vulnerabilidad de la víctima[28].

La modernización tecnológica también exige una reorganización institucional que acompañe a las personas más expuestas al impacto de la digitalización. Resulta imprescindible crear unidades de apoyo multidisciplinares en las sedes judiciales, integradas por psicólogos, trabajadores sociales y técnicos informáticos que asistan a las víctimas durante su participación procesal. Estos equipos cumplirían una doble función: proporcionar acompañamiento emocional y garantizar la corrección técnica de los actos procesales. Sin estos apoyos, la digitalización agrava la desigualdad entre quienes dominan los medios tecnológicos y quienes carecen de ellos, generando una brecha digital que se traduce en desigualdad jurídica. En mi opinión, la legitimidad de la justicia digital depende tanto de la tecnología empleada como de la estructura humana que la sostiene.

Ninguna reforma será, sin embargo, suficiente si no se produce un cambio cultural profundo. La digitalización no puede concebirse como un símbolo de modernidad, sino como un proceso de transformación de la cultura jurisdiccional que exige conciencia crítica y formación continua. La experiencia demuestra que la incorporación de herramientas tecnoló-

---

[28] En este sentido, véanse, BUENO DE MATA, F., "La entrevista forense videograbada: técnica y garantías", en *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 311-335 y PILLADO GONZÁLEZ, E., "La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización", en *Justicia poliédrica en periodo de mudanza*, (dir. Barona Vilar, S.,), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, págs. 542-543.

gicas sin reflexión jurídica previa conduce a automatismos que vacían de contenido los principios del proceso penal. Por ello, resulta imprescindible incorporar programas de capacitación específicos para jueces, fiscales, abogados y personal judicial, centrados en la gestión de la vulnerabilidad y en la comprensión técnica de los medios digitales. La justicia del futuro no será más garantista por utilizar pantallas o grabaciones, sino por el modo en que se razone su empleo y se controle su efecto sobre los derechos fundamentales.

En definitiva, el modelo garantista que propongo parte de una premisa sencilla pero exigente; la digitalización del proceso penal solo será legítima si refuerza, y no debilita, la capacidad del sistema para asegurar una tutela judicial efectiva. Las soluciones tecnológicas, los protocolos técnicos o los cambios organizativos no son fines en sí mismos, sino instrumentos al servicio de los derechos de las personas. La verdadera modernización del proceso penal no consiste en adoptar nuevas herramientas, sino en preservar, a través de ellas, la autenticidad de los principios que lo sostienen. Solo desde esa convicción podrá construirse una justicia digital realmente humana, capaz de integrar eficiencia e igualdad sin renunciar a la esencia del proceso justo.

V. CONCLUSIONES

La evolución del proceso penal español en los últimos años evidencia una transformación más profunda de lo que a menudo se percibe. Las reformas legales y la digitalización progresiva no han supuesto una mera modernización técnica, sino una alteración estructural en la forma de entender los principios procesales. La inmediación, la contradicción y la oralidad, que durante décadas se asociaron a la presencia física y a la comunicación directa, se encuentran hoy en proceso de redefinición. Lo que está en juego no es solo la gestión del proceso, sino su legitimidad como garantía de tutela judicial efectiva en un Estado de Derecho.

El legislador ha avanzado en la protección de las personas vulnerables, especialmente de menores y personas con discapacidad, mediante la consolidación de la prueba preconstituida y la regulación de la entrevista forense videograbada. Sin embargo, la experiencia práctica demuestra que el progreso normativo no siempre se traduce en una mejora efectiva de la protección. Persisten desigualdades territoriales, falta de medios técnicos, ausencia de formación especializada y una insuficiente cultura garantista en torno a la digitalización. Estas deficiencias evidencian que

la tecnología, si se aplica sin criterios jurídicos claros, puede reproducir las mismas asimetrías que pretendía corregir.

La digitalización del proceso penal ofrece una oportunidad indudable para fortalecer la protección de las víctimas vulnerables, pero también plantea riesgos que no pueden ignorarse. La sustitución de la presencialidad por la virtualidad exige un esfuerzo adicional para garantizar que el juez pueda valorar la prueba con la misma riqueza perceptiva y con igual posibilidad de contradicción. La justicia no se vuelve más humana por ser más veloz, ni más moderna por incorporar pantallas, sino por preservar en cada caso el equilibrio entre eficacia y garantía. En este sentido, la modernización tecnológica solo será legítima si refuerza la capacidad del proceso para proteger derechos fundamentales y no si los subordina a la eficiencia organizativa.

El modelo garantista propuesto descansa sobre una idea central: la vulnerabilidad no es una excepción dentro del proceso, sino una dimensión transversal que debe informar todas las fases y decisiones judiciales. La cláusula general de vulnerabilidad, la motivación reforzada de las resoluciones, la fijación de estándares técnicos mínimos y la creación de unidades de apoyo multidisciplinares no constituyen medidas accesorias, sino el esqueleto de un proceso verdaderamente adaptado a la realidad social. La justicia digital no puede depender del nivel de recursos materiales de cada territorio, ni de la voluntad individual de los operadores jurídicos, sino de una política pública de igualdad procesal efectiva.

En mi opinión, el futuro del proceso penal español dependerá de su capacidad para equilibrar tres exigencias que no pueden considerarse antagónicas: la eficiencia organizativa, la protección de las víctimas vulnerables y la garantía de los derechos de defensa. La clave reside en construir un sistema donde la tecnología sea un medio de humanización y no de distancia; donde la vulnerabilidad sea un criterio de justicia y no de discriminación; y donde la eficiencia se subordine siempre al valor sustantivo de la tutela judicial efectiva.

Más allá de las reformas puntuales, lo que está en juego es la identidad misma del proceso penal como espacio de reconocimiento y de verdad. Si la digitalización se asienta sobre el respeto a los principios procesales y la comprensión de las realidades humanas que intervienen en el proceso, será un instrumento de progreso. Pero si se convierte en un fin en sí misma, acabará erosionando la esencia garantista que da sentido a la jurisdicción penal. Por eso, el desafío de nuestro tiempo

no consiste en elegir entre eficiencia y garantías, sino en redefinir el proceso penal desde una racionalidad tecnológica que no traicione su vocación de justicia.

Solo cuando las transformaciones digitales se conciban como oportunidades para reforzar la igualdad y la dignidad de las personas podrá afirmarse que el proceso penal español ha sabido entrar en la era tecnológica sin renunciar a su fundamento constitucional. La justicia del siglo XXI no será verdaderamente moderna por utilizar nuevas herramientas, sino por mantener, a través de ellas, el compromiso invariable con la verdad, la equidad y los derechos fundamentales.

QUINTA PARTE.

NOVEDADES PARA UNA JURISDICCIÓN CIVIL EFICIENTE

Transparencia y eficiencia en el reparto competencial: Análisis del impacto de la L.O. 1/2025

NEREA YUGUEROS PRIETO

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad de León

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. TRANSPARENCIA JUDICIAL Y REPARTO DE COMPETENCIAS. II.1. El derecho a la tutela judicial efectiva y su vinculación con la transparencia. II.2. Publicidad activa y pasiva en el ámbito judicial. II.3. Transparencia y percepción de imparcialidad. III. LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2025 Y EL NUEVO REPARTO DE COMPETENCIAS. III.1. Criterios objetivos: especialización y eficiencia. III.2. Criterios territoriales: racionalización y equilibrio. III.3. Criterios funcionales: fases procesales y distribución vertical. III.4. Requisitos de procedibilidad: Medios Adecuados de Solución de Controversias. III.5. Unificación de criterios: homogeneidad y seguridad jurídica. IV. IMPACTO DE LA REFORMA EN LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El reparto de competencias en el ámbito judicial constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa la organización jurisdiccional en España. Su importancia trasciende lo meramente técnico: no solo asegura que cada asunto se tramite ante el órgano legalmente previsto, sino que además garantiza la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la CE. Dicho precepto establece que toda persona tiene derecho a «obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

La previsibilidad y claridad en la atribución competencial refuerzan la seguridad jurídica, entendida por el Tribunal Constitucional como «certeza sobre el derecho aplicable y la expectativa razonablemente fundada

de que será aplicado»[1]. Esta vinculación entre seguridad jurídica y reparto competencial revela que no se trata de una cuestión de mera técnica procesal, sino de una condición indispensable para la garantía de derechos fundamentales. En efecto, la opacidad o la falta de uniformidad en los criterios de distribución pueden derivar en dilaciones indebidas o incluso en situaciones de indefensión, como advirtió tempranamente la STC 47/1987, de 22 de abril[2].

El reparto de competencias conecta también con el principio de transparencia, valor que ha adquirido relevancia central en el ámbito público tras la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Esta norma consagra la doble vertiente de la transparencia institucional: publicidad activa —difusión proactiva de información relevante— y publicidad pasiva —derecho ciudadano a solicitar información—. Ambas dimensiones alcanzan de lleno a la organización judicial en lo que concierne a su vertiente administrativa y organizativa, reforzando así la legitimidad del sistema.

La Justicia, como servicio público esencial, no puede quedar al margen de estas exigencias. De hecho, se destaca que la transparencia judicial opera como un factor de legitimación institucional, al reforzar la percepción ciudadana de imparcialidad y accesibilidad del sistema. En el mismo sentido, el Consejo de Europa ha señalado que la publicidad de la organización y funcionamiento de los tribunales constituye un estándar europeo de buena gobernanza judicial[3].

En este contexto, la aprobación de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, representa una de las reformas estructurales más relevantes de los últimos años. Enmarcada en el denominado Plan Justicia 2030, impulsado por el Ministerio de Justicia, la norma persigue avanzar hacia un modelo

---

1 STC 37/1995, de 7 de febrero (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 1995), FJ 5. ECLI:ES:TC:1995:37.

2 STC 47/1987, de 22 de abril (BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1987). ECLI:ES:TC:1987:47.

3 CEPEJ, *European judicial systems. 2022 Evaluation Report. pág. 125, (*https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279, consulta: 10 de octubre de 2025).

de Justicia más accesible, eficiente y sostenible[4]. Entre sus medidas más significativas se encuentran la sustitución de los Juzgados unipersonales por Tribunales de Instancia, la implantación de medios adecuados de solución de controversias (MASC) como requisito previo en determinados procesos, y la homogeneización de criterios competenciales con el fin de reducir conflictos y garantizar una distribución equitativa de los asuntos.

La hipótesis de este trabajo es que la LO 1/2025 no solo introduce un rediseño organizativo orientado a la eficiencia, sino que incorpora -explícita o implícitamente- un componente de transparencia institucional, cuyo impacto debe ser analizado en relación con la tutela judicial efectiva y con la confianza ciudadana en la Justicia.

II. TRANSPARENCIA JUDICIAL Y REPARTO COMPETENCIAL

II.1. El derecho a la tutela judicial efectiva y su vinculación con la transparencia

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 de la CE, constituye uno de los pilares del sistema jurídico español. Este derecho ha sido descrito por el Tribunal Constitucional como un derecho de configuración compleja que abarca no solo el acceso a la jurisdicción, sino también la obtención de una resolución motivada y su ejecución. En su Sentencia 18/1981, de 8 de junio, el Tribunal Constitucional lo definió como una garantía sustancial que articula el conjunto del sistema judicial, subrayando que no se trata de un derecho puramente formal, sino de una condición esencial para la efectividad de la Justicia[5].

La correcta organización del poder judicial es determinante para la efectividad de este derecho. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, los conflictos competenciales o la falta de claridad en la distribución de los asuntos pueden generar situaciones de indefensión y retrasos injustificados, lo que contravendría el principio de seguridad

---

4 *Plan Justicia 2023. Transformando el ecosistema del Servicio Público de Justicia, pág. 6, (*https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/Justicia2030.pdf, consulta: 10 de octubre de 2025).

5 STC 18/1981, de 8 de junio (BOE núm. 143, de 16 de junio de 1981). ECLI:ES:TC:1981:18.

jurídica previsto en el artículo 9.3 CE. En este sentido, la jurisprudencia ha sido clara al afirmar que la previsibilidad competencial es una exigencia inherente al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. En la STC 47/1987, de 22 de abril[6], el Tribunal Constitucional remarcó que la certeza en la atribución de los asuntos judiciales es fundamental para evitar dilaciones indebidas, un derecho esencial que protege a los ciudadanos frente a la vulneración de sus derechos fundamentales.

Es aquí donde la transparencia juega un papel crucial. Un reparto de los casos opaco o poco accesible no solo compromete el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sino que afecta profundamente a la confianza de la ciudadanía en la imparcialidad de los jueces. Es más, la tutela judicial efectiva no es imaginable sin una organización clara, previsible y comunicada a los justiciables. La falta de claridad en el reparto de los casos puede dar lugar a la sensación de arbitrariedad y a una sensación de inseguridad jurídica, que socava la legitimidad del sistema judicial.

En este sentido, la transparencia judicial no es solo una exigencia técnica o administrativa, sino un mecanismo esencial para garantizar que los ciudadanos puedan acceder a la Justicia de manera efectiva y sin temores de que el proceso judicial esté viciado por factores externos. La claridad y la accesibilidad en el reparto de los asuntos son, por tanto, elementos clave para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva.

II.2. Publicidad activa y pasiva en el ámbito judicial

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, marcó un avance significativo en la regulación de la transparencia en España, alineándose con los estándares internacionales de rendición de cuentas. Aunque la función jurisdiccional está excluida de su aplicación directa, la Ley establece que los aspectos organizativos y administrativos de los órganos judiciales sí deben cumplir con sus principios. Este marco normativo ha tenido un impacto notable en la manera en que se gestionan y publican los criterios de reparto de los asuntos judiciales, considerándose esta información de gran relevancia pública. En este contexto, las dos formas principales

---

6 STC 47/1987, de 22 de abril (BOE núm. 107, de 05 de mayo de 1987). ECLI:ES:TC:1987:47.

de garantizar el acceso a dicha información son la publicidad activa y la publicidad pasiva.

La publicidad activa, como establece la Ley en sus artículos 5 a 11, exige que los órganos judiciales difundan de manera periódica y accesible la información relativa a los criterios y procedimientos de reparto de los asuntos judiciales. Este principio tiene una importancia fundamental, pues permite que los ciudadanos conozcan de forma clara cómo se distribuyen los casos entre los tribunales, garantizando que no exista arbitrariedad o parcialidad en el proceso. En lugar de ser una información restringida o de acceso difícil, los criterios de reparto deben publicarse en los portales oficiales del Poder Judicial, de modo que estén fácilmente disponibles para cualquier persona interesada. El objetivo es doble: por un lado, garantizar que el reparto se realice de manera justa, objetiva y conforme a criterios transparentes; por otro, reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema judicial. Esta transparencia ayuda a evitar sospechas de corrupción o favoritismos, y a mejorar la legitimidad de los tribunales frente a la sociedad.

El Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) ha jugado un papel crucial en la implementación de esta obligación. A través de circulares e instrucciones, como las emitidas en 2025 sobre los criterios de reparto en los Tribunales de Instancia, el CGPJ ha asegurado que las normas de reparto sean publicadas de manera clara y comprensible en los portales electrónicos oficiales del poder judicial[7]. Esto garantiza que la información esté disponible no solo para los profesionales del Derecho, sino también para cualquier ciudadano que quiera entender cómo funciona el reparto de los casos dentro del sistema judicial.

Por otro lado, la publicidad pasiva, recogida en los artículos 12 a 22 de la misma Ley, otorga a los ciudadanos el derecho a solicitar información sobre los criterios de reparto y la distribución competencial en los órganos judiciales. A través de este derecho, cualquier persona puede pedir datos específicos sobre cómo se asignan los casos a los tribunales, incluso si esa información no ha sido publicada de manera activa. La publicidad pasiva tiene una función complementaria a la activa, en la medida en que permite a los ciudadanos ejercer un control más directo

---

7 https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-dos-instrucciones-para-ofrecer-pautas-y-criterios-de-actuacion-a-los-as-jueces-zas-ante-el-despliegue-de-los-Tribunales-de-Instancia, consulta: 10 de octubre de 2025.

sobre el funcionamiento del sistema judicial. Este derecho de acceso a la información refuerza la rendición de cuentas, permitiendo que los ciudadanos y las entidades encargadas de velar por la Justicia verifiquen si el reparto de los asuntos se realiza de manera imparcial y conforme a los criterios establecidos.

La Ley Orgánica 1/2025, que modifica la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, refuerza aún más la importancia de la transparencia en el reparto judicial. Con la entrada en vigor de esta reforma, se imponen nuevas obligaciones a los órganos judiciales, no solo en cuanto a la publicación de los criterios de reparto, sino también en relación con la accesibilidad de los datos sobre cómo se gestionan los casos dentro del sistema judicial. Se establecen normas más estrictas para asegurar que la distribución de los casos se haga de forma justa, eficiente y transparente, con la finalidad de mejorar la legitimidad del sistema judicial y fortalecer la confianza pública en la Administración de Justicia.

En este sentido, la Ley también establece la obligación de hacer públicos los datos estadísticos sobre el reparto de los casos, lo que permitirá un análisis más profundo y objetivo de cómo funciona el sistema judicial. Estos datos serán accesibles tanto para los ciudadanos como para los profesionales del Derecho, permitiendo una supervisión más eficaz y contribuyendo a una mayor transparencia en el funcionamiento de los tribunales. Esta apertura de datos no solo favorece el control social sobre el poder judicial, sino que también promueve una mejora continua en los procedimientos judiciales, ayudando a detectar posibles fallos o deficiencias en el sistema.

Podemos aseverar que la transparencia cumple una doble función: interna y externa. Internamente, permite a los órganos judiciales operar con coherencia, garantizando que los casos se distribuyan de acuerdo con criterios objetivos y predecibles, lo que favorece un entorno de trabajo claro y ordenado. Externamente, la transparencia refuerza la legitimidad del sistema judicial ante la ciudadanía, al demostrar que el reparto de los casos no está influido por intereses ajenos a la Justicia. En este sentido, la transparencia actúa como un mecanismo de autocontrol que, por un lado, ayuda a prevenir abusos, y por otro, favorece la confianza de la sociedad en sus instituciones judiciales.

Así, la publicidad activa y la publicidad pasiva se complementan como herramientas esenciales para garantizar la equidad, la eficiencia y la transparencia en el reparto de los asuntos judiciales. Estas medidas, además de promover un Sistema de Justicia más accesible, también contribuyen a un

modelo de gobierno judicial más democrático, en el que los ciudadanos pueden estar seguros de que los casos se distribuyen de forma justa y según los méritos de cada uno.

II.3. Transparencia y percepción de imparcialidad

La transparencia en el ámbito judicial va mucho más allá de un simple requisito técnico; es un factor determinante en la legitimidad democrática del sistema judicial. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha señalado en diversas ocasiones que la imparcialidad judicial debe ser evaluada desde una perspectiva tanto subjetiva como objetiva. En este sentido, la perspectiva objetiva se refiere a la percepción externa de la independencia del tribunal, un aspecto esencial para garantizar que la Justicia no solo se administre, sino que también se perciba como administrada de manera justa. En este contexto, el caso Piersack c. Bélgica[8] subrayó que la apariencia de imparcialidad es tan relevante como la imparcialidad real en sí misma.

Aplicado al ámbito del reparto competencial, esto implica que no basta con que los criterios de distribución de los casos sean jurídicamente correctos; también es fundamental que sean percibidos como neutrales y ajenos a cualquier tipo de injerencia o manipulación. Esta idea fue sintetizada de manera clara por el TEDH en el caso Delcourt c. Bélgica[9], cuando afirmó que la Justicia no solo debe hacerse, sino también parecer que se hace. En otras palabras, para que la Justicia sea efectiva, no solo es necesario que se administre conforme a los principios legales, sino que también debe ser visible y comprensible para la sociedad como tal.

En este sentido, se resalta la importancia de la transparencia para prevenir la percepción de sesgo o manipulación en el reparto competencial, ya que la transparencia competencial es la primera barrera contra la percepción ciudadana de manipulación en la asignación de casos, lo que refleja el convencimiento de que, en el ámbito judicial, la apariencia de imparcialidad es tan crucial como la imparcialidad misma. La transparencia, por tanto, no solo responde a una lógica de buena administración

---

8 STEDH nº 8692/79, de 1 de octubre de 1982, (https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-165173%22]}, consulta: 10 de octubre de 2025).

9 STEDH nº 2689/65, de 17 de enero de 1970, (https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57467%22]}, consulta: 10 de octubre de 2025).

pública, sino que se erige como una auténtica garantía de imparcialidad judicial, siendo un pilar fundamental de la legitimidad democrática del sistema judicial.

En resumen, la transparencia judicial es un requisito indispensable para garantizar no solo un proceso eficiente y sin dilaciones, sino también para proteger la percepción de imparcialidad y equidad ante la sociedad. Es, en última instancia, la base de la legitimidad democrática del poder judicial y una herramienta esencial para preservar la confianza pública en el sistema judicial.

III. LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2025 Y EL NUEVO REPARTO DE COMPETENCIAS

III.1. Criterios objetivos: especialización y eficiencia

La especialización judicial constituye una tendencia consolidada en el Derecho comparado y en el propio ordenamiento español. Aunque ya existían órganos especializados en materia mercantil, familiar o de violencia de género, la LO 1/2025 refuerza este modelo con el propósito de mejorar la coherencia y la calidad de las resoluciones.

En el ámbito mercantil, la coexistencia de litigios en órganos civiles y mercantiles había generado duplicidades y foros alternativos que derivaban en inseguridad jurídica.

Siguiendo la tendencia presentada, podemos comprender que la especialización de los órganos jurisdiccionales no solo garantiza una mayor calidad técnica, sino que contribuye a la uniformidad en la aplicación del Derecho. En consecuencia, la LO 1/2025 da respuesta a un problema histórico de solapamiento competencial, al tiempo que alinea el sistema español con las recomendaciones del Consejo de Europa en materia de eficiencia judicial.

III.2. Criterios territoriales: racionalización y equilibrio

La dimensión territorial del reparto de competencias ha sido uno de los aspectos más conflictivos de la práctica judicial española. El mapa judicial, diseñado en 1988, se ha mostrado desajustado respecto a la realidad demográfica y de litigiosidad actual. Ello ha provocado notables

desigualdades: mientras provincias como Madrid o Barcelona superan los 300.000 asuntos anuales, otras como Soria o Teruel apenas alcanzan los 20.000[10].

Este desequilibrio impacta directamente en la tutela judicial efectiva, pues genera diferencias en los tiempos de resolución. Según datos del CGPJ, los procedimientos civiles ordinarios en Madrid superaban los 22 meses de duración media, frente a los 8 meses de provincias con baja litigiosidad[11].

La LO 1/2025 introduce mecanismos de flexibilidad a través del artículo 89 LOPJ, que permite redistribuir cargas mediante servicios comunes procesales y una asignación dinámica de asuntos en el mismo territorio. Con ello se busca un modelo más equilibrado que supere la rigidez del esquema anterior.

La experiencia comparada muestra resultados positivos en reformas similares. Italia, con el *Decreto legislativo 155/2012- Soppressione di Tribunali*[12], suprimió decenas de Tribunales pequeños para concentrar recursos, mientras que Francia fusionó a partir del 1 de enero de 2020 los tribunaux d'instance en los nuevos tribunaux judiciaires[13]. España se alinea así con la tendencia europea de racionalización territorial, avalada por el Consejo de Europa[14].

III.3. Criterios funcionales: fases procesales y distribución vertical

Uno de los propósitos esenciales de la LO 1/2025 es ofrecer una clarificación definitiva sobre la distribución funcional de competencias entre los

---

10 Véase *La justicia dato a dato. Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial, (*https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/, consulta: 13 de octubre de 2025).

11 Consúltese la siguiente página web: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/, consulta: 13 de octubre de 2025.

12 Consultada en la siguiente página web: https://leg16.camera.it/561?appro=652, consulta: 8 de octubre de 2025.

13 A través de la Ley nº 2019-222, de 23 de marzo de 2019 de Programación 2018-2022 y de Reforma de la Justicia, (https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/18789, consulta: 8 de octubre de 2025.

14 CEPEJ, European judicial systems, Evaluation Report, 2022, pág. 125, (https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279, consulta: 10 de octubre de 2025).

distintos órganos judiciales. Esta reforma cobra especial relevancia en lo que respecta a los recursos y apelaciones, ámbitos en los que tradicionalmente se habían detectado problemas de dispersión y falta de uniformidad.

El Consejo de Europa había advertido de estas deficiencias. El informe CEPEJ del año 2022 señalaba que España presentaba un alto grado de heterogeneidad en la gestión de apelaciones, lo que repercutía en desigualdades de duración procesal.

La competencia funcional tiene una dimensión doble. Por un lado, se vincula a la fase procesal, ya que existen actuaciones que solo pueden desarrollarse en primera instancia, como la admisión de la demanda o la práctica inicial de determinadas pruebas, mientras que otras pertenecen de forma natural a la segunda instancia o incluso a órganos de casación. Y, Por otro lado, posee una dimensión vertical, en la medida en que delimita quién puede revisar o controlar las decisiones de otro órgano, de acuerdo con la jerarquía procesal establecida por la Ley. De esa manera, se asegura que cada Tribunal intervenga en el momento y con el alcance que el legislador le ha asignado.

En base a ello, se destaca que la distribución vertical de competencias debe responder a criterios de eficiencia y seguridad jurídica. Es decir, la división funcional entre instancias no solo organiza el trabajo judicial, sino que preserva la coherencia del sistema procesal.

Esta observación refleja con claridad la finalidad de la reforma, ya que no se trata únicamente de mejorar la gestión interna de los Tribunales, sino de reforzar la seguridad jurídica y garantizar que cada órgano cumpla su papel dentro de una estructura procesal racional.

III.4. Requisitos de procedibilidad: Medios Adecuados de Solución de Controversias

Una de las novedades más innovadoras de la LO 1/2025 es la incorporación de los medios adecuados de solución de controversias (en adelante MASC) como requisito previo en determinados procesos. Esta medida se inspira en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y responde a la insistencia de la Unión Europea en fomentar vías extrajudiciales de resolución de conflictos[15].

---

[15] Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por

El artículo 5 de la Ley exige acreditar haber intentado mediación o conciliación en asuntos de familia, salvo excepciones justificadas. El objetivo principal se circunscribe en reducir la litigiosidad y reservar la intervención judicial a los casos en los que sea realmente necesaria.

No obstante, se advierten ciertos riesgos, como, por ejemplo, que la obligatoriedad de los MASC puede convertirse en un obstáculo si no se garantizan medios suficientes ni gratuidad en los supuestos de vulnerabilidad. En consecuencia, el éxito de esta medida dependerá de la dotación presupuestaria y de la formación de profesionales especializados.

III.5. Unificación de criterios: homogeneidad y seguridad jurídica

Una de las críticas más reiteradas al modelo previo de reparto competencial era la notable disparidad de criterios entre partidos judiciales y órganos jurisdiccionales, que se traducía en una práctica desigual a lo largo del territorio nacional. Esta situación generaba no solo inseguridad jurídica —al no poder preverse de manera razonable qué órgano asumiría un determinado asunto—, sino también una percepción de desigualdad de trato entre ciudadanos y operadores jurídicos. La falta de pautas uniformes para la distribución de competencias dificultaba la transparencia y comprometía la confianza en el sistema judicial.

---

la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, (https://www.boe.es/doue/2013/165/L00063-00079.pdf, consulta: 13 de octubre de 2025).

Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, (https://www.boe.es/doue/2013/165/L00001-00012.pdf, consulta: 13 de octubre de 2025).

Múltiples Recomendaciones y Comunicaciones de la Comisión Europea, promoviendo desde los años ochenta una cultura de mediación y arbitraje, como, por ejemplo: Recomendación 98/257/CE de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. DOUE L 115 de 17.4.1998. La Recomendación 2001/310/CE relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo. DOUE L 109 de 19.4.2001. Entre muchas otras.

Desde la perspectiva de la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE), la homogeneización de criterios de reparto constituye un avance significativo. La previsibilidad y la publicidad de los mecanismos de distribución refuerzan la transparencia institucional y la confianza ciudadana en la imparcialidad del Poder Judicial. Además, contribuye a reducir la litigiosidad derivada de los conflictos competenciales, un fenómeno frecuente bajo el régimen anterior.

Pero la finalidad última de esta unificación no se limita al plano técnico-organizativo. En términos más amplios, la coherencia competencial favorece la legitimidad institucional del Poder Judicial, en tanto que las decisiones sobre el reparto de asuntos dejan de depender de criterios contingentes o interpretaciones dispares. Así, la homogeneidad en la aplicación de las normas de reparto no solo garantiza la igualdad ante la Ley (art. de la 14 CE), sino que mitiga la percepción de arbitrariedad en la asignación de causas, un elemento esencial en el fortalecimiento de la confianza pública en la Justicia.

IV. IMPACTO DE LA REFORMA EN LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La aprobación de la LO 1/2025 no puede entenderse únicamente como un rediseño técnico de la organización judicial. Sus efectos se proyectan directamente sobre la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y la percepción de imparcialidad, todos ellos elementos esenciales para la legitimidad democrática del Sistema de Justicia.

En primer lugar, la reforma contribuye a mejorar la eficiencia judicial y a reducir las dilaciones indebidas. La redistribución competencial en función de criterios materiales, territoriales y funcionales se orienta a descongestionar los órganos más saturados y a garantizar un reparto equilibrado de la carga de trabajo. Según los datos del CGPJ, los procedimientos civiles ordinarios en comunidades como Madrid superaban los 22 meses de duración media, mientras que en provincias con baja litigiosidad apenas alcanzaban los 8 meses[16]. La introducción de mecanismos

[16] Consultado en la siguiente página web: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Series-estadisticas-de-actividad-de-los-organos/, consulta: 9 de octubre de 2025.

flexibles de redistribución territorial, junto con la especialización de órganos, pretende corregir estas desigualdades y asegurar una Justicia más ágil y previsible.

Un papel destacado en esta estrategia lo juegan los medios adecuados de solución de controversias (MASC), cuya obligatoriedad en determinados procesos, busca descargar a los Tribunales de litigios que pueden resolverse extrajudicialmente. En este sentido, contamos con el respaldo del TEDH, ya que en el *Asunto Alassini*[17] reconoció la legitimidad de establecer la conciliación obligatoria como requisito de procedibilidad, siempre que no se restrinja el acceso efectivo a los Tribunales. En consecuencia, la LO 1/2025 avanza en la construcción de un modelo en el que la eficiencia no se reduce a la rapidez, sino que se entiende como la capacidad de ofrecer soluciones adecuadas y justas en tiempos razonables.

La reforma también fortalece la seguridad jurídica, al homogeneizar y hacer públicos los criterios de reparto de asuntos. La previsibilidad en la atribución competencial es condición indispensable para el derecho a la tutela judicial efectiva, pues evita incertidumbres y desigualdades en el acceso a la jurisdicción. En línea con estas exigencias, el modificado art. 92 de la LOPJ obliga al CGPJ a aprobar protocolos marco de reparto de aplicación nacional, corrigiendo la dispersión que existía hasta ahora entre partidos judiciales.

Otro de los efectos relevantes de la LO 1/2025 se observa en el ámbito de la transparencia y la percepción de imparcialidad. La transparencia en el reparto competencial tiene una dimensión simbólica y práctica, ya que reduce la percepción de arbitrariedad y refuerza la confianza en la independencia de la Justicia.

Ahora bien, el impacto positivo de la reforma dependerá en gran medida de su implementación práctica. El CGPJ, en su Informe Anual 2025, ha advertido que, sin una dotación suficiente de recursos humanos y tecnológicos, la reforma corre el riesgo de convertirse en un cambio meramente formal. La especialización requiere jueces formados en materias complejas, personal cualificado y sistemas de gestión procesal que permitan redistribuir cargas de trabajo de manera eficiente. Asimismo,

---

17 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA Asunto C-317/08, de 18 de marzo de 2010, (https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79647&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2580055, consulta: 9 de octubre de 2025).

la transparencia exige no solo normas claras, sino también estrategias de comunicación institucional que acerquen la Justicia a la ciudadanía.

En definitiva, la LO 1/2025 representa un avance significativo en términos de eficiencia, seguridad jurídica y transparencia. Sin embargo, su éxito dependerá de que las medidas adoptadas no se limiten al plano formal, sino que se traduzcan en prácticas efectivas que mejoren la experiencia de los ciudadanos con el sistema judicial y refuercen su confianza en él.

La experiencia española demuestra que las reformas normativas corren el riesgo de quedar en el papel si no van acompañadas de una adecuada dotación de medios humanos y tecnológicos. En particular, la especialización exige jueces formados en materias complejas, como familia, violencia de género o insolvencias, y personal de apoyo capacitado. Asimismo, la digitalización y los sistemas de gestión procesal resultan imprescindibles para aplicar los mecanismos de redistribución territorial y funcional.

En el mismo sentido, el CGPJ, en su Informe Anual 2025[18], advirtió que la reforma corre el riesgo de quedarse en un cambio meramente formal si no se acompaña de una inversión sostenida en recursos, formación y divulgación. La transparencia, para ser efectiva, debe ser percibida por la ciudadanía a través de mecanismos accesibles, comprensibles y confiables.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La LO 1/2025 consolida la especialización de los órganos judiciales según criterios materiales, lo que mejora la calidad de las resoluciones y reduce conflictos competenciales, garantizando un acceso más efectivo a la Justicia.

SEGUNDA.- La redistribución territorial racionaliza la carga de trabajo y corrige desigualdades históricas entre partidos judiciales, disminuyendo dilaciones y reforzando la seguridad jurídica, conforme al

---

[18] Consultado en la siguiente página web: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2025–correspondiente-al-ejercicio-2024-, consulta: 10 de octubre de 2025.

art. 24 de la CE y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo.

TERCERA.- La clarificación de los criterios funcionales asegura la correcta asignación de fases procesales entre Juzgados y Tribunales superiores, evitando nulidades y fortaleciendo la predictibilidad procesal.

CUARTA.- La unificación y publicidad de los criterios competenciales refuerza la transparencia, protege contra la arbitrariedad en la asignación de casos y mejora la percepción de imparcialidad judicial, siguiendo recomendaciones de la CEPEJ y del GRECO.

QUINTA.- La efectividad de la reforma dependerá de la implementación práctica, especialmente de la dotación de recursos, formación especializada y estrategias de comunicación institucional que permitan que la ciudadanía comprenda y confíe en el sistema judicial.

SEXTA.- En conjunto, la LO 1/2025 representa un avance sustancial hacia una Justicia más accesible, eficiente y transparente, alineada con los estándares europeos de buena gobernanza judicial, fortaleciendo la tutela judicial efectiva y la legitimidad institucional del poder judicial.

El criterio de la especialización judicial y su proyección en los nuevos tribunales de instancia. Especial atención a las secciones de violencia sobre la mujer y violencia contra la infancia y la adolescencia

ANDREA JAMARDO LORENZO

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad de León

ÍNDICE: I. LA CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EFICIENCIA ORGANIZATIVA. II. REFORZAMIENTO DE LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL EN LA NUEVA ORGANIZACIÓN JUDCIAL. III. ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS SECCIONES ESPECIALIZADAS DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL. III.1. Sección de Violencia sobre la Mujer. III.2. Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia. CONCLUSIONES.

I. LA CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EFICIENCIA ORGANIZATIVA

La publicación de la Ley Orgánica (en adelante, LO) 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia implica un cambio sustancial en nuestro ordenamiento procesal orientado en todo momento a la búsqueda de la eficiencia. Sin embargo, pese al carácter transformador de esta reforma, no puede considerarse totalmente novedosa por cuanto, desde hace varios años, la constante búsqueda de la eficiencia ha sido el motor principal de gran parte de la actividad legislativa[1].

---

[1] ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia: tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambio, Marcial Pons, Madrid, 2021,* págs.26 y ss.

Además de reiterativo en cuanto a este eje recurrente (el de la búsqueda de la eficiencia procesal), en tiempos recientes ya se habían llevado a cabo varios intentos para impulsar una reforma integral del sistema de justicia, sobresaliendo especialmente la tríada de proyectos centrados en tres ámbitos clave de la eficiencia: la procesal, la organizativa —donde ya se preveía la creación de los Tribunales de Instancia para la modernización estructural del sistema judicial[2]— y la digital. Estas iniciativas formaban parte de la estrategia «Justicia 2030», promovida por el Ministerio de Justicia dentro del marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y del programa europeo *Next Generation*[3]. Sin embargo, la tramitación de dichos proyectos legislativos se vio interrumpida debido a la disolución anticipada de las Cortes Generales el 29 de mayo de 2023.

Pero el legislador no decayó en su idea de alcanzar estos tres ámbitos de la eficiencia del Servicio Público de Justicia. Las medidas relacionadas con la eficiencia digital se incorporaron en nuestro ordenamiento jurídico a través del 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. Posteriormente, la agenda Justicia 2030 se reactivó con la formación del nuevo Gobierno y, tras la aprobación previa del mencionado Real Decreto-ley 6/2023, finalmente se promulgó la LO 1/2025, que aborda la eficiencia organizativa mediante la incorporación de la nueva estructura judicial.

Como ya he adelantado, tampoco la idea de los Tribunales de Instancia es completamente novedosa. El legislador ha intentado implementar este órgano en hasta tres ocasiones: en el año 2011, en el 2014 y en el 2021 (así se preveía en el Proyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa). Precisamente el texto finalmente aprobado con la LO 1/2025 recibe notoria influencia de los proyectos anteriores, muy especialmente el del año 2021.

---

2 BARONA VILAR, S., "Los Tribunales de Instancia *trending topic en la reforma de la organización judicial española", en El proceso como garantía, (dir. Asencio Mellado, J. M. y Fuentes Soriano, O.), Atelier, Barcelona, 2023,* págs. 51 y ss.

3 JAMARDO LORENZO, A., "El difícil equilibrio entre derechos fundamentales y eficiencia del proceso: A propósito de la reciente regulación en materia de protección de datos en el ámbito penal", en *Justicia proceso y tutela judicial efectiva en la sociedad postpandemia,* (dir. Fontestad Portalés, L.), Aranzadi, Madrid, 2022.

Tal es así, que refleje ampliamente el contenido del proyecto anterior[4]. En definitiva, el nuevo mapa judicial no nace de la nada, sino que culmina un proceso largo y reiterado de propuestas que ahora se materializa en la actual figura del Tribunal de Instancia, llamada a redefinir el funcionamiento de la Justicia española.

El objetivo, tal y como señala el preámbulo de la norma, es garantizar que el acceso a la justicia suponga una consolidación efectiva de derechos y garantías, que el funcionamiento del sistema como servicio público responda a criterios de eficiencia organizativa y que la transformación digital que experimenta nuestra sociedad tenga un reflejo adecuado en el ámbito judicial. Para lograrlo, la LO 1/2025 insiste en la necesidad de adaptar las estructuras judiciales, con el fin de corregir disfunciones en el funcionamiento ordinario de juzgados y tribunales, ofrecer un servicio público que combine eficacia y justicia. De este modo, la LO 1/2025 marca un cambio estructural en la justicia española con la implantación de los Tribunales de Instancia, diseñados como pieza fundamental de la reforma y como mecanismo para optimizar la eficiencia de la Administración de Justicia. Si bien, como afirma GASCÓN INCHAUSTI, solamente el paso del tiempo permitirá comprobar si estos ambiciosos objetivos se alcanzan en la realidad[5].

El nuevo modelo judicial implica la supresión progresiva —conforme al régimen transitorio contemplado en la LO 1/2025— de los juzgados unipersonales, que serán reemplazados por los Tribunales de Instancia (o, en el caso de los Juzgados Centrales vinculados a la Audiencia Nacional, por el Tribunal Central de Instancia). Cada partido judicial contará con su propio Tribunal de Instancia, organizado en Secciones, las cuales continuarán conociendo los asuntos de manera unipersonal[6].

---

4 GASCÓN INCHAUSTI, F., "Los nuevos Tribunales de Instancia", en *La justicia en España tras la Ley Orgánica de eficiencia, (dir. Banacloche Palao, J. y Gascón Inchausti, F.), Aranzadi, Navarra, 2025,* págs. 69 y ss.

5 *Ibidem.*

6 GONZÁLEZ GRANDA, P., "La supresión de los juzgados y el pretendido funcionamiento colegiado de la primera instancia: algunas dudas en materia de jurisdicción y competencia", *Diario la Ley, núm. 10702, 2025.*

En este contexto de reforma estructural, conviene precisar qué debe entenderse por eficiencia procesal. Noción que, si bien encuentra su origen en la noción económica de reducción de costes[7], ha sido adaptado para atender a las particularidades del proceso judicial. En el contexto de la LO 1/2025 y a la luz de las medidas que establece, dicho concepto se construye en torno a tres ejes fundamentales: en primer lugar, como mecanismo de agilización procedimental[8]; en segundo término, como instrumento de optimización de recursos y reorganización del modelo judicial[9]; y, en tercer lugar, como principio que debe conjugarse con la preservación de las garantías procesales[10].

---

7 En cuanto a la conceptualización de la eficiencia procesal dentro del sistema judicial, el legislador parte del término económico, vinculándolo al análisis económico del derecho, y define la eficiencia como un mecanismo orientado a la reducción de costes. No obstante, esta concepción estrictamente económica puede generar una separación entre la finalidad de abaratar los costes y la necesidad de preservar las garantías y derechos fundamentales, ya que la eficiencia económica se entiende como un instrumento racional y objetivo que no prioriza el ideal de justicia ni el respeto a sus garantías. Esta perspectiva podría llevar a equiparar al litigante con un consumidor del "producto justicia", una idea que debe considerarse errónea. Por ello, es imprescindible adaptar el concepto de eficiencia para su introducción en el ámbito procesal, atendiendo especialmente al equilibrio necesario entre la búsqueda de eficiencia y la protección efectiva de los derechos y garantías fundamentales. *Vid. AMRANI MEKKI, S., "Garantías frente a eficiencia: ¿Es lo racional siempre razonable?", en Justicia: ¿garantías "versus" eficiencia?, (dir. Jiménez Conde, F. y Bellido Penadés, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 33.*

8 Así, el Título II incorpora diversas medidas orientadas a aliviar la carga de trabajo de los órganos judiciales y a agilizar la resolución de los conflictos, entre las que destaca la implantación de los MASC (Medios Adecuados de Solución de Controversias) como requisito de procedibilidad en el orden jurisdiccional civil.

9 Resulta especialmente relevante la implantación de los Tribunales de Instancia, concebida para promover modelos organizativos colegiados y eficientes, junto con las reformas en materia de digitalización introducidas por el Real Decreto-ley 6/2023.

10 Si bien la Ley parte de una noción económica de eficiencia orientada a la reducción de costes, subraya que esta no puede alcanzarse a expensas de las garantías procesales ni de los derechos fundamentales. En este sentido, el Preámbulo insiste en la importancia de mantener un equilibrio entre la eficiencia operativa y la protección de los derechos individuales.

En síntesis, la reforma procesal promovida por la LO 1/2025 se enmarca en un contexto amplio de transformación y modernización judicial orientado a mejorar la eficiencia sin sacrificar la justicia ni los derechos fundamentales.

II. REFORZAMIENTO DE LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL EN LA NUEVA ORGANIZACIÓN JUDICIAL

El propio Preámbulo de la LO 1/2025 subraya que la especialización, junto con la homogeneidad y la capacidad organizativa, como una de las cualidades fundamentales para lograr un modelo de justicia eficiente desde la perspectiva de la eficiencia organizativa. En línea con esta idea, la LO busca claramente un reforzamiento de la especialización judicial y, para ello, uno de los objetivos es la dotación adecuada de medios humanos y materiales necesarios para el correcto desempeño de sus funciones jurisdiccionales. Esto evidencia que la especialización constituye uno de los objetivos esenciales de la LO 1/2025.

Es indudable que la necesidad de fortalecer la especialización judicial ha contado con un amplio respaldo en la doctrina. Entre otros, GIMENO SENDRA sostenía, al analizar la propuesta de creación de los Tribunales de Instancia de 2011, que los juzgados especializados (materializados con la reciente LO 1/2025 como Secciones del Tribunal de Instancia) podrían organizarse dentro de estos Tribunales, de manera que los asuntos se asignarían al órgano correspondiente según las normas de reparto, el cual asumiría de forma definitiva su competencia[11].

En este marco, resulta necesario precisar con mayor rigor el alcance del criterio de especialización judicial, ya que no se trata de una noción unívoca, sino de un concepto que puede abordarse desde distintas perspectivas. En términos generales y dentro del campo jurídico, en palabras de CARO CATALÁN, la especialización se refiere al conjunto de saberes específicos que un juez puede tener, más allá de los conocimientos generales, lo cual, puede incidir indirectamente en la calidad del servicio

---

11 GIMENO SENDRA, V., *La simplificación de la Justicia Penal y Civil, Editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020,* págs. 15 y 16.

jurisdiccional[12]. Partiendo de esta base, para que el criterio de especialización sea aplicado de forma adecuada, es necesario integrarlo en la estructura organizativa del sistema judicial, lo que nos conduce al concepto de especialización judicial orgánica: aquella especialización que afecta al propio órgano jurisdiccional y que, comúnmente, tiene implicaciones en los criterios de atribución de la competencia[13].

Así las cosas, la especialización orgánica presenta un alcance limitado, dado que el sistema judicial combina elementos de generalidad y de especialización, sin que existan órganos que respondan en sentido puro a una u otra categoría[14]. Según lo dispuesto en la LOPJ, el sistema jurisdiccional español presenta dos grados de especialización. El primero está integrado por los cuatro órdenes jurisdiccionales que conforman la estructura básica de la jurisdicción única. El segundo nivel se manifiesta en la creación de órganos con competencia en materias específicas, que requieren un conocimiento más técnico o una atención particularmente cualificada[15]. Ahora bien, más allá del enfoque organizativo y de la búsqueda de eficiencia procesal que inspira la LO 1/2025, la especialización judicial debe entenderse también como una vía para garantizar un acceso más equitativo y efectivo a la justicia, especialmente para quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad[16].

En definitiva, la especialización judicial se configura en la LO 1/2025 no solo como una herramienta al servicio de la eficiencia, sino que su propósito último es garantizar una respuesta jurisdiccional más cualificada y sensible ante las realidades sociales contemporáneas[17]. De este modo, la

---

12 Muy vinculado también con el Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial (art. 307 LOPJ). *Vid. CARO CATALÁN, J., "Especialización judicial y acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas, núm. 9, 2024,* págs. 161 y ss.

13 *Ibid., pág. 161.*

14 DOMÉNECH PASCUAL, G. y MORA-SANGUINETTI, J. S., "El mito de la especialización judicial", *InDret, núm. 1, 2015, pág. 10.*

15 CARO CATALÁN, J.: "Especialización judicial y acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", *Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas, núm. 9, 2024,* págs.162 y ss.

16 *Ibidem.*

17 GASCÓN INCHAUSTI, F., "Los nuevos Tribunales de Instancia", en *La justicia en España tras la Ley Orgánica de eficiencia, (dirs. Banacloche Palao, J. y Gascón Inchausti, F.), Aranzadi, Navarra, 2025,* págs. 98 y ss. aporta un análisis más detallado de la materia.

especialización deja de ser una mera estrategia de gestión para convertirse en un criterio estructural que refuerza la legitimidad del Poder Judicial, al mejorar tanto la calidad técnica de las resoluciones como la protección efectiva de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad.

III. ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS SECCIONES ESPECIALIZADAS DEL TRIBUNAL DE INSTNACIA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL

Partiendo de las ideas desarrolladas en el apartado anterior, resulta indudable que la nueva organización judicial de las Secciones del Tribunal de Instancia constituye una manifestación clara del criterio de especialización orgánica mencionado. Si bien nos encontramos con algunas Secciones existentes previamente en modalidad de juzgado unipersonal, otras —en cambio— son de nueva creación, como es el caso de las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, así como el añadido de «Infancia y Capacidad» a la Sección de Familia, Infancia y Capacidad.

Cabe precisar que el análisis se enfocará específicamente en el fortalecimiento de la especialización judicial correspondiente al segundo nivel, es decir, la especialización de órganos judiciales concretos (y, en particular, de las Secciones de Violencia sobre la Mujer y de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia).

III.1. Sección de Violencia sobre la Mujer

En cuanto a la Sección de Violencia sobre la Mujer, esta se configura a partir del antiguo Juzgado de Violencia sobre la Mujer, conservando las mismas atribuciones que tenía previamente, a las que se añade una nueva competencia. En tal sentido, recordemos que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se crearon a partir de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[18], con el objetivo de ofrecer una respuesta judicial especializada y coordinada frente a esta forma de violencia.

---

[18] GONZÁLEZ GRANDA, P., "Los Juzgados de Violencia contra la Mujer en la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", *La Ley penal: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 2, 2005*, págs. 1623 y ss.

La nueva competencia de la Sección de Violencia sobre la Mujer a la que aludíamos abarca la instrucción de delitos sexuales cometidos contra mujeres, incluyendo: delitos contra la libertad sexual, mutilación genital femenina, matrimonio forzado, acoso con connotación sexual y trata con fines de explotación sexual. Esta atribución se ejerce independientemente de que el autor del delito tenga o haya tenido una relación de pareja con la víctima[19], ampliando así de manera significativa el ámbito material de actuación de estos órganos.

Esta ampliación competencial supone un incremento considerable de la carga de trabajo para las secciones especializadas, circunstancia que ya ha sido objeto de críticas y advertencias por parte de jueces y juezas, quienes alertan del riesgo de saturación si no se acompaña la reforma con un refuerzo suficiente de medios personales y materiales[20]. A ello se añade que la Sección de Violencia sobre la Mujer ostenta una competencia preferente respecto de la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia[21], de modo que, en los casos en los que un mismo asunto pudiera tramitarse ante ambas, corresponderá su conocimiento a la primera.

Un aspecto que suscita especial reflexión es el relativo a la violencia vicaria, particularmente en los supuestos en los que las víctimas directas

---

19 MAGRO SERVET, V., "Constitución y competencia de los Tribunales de Instancia en las secciones de violencia sobre la mujer y de violencia contra la infancia y la adolescencia", *Diario la Ley, núm. 10637, 2025*.

20 Ahora bien, la asunción de estas nuevas atribuciones en materia de violencia sexual por parte de la Sección de Violencia sobre la Mujer no ha estado exenta de críticas. Algunos jueces y juezas han señalado posibles riesgos de sobrecarga y colapso, pues ante la inclusión de los delitos de violencia sexual, podrían aumentar significativamente el volumen y la complejidad de los casos asignados a esta Sección. Al respecto, puede consultarse la noticia en el siguiente enlace: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAyMjQ0NbVQK0stKs7Mz7MNy0xPzStJVctJTErNcc5PSQ1JrSixBYqlFmUmuxYV5RcBAIp_W-k7AAAAWKE, consulta: 05/03/2025. Si bien ya se ha anunciado que se tomarán medidas de refuerzo ante esta posible situación. *Vid. la siguiente noticia:* https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAA3IsQqAIBAG4LdxVgm3m8y1Sdov_QnhULgsevz6xq_VSluy1nrvgguLeaBXG532dqJPGOEDEkdFxjvpP2grSXWoKQLWlSciC3plpaw3PvYxKdZSAAAAWKE, consulta: 3/10/2025.

21 GASCÓN INCHAUSTI, F., "Los nuevos Tribunales de Instancia", en *La justicia en España tras la Ley Orgánica de eficiencia, (dirs. Banacloche Palao, J. y Gascón Inchausti, F.), Aranzadi, Navarra, 2025,* págs. 85 y ss.

son menores de edad[22]. Esta forma de violencia, entendida como aquella ejercida contra los hijos o hijas con el propósito de causar daño a la mujer, ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia como una de las manifestaciones más graves de la violencia de género[23]. En consecuencia, su conocimiento corresponde a la Sección de Violencia sobre la Mujer siempre que haya conexión con un delito de violencia de género[24], reforzando el enfoque especializado de estos órganos en la protección integral de las víctimas.

Por otro lado, surgen interrogantes cuando la violencia vicaria se dirige contra animales de compañía vinculados afectivamente a la víctima[25]. Aunque la Ley 17/2021 reconoce el valor emocional y simbólico de estos vínculos, la LO 1/2025 no aborda de manera expresa la competencia judicial en tales supuestos. Ello plantea la necesidad de una futura clarificación normativa que permita encuadrar adecuadamente estos comportamientos dentro de la violencia de género, garantizando una respuesta judicial coherente y protectora frente a todas las formas de violencia que se utilizan como instrumento de control o intimidación hacia la mujer.

En relación con este último punto, cabe destacar que ya existe precedente que reconoce la violencia vicaria dirigida contra animales de compañía como instrumento de daño hacia la víctima. Así, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia condenando por violencia vicaria en un caso en el que el condenado mató

---

22 Importante recordar que actualmente está en tramitación el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de violencia vicaria, cuya finalidad es visibilizar, reconocer, prevenir, sancionar y erradicar la violencia vicaria. *Vid.:* https://sl1nk.com/cUmBZ.

23 MAGRO SERVET, V., "No matarás… a tus propios hijos. El drama de la violencia vicaria", *Diario la Ley, núm. 10194, 2022.*

24 Al contrario, cuando no se aprecie esta vinculación la competencia recaerá en la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia. *Vid. MAGRO SERVET, V., "Las nuevas secciones de violencia contra la infancia y adolescencia de los tribunales de instancia investigarán la violencia vicaria", Diario la Ley, núm. 10647, 2025.*

25 Cuestión de gran interés, ya analizada por GONZÁLEZ GRANDA desde la perspectiva de la teoría del vínculo entre el maltrato animal y la violencia interpersonal. Al respecto, *vid. GONZÁLEZ GRANDA, P. y JAMARDO LORENZO, A., "Proyección en ámbito procesal penal de la consideración de los animales como seres sintientes (LO 3/2023, de 28 de marzo, de modificación del Código Penal)", en Protección de los derechos y el bienestar de los animales de compañía desde una orientación procesal y una mirada criminológica. Entre el deslumbramiento y la impostura, (auts. González Granda, P.; Yugueros Prieto, N. y Jamardo Lorenzo, A.), Dykinson, Madrid, 2025,* págs. 272 y ss.

al animal de compañía con la finalidad de causar daño a la pareja, reconociendo expresamente que este acto constituye una manifestación de violencia vicaria en el marco de la violencia de género[26].

En suma, la evolución de la Sección de Violencia sobre la Mujer evidencia el compromiso del legislador con la especialización judicial como medio para ofrecer una respuesta más eficaz, sensible y coherente frente a la violencia de género y, ahora, también la violencia sexual. La ampliación de su ámbito competencial refuerza su papel como órgano especializado dentro del nuevo modelo de Tribunales de Instancia, consolidando un enfoque integral en la protección de las víctimas de este tipo de violencia. No obstante, esta especialización plantea también el desafío de asegurar que los recursos humanos y materiales acompañen al incremento de funciones, para que la especialización no se traduzca en sobrecarga.

III.2. Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia

La creación de esta novedosa Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia[27] es resultado del mandato contenido en la disposición final vigésima de la LO 8/2021 para la creación de los Juzgados homónimos[28]. No habiéndose cumplido el citado mandato en plazo, es ahora —con la creación de los Tribunales de Instancia— cuando se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico.

Busca ofrecer una atención especializada a la infancia y adolescencia víctimas de violencia, mediante la preparación específica de los órganos judiciales y de sus titulares en la instrucción y enjuiciamiento de delitos cometidos contra menores. La norma subraya que la urgencia de esta adaptación responde a la realidad de la violencia contra niños y adolescentes, con el objetivo de proteger sus derechos y garantizar un acceso más eficaz a la Justicia.

---

26 Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de las Palmas de Gran Canaria, núm. 260/2025, de fecha 22 de septiembre de 2025.

27 En atención al régimen transitorio, esta Sección no entra en vigor hasta el próximo 31 de diciembre de 2025.

28 BELTRÁN MONTOLIU, A., "Víctimas vulnerables: Especial referencia al Estatuto del Menor a la luz de la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia", *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas, núm. 3, 2021,* págs. 117 y ss.

Con la introducción, en nuestro ordenamiento jurídico, de las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia se pretende una especialización judicial para la protección de los menores que son víctimas de delitos. Estas secciones especializadas estarán compuestas por jueces y fiscales con formación específica en violencia infantil[29], lo que busca garantizar una atención más profesional y empática hacia los menores; la mejora de la calidad de la Justicia y acelerar los procesos judiciales, reduciendo el tiempo de espera para los afectados. En tal sentido, el impacto que pretende esta especialización es innegable y se puede sintetizar en dos objetivos específicos: por un lado, reforzar la eficiencia operativa del sistema judicial con la intención de agilizar los procedimientos; por otro, priorizar el bienestar emocional de los menores[30].

A continuación, expondré brevemente lo que establece la LOPJ en relación con la competencia y algunas reflexiones sobre problemas que pueden advertirse. Es preciso matizar que, al referirme a la competencia, lo hago en un sentido más próximo a las atribuciones funcionales que a la estricta determinación de la competencia jurisdiccional. Ello se debe a que la reforma introducida por la LO 1/2025 plantea ciertas incertidumbres: si bien el ejercicio de la función jurisdiccional generalmente se mantiene, en la práctica, de forma unipersonal en las Secciones, el artículo 26 de la LOPJ atribuye la potestad jurisdiccional exclusivamente a los Tribunales de Instancia, sin efectuar una referencia expresa a dichas Secciones.

En particular, la Ley establece que la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia tendrá competencia para Instruir delitos cometidos contra menores de edad, incluyendo:

a) Homicidio, aborto, lesiones o lesiones al feto.

---

[29] De hecho, recientemente el CGPJ ha aprobado un acuerdo reglamentario sobre formación especializada de la Carrera Judicial, con cursos impartidos por la Escuela Judicial en materia de Familia, Infancia y Capacidad y Violencia contra la Infancia y la Adolescencia. Al respecto, puede consultarse la noticia en el siguiente enlace: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-un-acuerdo-reglamentario-sobre-formacion-especializada-de-la-Carrera-Judicial-en-materia-de-Familia–Infancia-y-Capacidad-y-Violencia-contra-la-Infancia-y-la-Adolescencia, consulta: 25/09/2025.

[30] Sin duda, el sistema de protección es muy similar al seguido por la LO 1/2004 y, en consecuencia, el funcionamiento de estas Secciones se materializa en la LO 1/2025 en sintonía con el funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

b) Delitos contra la libertad, delito de torturas y contra la integridad moral, delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, delitos contra la libertad e indemnidad sexual[31], delitos contra el honor, delitos contra las relaciones familiares, o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación.

c) Delito de trata de seres humanos.

d) Delito de quebrantamiento previsto cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea niño, niña o adolescente.

Además de la instrucción, esta Sección será competente para adoptar medidas cautelares, dictar órdenes de protección a las víctimas, emitir y ejecutar instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, y dictar sentencias de conformidad, siempre en el ámbito de los procesos penales con víctimas menores. Finalmente, tendrá atribuido el conocimiento de los delitos leves cometidos contra menores de edad.

La efectividad real de esta Sección podría verse limitada en los supuestos de delitos conexos u otros delitos cometidos contra menores en los que se produzca un solapamiento competencial con la Sección de Violencia sobre la Mujer[32]. Oportuno es señalar, sin embargo, que el debate sobre la posible concurrencia de competencias entre las Secciones de Violencia sobre la Mujer y de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia en delitos sexuales cometidos contra mujeres menores de edad ha sido resuelto por la STS 44/2026, de 28 de enero, que sostiene que la competencia se atribu-

---

31 Resulta sorprendente que en la LECrim no se ha incluido expresamente entre los delitos instruidos por esta Sección los de carácter sexual contra menores, aunque —como se ha señalado— sí se prevé en la LOPJ (art. 89 bis.5). Esto parece más un error legislativo que una omisión intencionada. No obstante, considerando que la LOPJ reconoce esta atribución, naturalmente se entiende que estos delitos también corresponderán a la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia (A ello se suma el hecho de que la LECrim sí hace expresa referencia a "cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación cuando la víctima sea menor"). Por tanto, la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia podrá conocer de esos asuntos, salvo en los casos en que exista concurrencia con la Sección de Violencia sobre la Mujer, que conocerá esta última (arts. 14.7 y 14.5 h LECrim).

32 TORRES ROSELL, N., "Algunas cuestiones orgánicas y procesales en torno a la creación de la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia por la LO 1/2025, de 2 de enero", *Diario la Ley, núm. 10718, 2025.*

ye a la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, conforme a la LOPJ. Tampoco debe olvidarse, además, que cuando el autor del delito sea igualmente menor de edad, aunque las víctimas lo sean también, la competencia recaerá en la Sección de Menores, conforme al régimen previsto para tales supuestos en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

En conclusión, esta breve exposición pretende reflejar los retos que plantea la materia, especialmente considerando las dificultades que introduce la nueva regulación con la supresión de los juzgados unipersonales. En el futuro, será importante profundizar en las implicaciones reales de la competencia que se atribuye a las Secciones, más allá de lo que diga literalmente la Ley.

IV. CONCLUSIONES

La LO 1/2025 supone un hito en el proceso de modernización de la Administración de Justicia española, al introducir una reconfiguración estructural orientada hacia la eficiencia organizativa y la especialización funcional. La creación de los Tribunales de Instancia marca un cambio de paradigma que, aunque no plenamente novedoso, culmina un largo recorrido de propuestas e intentos legislativos que buscaban superar las limitaciones del modelo de juzgados unipersonales.

En este nuevo contexto, la especialización judicial se erige como uno de los ejes fundamentales de la reforma. No sólo se concibe como un instrumento para mejorar la eficiencia procesal, sino también como un mecanismo para reforzar la tutela judicial efectiva y garantizar una respuesta más adecuada frente a realidades especialmente sensibles. El modelo de Secciones especializadas dentro de los Tribunales de Instancia evidencia la voluntad del legislador de consolidar una justicia más técnica, homogénea y sensible ante los colectivos vulnerables.

En particular, las Secciones de Violencia sobre la Mujer y de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia son expresiones paradigmáticas de este compromiso. Ambas materializan la evolución de un sistema judicial que busca ofrecer una atención integral a las víctimas de violencia de género e infantil, incorporando la formación específica de los operadores jurídicos y la adaptación orgánica de los órganos competentes. Sin embargo, la ampliación de competencias, especialmente en materia de delitos sexuales y violencia vicaria, plantea desafíos operativos que requieren

un reforzamiento efectivo de medios personales y materiales para evitar la sobrecarga y garantizar el cumplimiento real de los fines perseguidos.

En definitiva, la reforma operada por la LO 1/2025 ofrece una oportunidad para fortalecer el principio de especialización judicial como valor estructural del sistema. No obstante, su éxito dependerá de la correcta implementación práctica, de la dotación de recursos y de la capacidad institucional para asumir los retos derivados de la transformación. Solo entonces podrá afirmarse que los Tribunales de Instancia representan no solo una mejora organizativa, sino un verdadero avance en la protección de los derechos y en la calidad de la justicia en España.

Ahora bien, la reforma suscita importantes interrogantes competenciales. La LO 1/2025 atribuye la potestad jurisdiccional al Tribunal de Instancia (art. 26 LOPJ), sin mención expresa a las Secciones, que sin embargo son las que materialmente tienen asignadas esas atribuciones competenciales. Surge, por tanto, la duda de si estas Secciones son auténticos órganos jurisdiccionales o meras unidades funcionales de reparto interno. Si bien, en la literalidad de la LOPJ se entiende que no ostentan este carácter de órgano jurisdiccional. Por tanto, la noción de «competencia» podría diluirse. Ello supondría, de facto, una reducción de la significación del presupuesto procesal de competencia, despojándolo de su dimensión garantista y convirtiéndolo en una cuestión meramente interna del Tribunal de Instancia. Este problema no es menor: la competencia constituye un presupuesto procesal esencial vinculado al principio de juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

La negociación obligatoria previa al proceso y la litispendencia

GUILLERMO SCHUMANN BARRAGÁN

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

ÍNDICE. I. INTRODUCCIÓN. II. LA LITISPENDENCIA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL. II.1 El *dies a quo* del inicio de la litispendencia; II.2 Los efectos procesales y materiales de la litispendencia. III. LA LITISPENDENCIA INTERNACIONAL Y LA NEGOCIACIÓN OBLIGATORIA PREVIA AL PROCESO. III.1 La litispendencia internacional y la negociación obligatoria previa al proceso en el RBIbis: el asunto *Schlömp* (C-467/16); III.2 La litispendencia internacional en la Ley de cooperación jurídica internacional. IV. LA (INEXISTENTE) LIITISPENDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN OBLIGATORIA PREVIA AL PROCESO. IV.1 La negociación obligatoria previa y la litispendencia en la LOEP; IV.2 La negociación obligatoria previa y la litispendencia en la LEC; IV.3 Las medidas cautelares *ante demandam*, las medidas de aseguramiento de la prueba y la buena fe procesal como solución a los riesgos que genera la negociación obligatoria previa. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 5.1 de la LO 1/2025 (en adelante, LOEP) ha establecido que, como regla general, «para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias». El precepto (re)incorpora así la negociación obligatoria previa al ejercicio de acciones judiciales en el ordenamiento procesal español.

La solicitud de iniciar una negociación pone en alerta al futuro demandado sobre la posibilidad de que se ejerciten acciones judiciales frente a él. Durante el tiempo que duran las negociaciones —o que debe esperar el futuro actor para interponer la demanda (art. 10.4 LOEP)— el requerido puede llevar a cabo comportamientos que frustren el proceso judicial: *v.gr.*, interponer un «torpedo» nacional o internacional o transmitir los bienes o los derechos que serán litigiosos. Estas actuaciones de dudosa o evidente mala fe procesal pueden afectar al futuro proceso o a la tutela que en él se pretenda.

> Ejemplos. Ticio pretende demandar a Cayo ante la sección de lo mercantil del Tribunal de Instancia de Madrid por incumplir un contrato de transporte internacional de mercancías entre Alemania y España. Para cumplir con el requisito de procedibilidad, Ticio le propone a Cayo el inicio de una concilia-

> ción ante la Cámara de Comercio de Madrid. Ticio no contesta a la solicitud, sino que presenta una demanda ante los tribunales alemanes pidiendo que se declare que no ha incumplido el contrato —algo que puede hacer de inmediato, dado que en Alemania no existe un requisito de procedibilidad como el introducido en nuestro sistema por la LOEP—.
> Ticio pretende demandar a Cayo ante la sección de lo mercantil del Tribunal de Instancia de Barcelona por infracción de una patente de la que es titular. Para cumplir con el requisito de procedibilidad, Ticio le propone a Cayo el inicio de una conciliación ante un notario. Cayo acude a la conciliación, que termina sin acuerdo. Unos minutos después de salir del acto de conciliación Cayo interpone una acción de nulidad de la patente ante la sección de lo mercantil del Tribunal de Instancia de Madrid.
> Ticio quiere demandar a Cayo ante la sección de lo civil del Tribunal de Instancia de Barcelona pretendiendo que le venda un piso al que se ha comprometido. Para cumplir con el requisito de procedibilidad, Ticio le envía un correo electrónico a Cayo proponiéndole llegar a un acuerdo. Durante ese tiempo, Cayo vende el piso a un tercero.

En este contexto, el trabajo tiene como finalidad examinar la incidencia que tiene la obligación de negociar en el marco de un medio adecuado de solución de controversias (art. 5.1 LO 1/2025) en la institución de la litispendencia. Para ello *(i)* se hará un examen de la litispendencia en el ordenamiento procesal español, lo que ayudará a articular el discurso y el análisis posteriores; *(ii)* se examinará la relación entre la litispendencia y la negociación obligatoria previa al ejercicio de acciones judiciales desde la perspectiva del Derecho procesal civil europeo e internacional; y, por último, *(iii)* se estudiará el tema desde una perspectiva (meramente) nacional, profundizando en las soluciones que *de lege data* y *de lege ferenda* son más adecuadas.

II. LA LITISPENDENCIA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL

La litispendencia, como es bien conocido, es una situación jurídico-procesal «consistente en que un proceso se halle pendiente de resolución» ante un tribunal[1]. Esta situación jurídica despliega un conjunto de efectos procesales y materiales, que nacen de distintas normas procesales y materiales que integran la pendencia del proceso en su supuesto de hecho.

---

[1] GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil,* Madrid, 2025, pág. 267.

Con la finalidad de articular el análisis posterior, es imprescindible hacer ahora una serie de consideraciones generales sobre la regulación de la litispendencia en el ordenamiento procesal español.

II.1. El dies a quo del inicio de la litispendencia

El artículo 410 LEC determina que «[l]a litispendencia, con todos sus efectos *procesales*, se produce *desde la interposición de la demanda, si después es admitida»*. El precepto fija así el *dies a quo* del inicio de la litispendencia: desde que se interpone la demanda existe un estado de *litispendencia latente* o en potencia, que se consolida con su admisión[2].

> La idea de latencia de la litispendencia influye en el tratamiento procesal de los efectos excluyentes que se proyectan *ad extra*. Si se interpone otra demanda con el mismo objeto durante este tiempo, el segundo tribunal deberá suspender el proceso hasta que la primera demanda sea admitida. Hasta que esto no suceda y se consolide la situación no podrá acordarse el sobreseimiento del segundo proceso (art. 421 LEC). Esta solución de suspensión temporal a la espera de que el primer tribunal afirme su competencia es la prevista en el artículo 29 RBIbis. Esta situación —aunque poco usual en la práctica— puede ocurrir cuando se interpongan dos demandas con objetos idénticos ante tribunales de partidos judiciales con distinta carga de trabajo, lo que provoque que los procesos avancen a una velocidad desigual.

De este modo, el artículo 410 LEC da por zanjada la antigua discusión sobre el *dies a quo* de la litispendencia que existía con la LEC de 1881[3]. Y es que, por lo menos en abstracto, la litispendencia puede comenzar *(i)* con la interposición de la demanda, *(ii)* con su admisión, *(iii)* con la notificación de la demanda al demandado o *(iv)* con la contestación a la demanda. La elección del momento depende de cuándo se considera constituida la relación jurídico-procesal: es decir, el momento en el que nace en el tribunal

---

[2] TAPIA FERNÁNDEZ, I., "Comentario del art. 410" en CORDÓN MORENO, F., *et al., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil I,* 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 1711; FAIRÉN GUILLÉN. V., *Estudios de Derecho Procesal,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 506-507.

[3] FAIRÉN GUILLÉN. V., *Estudios de Derecho Procesal, op. cit.,* págs. 491-507; SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Litispendencia", *Revista de Derecho Procesal, 1969,* págs. 656-663; GUTIÉRREZ DE CABIDES, E., "La litispendencia", *Revista de Derecho Procesal,* 1969-3, págs. 635-640. Se hacen eco de esta evolución las SSAP de Madrid, sección 10ª, núm. 227/2010 [ES:APM:2010:6295] y núm. 675/2008 de 12 de noviembre del 2008.

la obligación de decidir (arts. 1.7 CC y 24 CE) y en las partes las cargas y los deberes procesales que les son propios. El *dies a quo* de la litispendencia va por ello unido a la propia concepción que se tiene del proceso como institución.

> El *dies a quo* del inicio de la litispendencia no es homogéneo en los distintos ordenamientos de la UE. En Alemania, por ejemplo, la litispendencia empieza con la interposición de la demanda: *Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet* [§ 261(1) ZPO][4]. En Portugal la litispendencia, en cambio, se inicia con la notificación al demandado: *«A litispendência deve ser deduzida na ação proposta em segundo lugar. Considera-se proposta em segundo lugar a ação para a qual o réu foi citado posteriormente»* (art. 582 CPC). Estas divergencias entre ordenamientos procesales suponen un obstáculo para el buen funcionamiento del espacio europeo de justicia y explican la necesidad de realizar una regulación autónoma en el RBIbis (*vid. infra).*

Históricamente los códigos procesales —españoles y europeos— han incorporado uno u otro momento para anclar la litispendencia. En un periodo en el que se entendía que el proceso era fruto del contrato procesal en el que consistía la *litis contestatio* tenía todo su sentido situar en la contestación a la demanda el nacimiento de la relación jurídico-procesal[5]. La consolidación de los derechos de los justiciables frente a la administración de justicia a mediados del siglo pasado ha influido en la propia concepción del proceso como instrumento para el ejercicio y satisfacción de derechos fundamentales procesales. Y esto ha repercutido también en la litispendencia.

A través del proceso el actor pretende *del tribunal* una tutela declarativa, constitutiva o de condena (art. 5 LEC). La demanda constituye así el vehículo formal por el que se pretenden del Estado estas tutelas y, por ello, el momento en el que se ejercita el derecho al proceso y se activa la función jurisdiccional (art. 117.3 CE). La fijación del *dies a quo* de la litispendencia

---

4 MUSIELAK-VOIT/FOERSTE, "§ 261 ZPO", Rn. 3; VORWERK-WOLF/BACHER, "§ 261 ZPO", Rn. 5; MüKoZPO/BECKER-EBERHARD, "§ 261 ZPO", Rn. 9; SAENGER/SAENGER, "§ 261 ZPO", Rn. 6.

5 FAIRÉN GUILLÉN. V., "Una perspectiva histórica del proceso: la "litis contestatio" y sus consecuencias", *Anales de la Universidad de Valencia,* 1952, vol. 26, cuaderno 3, págs. 7-45; CHOZAS ALONSO, J. M., *La perpetuatio iurisdictionis: un efecto procesal de la litispendencia,* Comares, 1995, págs. 4-13.

en el momento de la interposición de la demanda es coherente con esta concepción del proceso[6].

El tenor literal del artículo 410 LEC ha llevado a descartar que otras actuaciones procesales previas a la demanda produzcan litispendencia: la solicitud de diligencias preliminares (art. 256 *et seq.* LEC), la solicitud de medidas de aseguramiento de la prueba (art. 297 *et seq.* LEC), la solicitud de acceso a fuentes de prueba [art. 283 bis a) LEC] o la solicitud de medidas cautelares *ante demamdam* (art. *730.2 LEC).* En todos estos casos se está ante herramientas procesales que facilitan la preparación de una demanda o que aseguran la efectividad del proceso en sí o de la tutela que a través de él se quiere obtener: ninguno de ellos constituye un acto formal de petición de tutela declarativa ordinaria, sino que son instrumentos procesales que están a su servicio.

> Además, la litispendencia se asocia a la interposición de una demanda en un procedimiento declarativo, ordinario y plenario. Especialmente interesante es por ello el debate sobre la producción de litispendencia en los procesos sumarios —entre sí y entre estos y un proceso declarativo plenario—. La litispendencia, como es bien conocido, es una institución cautelar de la futura eficacia negativa o excluyente de la cosa juzgada material: por eso, ahí donde esta última no se espere, no debería producirse la primera. Con todo, parece haber consenso en que el inicio de los procesos sumarios —*v.gr.* un procedimiento de desahucio o de tutela sumaria de la posesión (art. 250.1.1º y 4º LEC)— despliega los efectos procesales excluyentes de la litispendencia respecto de ese mismo tipo de procesos. Ahora bien, no es posible paralizar un proceso sumario por el inicio de un declarativo con el mismo objeto, ni a la inversa.[7] La naturaleza de los procesos es distinta, pues responden a funciones diferentes. Esta postura desconecta la litispendencia de su función protectora de la futura cosa juzgada material, pero promueve la economía procesal y evita actuaciones fraudulentas.
>
> El proceso monitorio no genera litispendencia, pero sí un efecto de latencia que se consolidará si finalmente existe oposición al requerimiento de pago y se inicia un proceso declarativo[8]. La presentación de una petición inicial de un proceso monitorio marca así el *dies a quo* de la litispendencia del proceso

---

6 FAIRÉN GUILLÉN. V., "Una perspectiva histórica", *op. cit.,* págs. 32-34; GUTIÉRREZ DE CABIDES, E., "La litispendencia", *op. cit.,* pág. 638.

7 GUTIÉRREZ DE CABIDES, E., "La litispendencia", *op. cit.,* págs. 633-635. Esta es la solución que se defiende actualmente en Alemania VORWERK-WOLF/BACHER, "§ 261 ZPO", Rn. 2; MüKoZPO/BECKER-EBERHARD, "§ 261 ZPO", Rn. 14, 42.

8 LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La regulación del proceso monitorio y su aplicación por los tribunales,* La Ley, Madrid, 2019, págs. 384-385, —y sobre la *perpetuatio iurisdictionis* en caso de cambio de domicilio del deudor una vez presentada la petición inicial del proceso monitorio *vid.* págs. 229-231—. La misma solución se defiende en Ale-

> declarativo posterior. En el proceso monitorio se pretende una tutela declarativa no jurisdiccional por la que se constate la no oposición a la provocación hecha mediante el requerimiento de pago (art. 815 LEC)[9]. Y, por eso, una vez iniciado el proceso monitorio deberá suspenderse —por el estado de latencia de la litispendencia *(vid. supra)*— un proceso paralelo iniciado por el deudor en el que se pretenda que no debe pagar el crédito.

II.2. Los efectos procesales y materiales de la litispendencia

La litispendencia produce efectos procesales y materiales de distinto tipo. Entre los efectos procesales están el efecto negativo o excluyente *ad extra* de la litispendencia —la excepción de litispendencia—, *la perpetuatio iurisdictionis,* la prohibición de *mutatio libelli* y la regla de *ut lite pendente nihil innovetur* —en la que deben incluirse la *perpetuatio legitimationis, obiectus y valoris*—[10]. El artículo 410 LEC, delimitando su propio ámbito objetivo, aclara que son estos efectos procesales los que nacen con la interposición de la demanda.

> Hay efectos procesales asociados a la litispendencia que no nacen con la interposición de la demanda. La prohibición de *mutatio libelli* técnicamente se activa con la contestación a la demanda (art. 412 LEC). Y por ello se permite la ampliación de la demanda antes de ese momento (art. 401.2 LEC). La unilateralidad del desistimiento antes de que el demandado sea emplazado (art. 20.2 LEC) supone también una modulación de los efectos procesales que nacen con la demanda. Estas manifestaciones pueden deberse a un «arrastre histórico» de la *litiscontestatio,* aunque ahora tengan todo su sentido por el fundamento de las instituciones que regulan[11].

Entre los efectos materiales de la litispendencia suelen incluirse los siguientes: la interrupción de la prescripción extintiva (art. 1973 CC) y adquisitiva (art. 1945 CC); la adquisición de la condición de litigiosos de los créditos y las cosas —y, con ello, el nacimiento del derecho de retracto (art. 1535 CC) y de rescisión de los contratos que a estos se refieren (art. 1291 CC)—; la constitución en mora del deudor (art. 1100 CC) o el devengo de

---

mania VORWERK-WOLF/BACHER, "§ 261 ZPO", Rn. 8; MüKoZPO/BECKER-EBERHARD, "§ 261 ZPO", Rn. 13, 68.

9 LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La regulación del proceso monitorio, op. cit.,* págs. 39-58.

10 MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia,* Bosch, Barcelona 1999, págs. 197-272.

11 FAIRÉN GUILLÉN. V., *Estudios de Derecho Procesal, op. cit.,* pág. 493 (nota al pie 4).

intereses legales de la deuda reclamada (art. 1109 CC)[12]. Estos efectos nacen *de* las distintas *normas materiales* que integran la existencia del proceso —*rectius,* la interposición, la admisión, la notificación o la contestación de la demanda— en su supuesto de hecho[13]. Por lo tanto, es necesario acudir a cada una de estas normas para determinar el contenido del efecto y el momento en el que empieza a producirse.

> El Código Civil nace en 1889, un periodo de progresiva consolidación de la ciencia procesal y de la idea de que existen derechos subjetivos públicos del individuo frente al Estado[14]. Por ello, no es de extrañar que las normas materiales del Código Civil fijen la producción de los efectos en momentos distintos a la interposición de la demanda: la interrupción de la prescripción adquisitiva nace con la notificación de la demanda (art. 1945 CC), la interrupción de la prescripción adquisitiva con la interposición de la demanda (art. 1973 CC), la condición litigiosa del crédito se produce desde la contestación a la demanda (art. 1534 CC), la constitución en mora y el devengo de intereses desde la interposición de la demanda (arts. 1100 y 1109 CC). Además de esta razón histórica, también aquí el fundamento de cada una de las instituciones materiales puede justificar un *dies a quo* desfasado del efecto material con la litispendencia (art. 410 LEC).

III. LA LITISPENDENCIA INTERNACIONAL Y LA NEGOCIACIÓN OBLIGATORIA PREVIA AL PROCESO

Una vez recordadas estas cuestiones generales sobre la litispendencia, es posible abordar directamente el tema de interés: en qué medida la negociación obligatoria previa al ejercicio de acciones judiciales influye o debería influir en la institución. La relación entre las actuaciones previas a la demanda y el *dies a quo* de la litispendencia es un tema clásico del Derecho

---

12 DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho procesal civil II,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, págs.294-299.

13 DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Comentario del art. 410" en DE LA OLIVA, A., *et al., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Civitas, Madrid, 2001, pág. 687; MüKoZPO/BECKER-EBERHARD, "§ 261 ZPO", Rn. 2.

14 Se hace referencia al arrastre histórico del cuasicontrato de *litis contestatio* en el CC en FAIRÉN GUILLÉN. V., *Estudios de Derecho Procesal, op. cit.,* págs. 494-495, 498-499; FAIRÉN GUILLÉN. V., "Una perspectiva histórica", *op. cit.,* pág. 36; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *"Litispendencia", op. cit.,* págs. 657-660.

procesal europeo e internacional[15]. Esta circunstancia justifica que el análisis empiece por aquí.

Se ha dicho ya que el *dies a quo* de la litispendencia no es homogéneo en los distintos ordenamientos de la UE. Este se fija en función de cuestiones como el modelo de la fase inicial del proceso y los escritos de alegaciones de las partes, el impulso procesal o el régimen de notificación del primer escrito al demandado. En este entorno de diversidad adquiere especial importancia la regulación de la litispendencia internacional para el buen funcionamiento de la litigación transfronteriza en asuntos civiles y mercantiles (STJUE *HanseYachts AG,* C-29/16, párr. 30).

> El considerando 26 del RBIbis afirma expresamente que «[e]l funcionamiento armonioso de la justicia exige reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar que se dicten en Estados miembros distintos resoluciones contradictorias. Se ha de prever un mecanismo claro y eficaz que permita resolver los casos de litispendencia y conexidad, y de obviar los problemas derivados de las divergencias nacionales por lo que respecta a la determinación de la fecha en la que un asunto se considera pendiente».

III.1. La litispendencia internacional y la negociación obligatoria previa al proceso en el RBIbis: el asunto Schlömp (C-467/16)

La litispendencia está regulada en el Derecho procesal europeo en el artículo 29 RBIbis, según el cual «cuando se formulen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes» —y una vez que el primer tribunal se declare competente— «el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la segunda se abstendrá en favor de aquel»[16].

> En el ordenamiento procesal español —y en el de la mayoría de los Estados Miembros— el objeto del proceso está formado por los sujetos, el *petitum* y el elemento fáctico y jurídico de la causa de pedir. *El petitum* consistirá en

---

15 CHOZAS ALONSO, J. M., "Litispendencia internacional y conexidad (artículos 27 a 30 RB)" en *Derecho procesal civil europeo. Vol. I.,* (dir. De La Oliva Santos, A.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 285-288; CANO BAZAGA, E., *La litispendencia comunitaria,* Eurolex, Madrid, 1997, págs. 157-160; SANTOS VIJANDE, J., "A propósito de la litispendencia internacional en ausencia de regulación convencional", *La Ley,* 1989, 2, págs. 668-683; VIEIRA, M., "La litispendencia en el Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional,* Vol. XXV, 1972, págs. 395-423; MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia, op. cit.,* págs. 57-59 339-459.

16 CHOZAS ALONSO, J. M., "Litispendencia internacional", *op. cit.*, págs. 280-284.

> las tutelas declarativas, constitutivas o condenatorias que se pretendan (art. 5 LEC). El RBIbis —o mejor, la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado— adopta un concepto más amplio del objeto del proceso ampliando la idea del objeto de la demanda. Se entiende que el objeto de la demanda es el propósito o efecto útil que tiene —una concepción mucho más amplia que la del (mero) *petitum—:* esta es la conocida como *Kernpunktstheorie* (SSTJUE *Merck,* C-231/16; *Tatry,* C-406/92, *Gubisch Maschinenfabrik,* C-144/86)[17]. Esto lleva a que el régimen de la litispendencia se acabe aplicando no solo a supuestos de identidad, sino también a los de conexidad de objetos procesales —conexidad reforzada—[18]. El TJUE ha considerado con base en la *Kernpunktstheorie* que tienen el mismo objeto un proceso en el que se pretende el cumplimiento del contrato y otro en el que se pretende su rescisión (STJUE *Gubisch,* C-144/86). Y ello por cuanto, en el fondo, en ambos se está planteando si existe responsabilidad contractual o no —por no haberse cumplido el contrato o porque el contrato no existe—. De este modo se amplía la idea del objeto del proceso y, con ello, la operatividad de la litispendencia en el Reglamento. La razón de esto está en que el art. 29 RBIbis impone la suspensión y archivo del segundo proceso. El art. 30 RBIbis, que regula la conexidad de asuntos, no lo impone, sino que deja la suspensión o el archivo en manos de la discrecionalidad del juez.

El artículo 32 RBIbis fija *el dies a quo* de la litispendencia —y, con ello, el momento en el que debe entenderse que un tribunal conoce de un litigio— «desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente». El inicio de la litispendencia se sitúa así en la fecha de interposición de la demanda. La supresión del *exequatur* y el reconocimiento automático de las resoluciones en los distintos EE. MM. en el Reglamento (art. 36.2 RBIbis) justifica que en ese momento se desplieguen automáticamente los efectos procesales de la litispendencia.

> En aquellos modelos procesales en que sea carga del actor notificar la interposición de la demanda ante el tribunal, el Reglamento condiciona la consolidación de la litispendencia a que el demandante no deje de tomar las medidas que el ordenamiento le exija para entregar al demandado la cédula de emplazamiento [art. 32.1.a) RBIbis]. Además, fija un *dies a quo* alternativo en el caso de que la demanda haya de notificarse al demandado antes de su presentación al tribunal [art. 32.1.b) RBIbis]. Estas reglas tienen su sentido en aquellos ordenamientos en los que el impulso procesal

---

17 GASCÓN INCHAUSTI, F., SCHUMANN BARRAGÁN, G., "The rules on lis pendens and on res judicata in the ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure", *Ius Dictum*, núm. 5, 2021, págs. 15-29; CHOZAS ALONSO, J. M., "Litispendencia internacional", *op. cit.,* págs. 280-284.

18 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil, op. cit.,* pág. 224.

> y los actos de comunicación corresponden a las partes —a diferencia de lo que sucede en España (arts. 179.1 y 404.1 LEC)—.

El TJUE se ha ocupado del *dies a quo* de la litispendencia y la negociación obligatoria previa al ejercicio de acciones judiciales en el asunto *Schlömp* (C-467/16). En esta sentencia el Tribunal sostiene que los artículos 29 y 32 RBIbis, «deben interpretarse en el sentido de que, en caso de litispendencia, la fecha en que se inicie un procedimiento obligatorio de conciliación ante un órgano de conciliación de Derecho suizo es la fecha en la que se considera que un "tribunal" conoce del litigio».

La sentencia resuelve una cuestión prejudicial interpuesta al amparo del Convenio de Lugano (II). Con todo, el tenor literal del precepto cuya interpretación se pide y el principio de interpretación uniforme que se imponen al Convenio de Lugano y el RBIbis permite extrapolar las conclusiones de esta sentencia a los artículos 29 y 32 del RBIbis[19].

> El supuesto de hecho del asunto *Schlömp* es el siguiente. La señora *Schlömp* residía en Suiza. Su madre recibía una prestación social de la administración pública alemana por su estado de dependencia. Según la legislación alemana, las prestaciones sociales concedidas y abonadas por la administración pública podrán ser exigidas a los hijos del beneficiario si tienen capacidad económica suficiente. De este modo, la administración pública se subroga en una suerte de derecho de repetición por el pago de alimentos. En Suiza es obligatoria la conciliación previa a la demanda[20]. Por ello, la administración pública alemana presentó una solicitud de conciliación ante el órgano

---

19 STJUE de 20 de diciembre del 2017 *Schlömp, C-467/16, párrs. 46-48 [ECLI:EU:C:2017:993]: «es preciso señalar que estas disposiciones del Convenio de Lugano II están redactadas en términos casi idénticos a los artículos correspondientes de los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012 […] el objetivo de interpretación judicial uniforme de las disposiciones equivalentes del Convenio de Lugano II y del Reglamento n.o 44/2001, así como de las modificaciones de este último, se deduce en particular del último considerando del Protocolo n.o 2, relativo a la interpretación judicial uniforme del Convenio y al Comité permanente (DO 2007, L 339, pág. 27), y del artículo 1 de este Protocolo, según los cuales los tribunales que apliquen e interpreten este Convenio tienen la obligación de buscar una interpretación convergente de las disposiciones equivalentes de dichos instrumentos. El Tribunal de Justicia también ha destacado la identidad de objeto y tenor entre el Reglamento n.o 44/2001 y las disposiciones del Convenio de Lugano II, que permite garantizar la coherencia entre ambos regímenes jurídicos [véase, en este sentido, el dictamen 1/03 (Nuevo Convenio de Lugano), de 7 de febrero de 2006, EU:C:2006:81, apartados 152 y 153]»;* MüKoZPO/GOTTWALD, "Brüssel Ia-VO Art. 29", Rn. 7.

20 Artículo 197 de la ZPO suiza: Dem Entscheidverfahren geht ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus /La procedura decisionale è preceduta da un tentativo di conciliazione davanti a un'autorità di conciliazione /

de conciliación suizo *(Schlichtungsbehörde)*. Una vez celebrada la conciliación sin avenencia, la administración alemana interpuso la demanda en Suiza. Sin embargo, durante la conciliación la Sr. Schlömp interpuso una demanda ante el tribunal de primera instancia *(Amtsgericht)* de Schwäbisch Hall, en Alemania. En ella pretendía que se declarara que no tenía la obligación de pagar los alimentos cuyo reembolso se le exigía. Ejercitada esta acción declarativa negativa, la administración pública alemana demandada alegó en este segundo proceso la litispendencia del procedimiento suizo.

El Tribunal considera que el inicio de la litispendencia es un concepto autónomo del Derecho procesal europeo que se produce cuando un tribunal conoce del proceso (STJUE *Schlömp,* C-467/16, párr. 50). En este marco, y para justificar su respuesta, el Tribunal señala que la conciliación obligatoria previa se celebró ante un órgano público que se integraba de modo orgánico y funcional en la administración de justicia: el *Schlichtungsbehörde*. Además de sus funciones conciliadoras, la autoridad puede en algunos casos de menor cuantía emitir decisiones vinculantes si se lo pide el solicitante (STJUE *Schlömp,* C-467/16, párr. 53). Estos datos le permiten llegar a la conclusión de que el órgano de conciliación suizo puede calificarse de tribunal por sus características y las funciones que realiza. Así, debe considerarse que el inicio de una conciliación ante un órgano conciliador es la fecha en la que un tribunal conoce del litigio.

Se suele afirmar con carácter general que el asunto *Schlömp* adelanta el inicio de la litispendencia al inicio de la negociación obligatoria previa a la demanda. Sin embargo, esta conclusión debe ser (muy) matizada.

La respuesta que da el TJUE a la pregunta que se le plantea se apoya en una interpretación técnica del concepto de tribunal en el marco del ordenamiento suizo. La doctrina que puede extraerse de la sentencia *Schlömp* con seguridad es que, *a efectos del RBIbis, puede entenderse que un tribunal conoce de un litigio cuando se inicia una negociación obligatoria ante un organismo público institucionalizado*[21].

La procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation.

[21] Se ha sostenido que la respuesta al problema no debería depender de la naturaleza del órgano. Sin embargo, en esto se apoya el razonamiento del Tribunal: «[…] ob schon die Anrufung einer obligatorisch einzuschaltenden ADREinrichtung ein späteres Gerichtsverfahren in einem anderen Mitgliedstaat blockieren kann, aber auch kaum davon abhängen, ob die fragliche Stelle privat- oder öffentlichrechtlich organisiert (bzw. finanziert) ist» (HAU, W., "Rechtshängigkeitssperre

La posición del TJUE es adecuada, pues con ello se evitan torpedos —*Torpedo-Schlichtungsanträge*— y el denominado *rush to the court*[22]. Este argumento de justicia material está muy presente en las conclusiones del abogado general, en las que se señala que «cualquier otra interpretación colocaría sistemáticamente en desventaja a toda parte que desease incoar una acción en un país donde existe un sistema como el del procedimiento principal [y] [e]llo podría plantear un problema desde el punto de vista de la igualdad de armas entre las partes» (Conclusiones AG *Schlömp,* C-467/16, párr. 51). No obstante, la *ratio decidendi* de la respuesta del Tribunal no se basa en este argumento de buena fe procesal, sino en la interpretación técnica de tribunal que tiene el ordenamiento procesal europeo[23].

> Además, es de interés señalar que el código procesal civil suizo determina expresamente que «[l]a litispendencia se produce desde la presentación de la solicitud de conciliación, la demanda o la demanda de divorcio de mutuo acuerdo» (art. 62.1 CPC suizo).[24] La ley federal Suiza sobre Derecho internacional privado, en coherencia con lo anterior, señala que para determinar «el momento en que una acción está pendiente en Suiza, será determinante la fecha de la primera actuación procesal necesaria para iniciar la instancia. La citación para la conciliación será suficiente».[25] Aunque la interpretación

---

durch obligatorische ADR-Verfahren im europäischen Zivilprozessrecht", *ZEuP*, núm. 384, 2019, pág. 393).

22 HAU, W., "Rechtshängigkeitssperre", *op. cit.*, págs.387, 392.

23 Poca importancia se ha prestado por los comentaristas alemanes a la noción de tribunal como *ratio decidendi* del asunto *Schlömp*, centrándose más bien en la obligatoriedad de la conciliación o la mediación como aquel criterio del que depende adelantar el *dies a quo* de la litispendencia: «Die Einreichung einer Klage bei einer Sühne- oder Schlichtungsstelle ist als Klageeinreichung iS von Art. 32 anzusehen, wenn die Anrufung an dem nationalen Prozessrecht zwingend vorgeschrieben ist und erst beim Scheitern das Gericht angerufen werden kann» (MüKoZPO/ GOTTWALD, "Brüssel Ia-VO Art. 32," Rn. 3); «Soweit der Klage ein obligatorisches Schlichtungsverfahren als Prozessvoraussetzung vorgeschaltet ist, führt dessen Einleitung ebenfalls zur Rechtshängigkeit nach Art. 29, 32» (MüKoZPO/ GOTTWALD, "Brüssel Ia-VO Art. 29," Rn. 7).

24 Artículo 62.1 de la ZPO suiza: Die Einreichung eines Schlichtungsgesuches, einer Klage, eines Gesuches oder eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens begründet Rechtshängigkei / Il deposito dell'istanza di conciliazione, della petizione, dell'istanza introduttiva del giudizio o della richiesta comune di divorzio determina la pendenza della causa / L'instance est introduite par le dépôt de la requête de conciliation, de la demande ou de la requête en justice, ou de la requête commune en divorce.

25 Artículo 9.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado: Zur Feststellung, wann eine Klage in der Schweiz hängig gemacht worden ist, ist der Zeitpunkt der

> autónoma del RBIbis no depende de las normas nacionales, estas desde luego contextualizan la respuesta que el Tribunal da en el asunto *Schlömp*.

Todavía en el marco de la litigación transfronteriza es oportuno preguntarse si cualquier MASC regulado en la LO 1/2025 adelanta el inicio de la litispendencia en el marco del RBIbis. Si se aplica la *ratio decidendi* del asunto *Schlömp,* la realidad es que solo generaría litispendencia la conciliación judicial previa regulada en la LJV (art. 138 *et seq.* LEC); y, con algunas dudas, la conciliación ante el notario (art. 81 *et seq.* LN), el registrador (art. 103 bis LH) y la conciliación laboral obligatoria ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación o el servicio administrativo en el orden social (art. 63 LJS y RD 2756/1979)[26]. No más[27].

> Cuestión distinta es si a la vista de estas nuevas realidades el TJUE debe —y puede por el margen competencial que le da el RBIbis— hacer evolucionar su jurisprudencia. Para ello deberá cambiar el enfoque y la razón de la respuesta, apoyándose en la buena fe —o en la prohibición del abuso— para interpretar el artículo 32 RBIbis —y no en el concepto de tribunal—.

---

ersten, für die Klageeinleitung notwendigen Verfahrenshandlung massgebend. Als solche genügt die Einleitung des Sühneverfahrens. / Determinante per la litispendenza in Svizzera è il momento del primo atto procedurale necessario all'introduzione dell'azione. A tal fine, basta l'apertura della procedura di conciliazione. / Pour déterminer quand une action a été introduite en Suisse, la date du premier acte nécessaire pour introduire l'instance est décisive. La citation en conciliation suffit.

[26] Se ha examinado la cuestión de la conciliación obligatoria en materia laboral en el marco de RBIbis en FRIEDERIKE STUMPE, "Torpedo-Klagen im Gewand obligatorischer Schlichtungsverfahren", *IPRax*, núm. 22, 2008.

[27] En relación con el asunto *Schlömp* y la noción de tribunal se ha sostenido que «[e]stos dos datos –imparcialidad y autonomía– han de sumarse a la noción propia de "tribunal" que maneja la legislación procesal civil europea, de carácter estrictamente funcional, al margen de las categorías propias de los Derechos nacionales. Y, de hecho, podrían extrapolarse para resolver situaciones similares a la planteada en el caso Schlömp, cuando la conciliación o la mediación previas y obligatorias, en vez de atribuirse a órganos integrados en las estructuras del poder judicial –como los juzgados de paz suizos– o cercanos a ellas, estén encomendadas a entidades u organismos administrativos, si se aseguran la imparcialidad y la autonomía funcional de aquellas y de las concretas personas que ejerzan funciones de conciliador o de mediador». GASCÓN INCHAUSTI, F., "Litispendencia internacional y actuaciones previas al proceso [consideraciones a propósito de la STJUE de 4 de mayo de 2017 (Hanseyachts) y de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 (Schlömp)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1. 2018, pág. 590.

Por último, es de interés mencionar que el TJUE señaló en el asunto *HanseYachts AG,* C-29/16 que las diligencias de prueba previas a la demanda no generan litispendencia en el marco del RBIbis[28]. En este caso la *ratio decidendi* del tribunal se basa en el carácter autónomo del proceso previo de obtención de prueba y en la imposibilidad de equiparar esta solicitud a una demanda o documento equivalente (STJUE *HanseYachts AG,* C-29/16, párr. 35). Esta es una sentencia de contraste que ayuda a delimitar la doctrina del asunto *Schlömp,* por cuanto ayuda subrayar que es la *obligatoriedad* de la actuación previa aquello que realmente justifica el adelanto de la litispendencia.

III.2. La litispendencia internacional en la Ley de cooperación jurídica internacional

La litispendencia internacional en el régimen interno está regulada en los artículos 37 *et seq.* de la Ley 29/2015. La ley señala que el «proceso se considerará pendiente desde el momento de interposición de la demanda, si después es admitida» (art. 37 Ley 29/2015). Además, se encarga de aclarar el objeto del proceso a efectos de la litispendencia internacional (art. 39.1 Ley 29/2015) y su tratamiento procesal (art. 38 Ley 29/2015).

> A diferencia del RBIbis, la Ley 29/2015 condiciona la producción de los efectos de la litispendencia del proceso extranjero en nuestro país a que (i) la competencia del tribunal extranjero obedezca a una conexión razonable, *(ii)* que sea previsible que se dicte una resolución que pueda ser reconocida en España y *(iii)* que el tribunal español considere necesaria la suspensión del proceso. La litispendencia internacional condicionada es otro de los problemas clásicos del Derecho procesal internacional. La litispendencia es, como se ha dicho ya, una institución protectora de la (futura) cosa juzgada mate-

---

[28] STJUE de 4 de mayo del 2017 *HanseYachts AG,* C-29/16 [ECLI:EU:C:2017:343]: «En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara: El artículo 27, apartado 1, y el artículo 30, punto 1, del Reglamento (CE) n.o 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, deben interpretarse en el sentido de que, en caso de litispendencia, la fecha en la que se ha iniciado un procedimiento dirigido a obtener una diligencia de prueba antes de cualquier proceso no puede constituir la fecha en la que «se considerará que conoce de un litigio», en el sentido del referido artículo 30, punto 1, un órgano jurisdiccional que ha de pronunciarse sobre una demanda en cuanto al fondo presentada en ese mismo Estado miembro con posterioridad al resultado de dicha diligencia» (énfasis añadido). En relación con este asunto, GASCÓN INCHAUSTI, F., "Litispendencia internacional", *op. cit.,* págs. 581-591.

rial. Y difícilmente puede activarse la litispendencia para una cosa juzgada material que no se produce por sí misma, sino que está condicionada a un futuro proceso de *exequatur* (art. 41 *et seq.* Ley 29/2015). El reconocimiento mediato o condicionado de la sentencia extranjera supone, a su vez, un reconocimiento mediato o condicionado de la litispendencia.[29] Además, en estos casos subyace un conflicto claro entre la denegación de justicia por el Estado —que rechaza conocer de una acción ejercitada por estar siendo tramitada otra igual en un país distinto— y la evitación de sentencias contradictorias. Ante este conflicto la Ley 29/2015 adopta una posición intermedia y establece como efecto de la litispendencia internacional la *posible* suspensión del proceso nacional idéntico (art. 39.1 Ley 29/2015) —y no su sobreseimiento (art. 421.1 LEC)—.

Existe, por tanto, coherencia interna en el ordenamiento procesal español: la interposición de la demanda —condicionada a su admisión— despliega los efectos procesales propios de la litispendencia tanto en el marco de la litigación nacional como transfronteriza. Más allá de esto, no existe ningún elemento que permita afirmar que las negociaciones obligatorias previas al ejercicio de acciones judiciales en un tercer Estado generen litispendencia internacional en España.

IV. LA (INEXISTENTE) LITISPENDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN OBLIGATORIA PREVIA AL PROCESO

Expuesta la cuestión desde la perspectiva de la litigación transfronteriza, corresponde examinar desde una perspectiva (meramente) nacional si la negociación obligatoria previa al proceso supone o debería suponer un adelanto del *dies a quo* de la litispendencia. Se propone así determinar si existe alguna norma legal o una interpretación del artículo 410 LEC que permita sostener este adelanto *de lege data* y, en su caso, si es conveniente de *lege ferenda*. La respuesta, debe adelantarse ya, es en ambos casos negativa.

Antes de la LO 1/2025 existían ya actuaciones previas a la demanda que eran obligatorias y cuyo cumplimiento constituye un requisito para la admisión de la demanda: el requerimiento previo para el ejercicio de la acción negatoria en materia de patentes (art. 121.2 LP), el depósito y la acreditación del precio para el ejercicio de las acciones de retracto (arts. 266.2º y 269.2 LEC), la reclamación previa a la aseguradora en el caso de accidentes de vehículos a motor (art. 7.8 RDL 8/2004). En ninguno de estos casos se ha sostenido

---

[29] VORWERK-WOLF/BACHER, "§ 261 ZPO", Rn. 14.1; MüKoZPO/BECKER-EBERHARD, "§ 261 ZPO", Rn. 76.

el adelanto del *dies a quo* de la litispendencia ni se ha planteado tampoco la necesidad de hacerlo.

IV.1. La negociación obligatoria previa y la litispendencia en la LOEP

La LOEP no tiene ningún precepto que regule la relación entre los MASC y la litispendencia. Solo existe una norma relativa a la concurrencia de solicitudes para iniciar un proceso de negociación. Según el artículo 5.4 LOEP: «[p]ara el caso de que todas las partes plantearan acudir a un medio adecuado de solución de controversias y no existiera acuerdo sobre cuál de ellos utilizar, se empleará aquel que se haya propuesto antes temporalmente». El precepto regula una suerte de prioridad respecto de la modalidad de MASC que se utilizará.

> Ticio propone a Cayo iniciar una mediación ante la cámara de comercio de la región. Cayo propone después a Ticio iniciar una conciliación judicial (art. 139 *et seq.* LJV). En ese caso, Ticio y Cayo deberán negociar en el marco de una mediación ante la cámara de comercio.

La LOEP no regula los efectos concretos y el tratamiento (preprocesal) de esta suerte de excepción *prior in tempore*. Ante este vació legal —uno más— hay que sostener que deberá privarse de todos los efectos al MASC iniciado en segundo lugar, de modo que no sea apto para cumplir con el requisito de procedibilidad (art. 5.2 LOEP). Más allá de esta indicación, no existe ninguna otra norma que expresa o implícitamente imponga el adelanto del *dies a quo* de la litispendencia.

IV.2. La negociación obligatoria previa y la litispendencia en la LEC

El tenor literal del artículo 410 LEC es claro al señalar que los efectos procesales de la litispendencia se producen desde la interposición de la demanda. Ni esta ni otra norma en la LEC permiten expresamente sostener jurídicamente un adelanto del *dies a quo* al inicio de la negociación obligatoria previa al ejercicio de acciones judiciales. Tampoco es posible sostener una interpretación distinta del artículo 410 LEC con base en el ordenamiento procesal y el marco constitucional español (art. 3.1 CC).

La litispendencia está asociada al inicio de un *proceso*. Y el proceso como medio para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se inicia con la demanda. La litispendencia es una situación jurídico-procesal «consistente en que un proceso se halle pendiente de reso-

lución» ante un tribunal.[30] Las ideas de *proceso* y de *tribunal* forman parte de la naturaleza misma de la institución. Es la demanda del actor el acto procesal que, con sus pretensiones de tutela, pone en funcionamiento el poder, la función y la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Un adelanto de la litispendencia al inicio de la actividad negociadora preprocesal desnaturaliza la pretensión de tutela *jurisdiccional* sobre la que pivota todo el sistema (arts. 24.1 CE y 5 LEC).

> Por ello mismo, el inicio de un arbitraje no produce litispendencia. De interponerse una demanda judicial con el mismo objeto que un proceso arbitral pendiente, el demandado deberá hacer valer el efecto negativo del convenio arbitral a través de una declinatoria[31].

Puede por último plantearse si puede encontrarse una interpretación integradora del artículo 410 LEC a la luz de la doctrina *Schlömp*. La respuesta también debe ser negativa.

En primer lugar por cuanto, como se ha dicho, la *ratio decidendi* de la sentencia solo sostendría una interpretación integradora del artículo 410 LEC en aquellos casos en los que la negociación se lleva a cabo ante un organismo público. Pero no más. Las dudas que surgen respecto de la producción de litispendencia del resto de MASC en el marco del RBIbis —y por lo menos en el estado actual de la jurisprudencia del TJUE— impiden la importación de una doctrina no del todo clara ni siquiera en el ámbito en el que debe operar[32].

En segundo lugar, porque los efectos que el TJUE quiere evitar o potenciar con la doctrina *Schlömp* pueden evitarse y potenciarse en el ordenamiento interno con otros mecanismos *(vid. infra)*. Es bien sabido que no pueden hacerse importaciones acríticas de instituciones procesales comunitarias o de la jurisprudencia del TJUE a los ordenamientos procesales

---

30 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil,* Madrid, 2025, pág. 267.

31 MUSIELAK-VOIT/FOERSTE, "§ 261 ZPO", Rn. 3ª; VORWERK-WOLF/BACHER, "§ 261 ZPO", Rn. 8; MüKoZPO/BECKER-EBERHARD, "§ 261 ZPO", Rn. 15; SAENGER/SAENGER, "§ 261 ZPO", Rn. 9; STEIN-JONAS/ROTH, "§ 261 ZPO", Rn. 7; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., "La litispendencia", *op. cit.,* pág. 643. En contra, BERNARDO SAN JOSÉ, A., *Arbitraje y jurisdicción,* Comares, Granada, 2022, págs. 194-198.

32 MÁLAGA DIÉGUEZ defiende el adelanto del *dies a quo* de la litispendencia cuando se exija una reclamación administrativa previa o una conciliación ante una entidad de naturaleza administrativa (MÁLAGA DIÉGUEZ, F., La litispendencia, op. cit., págs. 57-59.

nacionales. La competencia de la UE para legislar en materia procesal está limitada a la litigación transfronteriza (art. 81 TFUE) y a aquellas materias que puedan afectar directamente al mercado interior (art. 114 TFUE). Aunque en los últimos años se vea una progresiva constitucionalización del proceso civil nacional al amparo del artículo 47 CDFUE, la realidad es que la armonización horizontal o vertical europea es limitada —aunque con clara vocación expansiva—[33].

El TJUE al interpretar el RBIbis lo hace dentro del concreto ámbito del reglamento —limitado por el principio de subsidiariedad que condiciona toda la actuación legislativa de la UE (art. 5.3 TUE)— y de la cuestión prejudicial —limitada por su finalidad consultiva (art. 267 TFUE)—. Estas restricciones hacen que en ocasiones el TJUE fuerce interpretaciones expansivas o restrictivas de las instituciones «que tiene a su mano» para evitar resultados injustos o promover resultados justos y eficientes.

Es evidente que en el asunto *Schlömp* el TJUE evita una situación injusta: que la *imposición* por parte del Estado de una negociación previa permita estrategias procesales que repercutan negativamente en el justiciable diligente. En este marco, el TJUE encontró en el RBIbis —o mejor, en la respuesta a la pregunta concreta que se le ha hecho— la forma de llegar al resultado deseado a través de una interpretación (muy) expansiva del concepto de tribunal.

Antes de importarse esta jurisprudencia para sostener una interpretación de *lege data* o una propuesta de *lege ferenda h*ay que plantearse si existen otras instituciones o herramientas para encontrar una solución a los problemas identificados. Tener a disposición el ordenamiento procesal en su conjunto permite encontrar soluciones adecuadas, sin desvirtuar las instituciones nacionales[34].

---

[33] GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización,* Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 15-37.

[34] Este fenómeno, desde luego, no es propio del TJUE. Los tribunales nacionales también suelen forzar interpretaciones de instituciones procesales para llegar a resultados que exige la justicia del caso concreto. Es lo que sucede con la preclusión de alegaciones de hechos y causas de pedir (art. 400 LEC), que se interpreta ampliamente por el TS para poner remedio a casos de evidente de litigación abusiva —cuyo remedio debería hallarse en el art. 247 LEC, 7.2 CC y art. 24.1 CE).

IV.3. Las medidas cautelares ante demandam, las medidas de aseguramiento de la prueba y la buena fe procesal como solución a los riesgos que genera la negociación obligatoria previa

Es evidente que existen riesgos asociados al tiempo que debe esperar el individuo diligente que cumple con una actuación obligatoria previa a la demanda.[35] Pero el ordenamiento procesal cuenta con herramientas para mitigar algunos de estos riesgos: las medidas cautelares (arts. 721 *et seq.* LEC), las medidas de aseguramiento de la prueba (arts. 297 LEC) o la buena fe procesal (art. 217 LEC).

> Además, una reforma del artículo 410 LEC debería llevar también a una modificación de las distintas normas que regulan los efectos materiales de la litispendencia. Si la venta de la cosa eventualmente litigiosa es uno de los riesgos que se quiere evitar, esto solo se conseguirá con una reforma de los artículos 1291.4º CC, 1535 CC, etc[36].

Es posible que se pidan medidas cautelares antes de la demanda y, por ello, antes o durante la negociación previa obligatoria (arts. 730.2 LEC y 7.3 LOEP). Para ello deberá alegarse y acreditarse que existen razones de urgencia y necesidad que justifiquen esta solicitud antes de la demanda (art. 730 LEC). En el caso de que las medidas sean adoptadas y la negociación finalice sin acuerdo, la demanda deberá presentarse en el mismo tribunal en el plazo de 20 días desde que termine o se considere terminada la negociación sin acuerdo (art. 10.4 LOEP). La condición de *numerus apertus* de las medidas cautelares en la LEC permite solicitar cualquier medida que ayude a prevenir el *periculum in mora* específico (art. 727 LEC).

Con las medidas cautelares podrán prevenirse algunos de los riesgos ya identificados durante la negociación. Así, por ejemplo, podría pretenderse la anotación preventiva del inicio de la negociación —desactivando las presunciones de buena fe registral (art. 727.5ª LEC)— o el depósito de la cosa (pre)litigiosa (art. 727.3ª LEC) para evitar su venta. Mayores dudas

---

35 MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia, op. cit.,* págs. 57-59; GASCÓN INCHAUSTI, F., "Litispendencia internacional", *op. cit.,* págs. 590-591; MüKoZPO/GOTTWALD, "Brüssel Ia-VO Art. 32," Rn. 1.

36 MORENO QUESADA, B., "Comentario del art. 1291 CC" en *Comentarios al Código Civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, 2011 (versión electrónica); PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario del art. 1535 CC" en *Comentarios al Código Civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, 2011 (versión electrónica).

plantean la posibilidad de dirigir obligaciones de no hacer al deudor, de modo que se eviten actuaciones contrarias a la buena fe.

El TJUE ha declarado que las *anti-suit injunctions* son incompatibles con el RBIbis (SSTJUE *Turner,* C-159/02, párr. 27; *Allianz y Generali Assicurazioni Generali,* C-185/07, párr. 34; y *Gazprom, C-*536/13, párr. 32). Por tanto, el riesgo del torpedo internacional debe prevenirse y solucionarse con los medios propios del Reglamento: la doctrina del asunto *Schlömp* o, en su caso, su evolución. Las *anti-suits injuctions* también están vedadas como medida cautelar *in personam* en la litigación nacional.[37]

> Con todo, todavía habría que decidir si el riesgo de «torpedos nacionales» es algo reprochable que se deba evitar. Si el requerido a iniciar una negociación se niega a llegar a un acuerdo e interpone una demanda —utilizando la negociación iniciada por la otra parte como requisito de procedibilidad propio— tendrá que hacerlo ante un tribunal territorialmente competente. Y si no lo es, el demandado «torpedeado» tendrá a su disposición la declinatoria (art. 63 *et seq.* LEC). Queda todavía por reflexionar si hay algo reprochable en que se interponga una acción ante un tribunal competente (art. 247 LEC). El daño que genera a la otra parte tener que litigar en otro Estado —y que supone el fundamento de las *anti-suit injunctions*— desaparece o se reduce mucho en el ámbito meramente nacional. Además, y como es bien conocido, para determinar el objeto del proceso es irrelevante la posición concreta que tengan las partes.[38] El objeto del proceso, la carga de la alegación y de la prueba son los mismos *v.gr.,* para el demandado que excepciona la nulidad que para el actor que pretende que se declare que el contrato es nulo: la posición procesal no cambia la materialización de la carga de la prueba, es decir, la concreción de los hechos que deberán alegarse y acreditarse (art. 217 LEC).[39]

El artículo 247 LEC no permite inadmitir una demanda *in limine litis.*[40] No podría por eso inadmitirse la demanda de aquel actor que se ha adelantado de mala fe torpedeando el proceso de aquel que solicitó iniciar una negociación previa. Con todo, si de esta actuación procesal se generan

---

37 ATS núm. 171/2024 de 24 de abril F.J. 5.7 [ES:TS:2024:4953A].

38 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil, op. cit.,* pág. *137.*

39 ROSENBERG, L.*, La carga de la prueba* (trad. KROTOSCHIN, E.), Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2019, págs. 178-183; SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales,* Marcial Pons, Madrid, 2022, págs. 295-297.

40 MUÑOZ ARANGUREN, A., *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios,* Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 105-107; CORDÓN MORENO, F., "Comentario del art. 247", *op. cit., pág. 1208.*

daños concretos podría plantearse su indemnización como caso típico de litigación abusiva (art. 1902 CC).[41]

En definitiva, no existe ninguna norma en el ordenamiento procesal español que permita adelantar el *dies a quo* de la litispendencia al inicio de la negociación obligatoria previa —desde luego, siempre condicionada a la ulterior interposición y admisión de la demanda—. Tampoco es posible una interpretación del artículo 410 LEC en esta línea. Ahora bien, la realidad es que ni siquiera es necesario y adecuado que de lege ferenda ello sea así. El ordenamiento cuenta con herramientas para prevenir algunas actuaciones abusivas, preservando al mismo tiempo la naturaleza y el sentido de la demanda y el proceso.

V. CONCLUSIONES

La imposición de una negociación previa al ejercicio de acciones judiciales pone en alerta al futuro demandado, lo que puede permitirle llevar a cabo comportamientos fraudulentos: *v.gr.,* interponer un «torpedo» nacional o internacional o vender los bienes o los derechos que serán litigiosos. Estos actos pueden frustrar de algún modo el futuro proceso o la tutela que en él se pretenda.

No es posible ni adecuado evitar estos riesgos con la institución de la litispendencia. Ni el artículo 410 LEC ni ninguna otra norma permiten sostener un adelanto del *dies a quo* de la litispendencia al inicio de la negociación obligatoria previa. Además, tampoco es deseable que así sea de *lege ferenda,* pues ello desvirtúa la naturaleza del proceso y la demanda como vehículo de la pretensión de tutela *jurisdiccional.*

Los riesgos asociados a estrategias procesales fraudulentas por parte del requerido a negociar deberán abordarse con instituciones como las medidas cautelares, los mecanismos de aseguramiento de la prueba o el resarcimiento de los daños que genere la litigación abusiva (arts. 247 LEC y 1902 CC).

---

[41] En relación con ello *vid. MUÑOZ ARANGUREN, A., La litigación abusiva, op. cit.*

La desestimación temprana de la demanda en relación con la tutela judicial

MARÍA JESÚS ARIZA COLMENAREJO

Catedrática (acreditada) de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

ÍNDICE: I. DESESTIMACIÓN TEMPRANA DE DEMANDAS EN LA DIRECTIVA 2024/1069. I.1. Medidas disuasorias de demandas abusivas. I.2. Otros ejemplos de medidas en diversos sectores materiales. II. INSTITUCIONES AFECTADAS: DERECHO A UNA SENTENCIA SOBRE EL FONDO Y SU RELACIÓN CON LA BUENA FE PROCESAL Y EL ABUSO DEL PROCESO. III. GARANTÍAS PROCESALES PARA POSIBILITAR LA DESESTIMACIÓN TEMPRANA DE PRETENSIONES EN EL PROCESO CIVIL. III.1. Solicitud del demandado de finalización temprana. III.2. Aplicación del contradictorio e inversión de la carga de la prueba. III.3. Determinación de la fase temprana. CONCLUSIONES.

I. DESESTIMACIÓN TEMPRANA DE DEMANDAS EN LA DIRECTIVA 2024/1069

I.1. Medidas disuasorias de demandas abusivas

Desde hace ya algunos años se han puesto de manifiesto algunos problemas que suscita la presentación de demandas consideradas estratégicas y dirigidas a silenciar a medios de comunicación que se erigen en actores principales de la opinión pública. Con el tiempo, este mismo papel ha sido desempeñado por organizaciones de diverso tipo, pero siempre con el objetivo principal de ejercer el derecho a la libertad de expresión poniendo de manifiesto situaciones de injusticia social, discriminación, o de corrupción. Desde la UE se ha tomado conciencia de un problema que probablemente sea más significativo fuera de nuestras fronteras, pero que debe ser igualmente identificable a nivel nacional. Por ello, la Comisión Europea publicó sendas Recomendaciones para establecer un marco que garantice la libertad de expresión y de información, que abarque tanto el respeto de la libertad como el pluralismo de los medios de comunicación, en consonancia con la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial. Se

trata de la Recomendación (UE) 2021/1534, de 16 de septiembre de 2021 sobre la garantía de la protección, la seguridad y el empoderamiento de los periodistas y los otros profesionales de los medios de comunicación en la Unión Europea, y la Recomendación (UE) 2022/758, de 27 de abril de 2022, sobre la protección de periodistas y defensores de los derechos humanos que participan en la esfera pública frente a procedimientos judiciales manifiestamente infundados o abusivos («demandas estratégicas contra la participación pública»). En esta última se incorporan actores defensores de derechos humanos, por lo que la cuestión no sólo queda en el ámbito de medios de comunicación.

El objetivo fundamental de las Recomendaciones está en proteger a los periodistas y defensores de los derechos humanos de procedimientos judiciales manifiestamente infundados y abusivos contra la participación pública[1]. En este sentido, se trata de impedir, restringir o penalizar la participación pública mediante un uso desproporcionado o intimidatorio de acciones judiciales en las que se solicitan grandes indemnizaciones. La interposición de demandas de este tipo es considerada como un mecanismo coactivo para silenciar a estos sectores.

Con estos antecedentes, el Parlamento y el Consejo Europeo han dictado la Directiva (UE) 2024/1069, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifiestamente infundadas o acciones judiciales abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública»). Con objetivos y justificación idénticos, la Directiva impone determinadas adaptaciones al proceso, que los Estados deben trasponer antes del 7 de mayo de 2026. Por ahora cabe señalar que además de periodistas y defensores de derechos humanos, se amplía el ámbito subjetivo de los que pueden ser víctimas de demandas estratégicas a académicos, investigadores y artistas[2].

La Directiva tiene un carácter eminentemente procesal, ya que focaliza la regulación en instituciones que afectan a la tutela judicial. En este sentido, los Estados deben garantizar una serie de medidas, previstas en el art. 6, que pueden solicitar aquellas personas físicas o jurídicas que sean deman-

---

1 Considerando (9), refiriéndose a lo que ya se conoce como demandas estratégicas contra la participación pública, o SLAPP's (siglas en inglés).

2 Considerando (12): «los académicos y los investigadores contribuyen de manera fundamental al discurso público y a la difusión de conocimientos, garantizan que los debates democráticos puedan tener lugar con conocimiento de causa, y contrarrestan la desinformación».

dadas en base al ámbito material mencionado. Las medidas consisten en la constitución de una caución por parte del demandante, la desestimación temprana de pretensiones manifiestamente infundadas y la adopción de diversas medidas correctivas relativas a condena en costas, sanciones económicas, indemnizaciones o la publicación de la resolución judicial. Sin perjuicio de que todas ellas entran a formar parte de un sistema genérico de ejercicio abusivo de la tutela judicial, en este momento nos centraremos en la segunda de ellas, es decir, la desestimación temprana de pretensiones, cuya entrada en el proceso civil español puede ser concebida con intensidades muy diferentes.

El art. 11 de la Directiva exige que los Estados miembros garanticen mecanismos procesales para que los tribunales puedan desestimar en la fase más temprana posible del proceso, aquellas pretensiones que se consideren manifiestamente infundadas tras un examen adecuado y, lógicamente, indiciario[3]. Para completar el sistema de desestimación temprana, establece una regla de carga de la prueba, según la cual, recae sobre el demandante la carga de demostrar el fundamento de sus pretensiones. Por su parte, cuando el demandado solicite la desestimación temprana, será el demandante el que deba fundamentar la pretensión para que el órgano jurisdiccional pueda apreciar si carece de fundamento o no. Por último, y como no puede ser de otra forma, la decisión de desestimación podrá ser recurrible[4].

Las cuestiones que plantea la medida en el marco del ámbito material concreto son múltiples, aunque no hay inconveniente en extenderlo a otros sectores materiales. Por un lado, se habla de desestimación de pretensiones, por lo que se abandona la idea de inadmisión *ab initio* por

---

[3] La medida es análoga a lo que se conoce como *early dismissal en el arbitraje comercial internacional*. Vid. LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., "La figura del early dismissal en el arbitraje comercial internacional", en *Arbitraje y jurisdicción. Homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, (*coord. David Arias), 2024, quien desarrolla la figura entendida como una desestimación temprana en caso de pretensiones de las partes que carecen claramente de fundamentos.

[4] LLAGUNA HOLZWARTH, M. y JIJÓN ANDRADE, M., "Correcaminos arbitrales: agilidad vs. *Due proces",* en *Arbitraje y jurisdicción. Homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros,* (coord. David Arias), 2024, señalan la figura de la desestimación temprana o early dismissal en el ámbito arbitral en el que se permite que los árbitros desestimen las demandas y defensas desde el principio sin examinarlas en detalle si carecen manifiestamente de fundamento. Distinguen esta figura de la «determinación preliminar», más alineada con un arbitraje acelerado.

falta de determinados presupuestos procesales. La fórmula que emplee el legislador será determinante a la hora de establecer la debida seguridad jurídica, ya que se recurre a conceptos indeterminados, en especial el factor temporal. Se intenta que se produzca la desestimación en la fase más temprana posible del proceso, que podría ser en el trámite de admisión o en la audiencia previa del proceso civil[5]. Si el juez se demora más allá, la medida pierde todo su sentido.

Por otro lado, se exige un examen adecuado del carácter manifiestamente infundado, lo que lleva a realizar un análisis indiciario. Probablemente sea conveniente fijar un incidente o audiencia preliminar donde las partes debatan precisamente la viabilidad de la pretensión, similar a lo que sucede con las medidas cautelares en las que debe concurrir el presupuesto de la apariencia de buen derecho del art. 728 LEC. De este modo, puede ser eficaz la regla de la carga de la prueba sobre el carácter fundado de la demanda. No obstante, la configuración del sistema que propone la Directiva adolece de falta de sistemática, ya que parece estar pensando en una oposición previa del demandado mediante la que se plantea una excepción que podemos denominar procesal. Así se deduce del art. 12.2, ya que el demandado solicita la desestimación temprana, lo que deriva en una inversión de la carga de la prueba en la que el actor principal ha de acreditar el correcto fundamento, que no tiene por qué coincidir necesariamente con sus pretensiones principales.

Como argumento adicional a esta idea, que el demandado plantee con carácter previo y de forma aislada la petición de desestimación temprana permite alcanzar el objetivo, al no tener que incorporarla dentro de la contestación a la demanda. El gasto, esfuerzo, por no hablar de la aportación de prueba documental, haría frustrar la finalidad del legislador europeo de protegerle anticipadamente.

En cualquier caso, es necesario realizar una reflexión más detenida sobre lo que representa en un proceso civil una decisión judicial de desestimación temprana de pretensiones, puesto que puede considerarse el punto de partida del cambio en la concepción de la tutela judicial y del abuso del proceso.

---

[5] DAMIÁN MORENO, J., *El proceso civil: ese gran desconocido,* Madrid, 2020, pág. 189.

I.2. Otros ejemplos de medidas en diversos sectores materiales

La idea de ejercicio abusivo del proceso o la interposición de demandas abusivas entra a formar parte del análisis de la eficiencia del proceso en general, y concretamente del proceso civil. Tímidamente se ven reflejos de una corriente que regula medidas procesales tendentes a evitar, bien la interposición o bien el avance de demandas que a priori pueden ser interpretadas como abusivas o manifiestamente infundadas. Ejemplo de ello es la Directiva 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. En el Considerando 22 se faculta a las autoridades judiciales para la adopción de medidas contra los demandantes que actúen «de forma abusiva o de mala fe y formulen demandas manifiestamente infundadas con el fin, por ejemplo, de retrasar o restringir de forma desleal el acceso al mercado de la parte demandada o de intimidarla o acosarla de cualquier otra forma». En este sentido, el art. 7.2 de la Directiva regula las medidas que tienden a evitar los abusos en general, y particularmente el abuso procesal. Por ello, a instancia de la demandada, los jueces pueden adoptar medidas cuando una demanda relativa a la obtención, utilización o revelación ilícitas de un secreto comercial «sea manifiestamente infundada y se constate que la parte demandante ha ejercitado la acción de forma abusiva o de mala fe». Las medidas a adoptar pueden consistir en otorgar una indemnización por daños y perjuicios a la parte demandada, la imposición de sanciones a la demandante, o incluso acordar la difusión de la resolución que contiene un pronunciamiento favorable a la demandada.

Como señalamos, los intentos por impedir un proceso planteado con fines abusivos quedan vacíos de contenidos, si bien la sanción se materializa cuando finaliza el proceso en sentido favorable al demandado. Pero, por ahora, nada garantiza una finalización anticipada del mismo, con los perjuicios que la Directiva reconoce como posibles.

La trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva se ha materializado en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. Como precepto específico frente a comportamientos contrarios a las reglas de la buena fe procesal, sólo incorpora el art. 16, que a su vez remite al art. 247 LEC. Por lo tanto, se produce una aplicación del régimen general de la buena fe procesal, con imposición de sanciones o multas. Adicionalmente, incorpora la posibilidad de que se difunda la resolución en que conste el carácter abusivo y manifiestamente infundado de la demanda. La publicidad se efectúa con la intención de servir de medida disuasoria para poste-

riores demandantes. El sistema no contempla directamente ninguna previsión sobre desestimación o inadmisión de una demanda abusiva, si bien será necesario realizar una interpretación en este sentido del art. art. 247 LEC y art. 11 LOPJ para aceptar que nuestro ordenamiento ya incorpora herramientas que evitan adentrarse en el proceso más allá de los instantes iniciales[6].

Por otro lado, la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación, recoge en su Considerando 39 la posibilidad de que los estados prevean sistemas de desestimación de asuntos infundados «tan pronto como se reciba la información necesaria a fin de motivar dicha decisión». Ahora bien, no hay obligación de introducir nuevas normas de derecho nacional específicas para las acciones de representación, sino que esta medida debe ser posible a través de normas generales si cumplen con el objetivo de evitar el ejercicio abusivo de acciones. Con ello, se está apelando a una interpretación acorde de los preceptos que en nuestro ordenamiento constituyen la vigencia de las reglas de la buena fe procesal.

El Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, presentado a tramitación parlamentaria en marzo de 2025, recoge el guante de la Directiva y contempla la posibilidad de una desestimación temprana en el caso de acciones colectivas resarcitorias. La denominada audiencia de certificación permite verificar que se cumplen los requisitos de la acción colectiva. El juez ha de comprobar que se da la necesaria homogeneidad de pretensiones, pero también, y como circunstancia novedosa, que la acción no resulta manifiestamente infundada. En este caso, el tribunal denegará la certificación, lo que determina la finalización del proceso en aplicación del art. 854 del proyecto mediante auto de sobreseimiento. Además, el auto por el que se deniega la certificación, una vez que alcanza firmeza, impide el ejercicio de otra acción colectiva resarcitoria que tenga el mismo objeto de la denegada, aunque la entidad demandante sea diferente.

---

6 Art. 11.2 LOPJ: «los Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal». Por su parte, el art. 247.2 LEC incorpora mención similar al señalar que «los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal».

A diferencia de lo que sucede en materia de secretos empresariales, el legislador europeo y, sobre todo el español, ha asumido la posibilidad de que se produzca una desestimación temprana de acciones, y no sólo desde el punto de vista formal en la idea de inadmisión. Ahora se prevé una fase en la que se analiza la información aportada y las alegaciones para poder determinar apriorísticamente si la acción carece de fundamento. Por supuesto, cabe entender que la falta de fundamento ha de ser notable, importante y evidente como para impedir el desarrollo normal del proceso hasta la sentencia. El proyecto no confunde esta medida con la figura de la buena fe procesal ya que el análisis de la viabilidad no tiene por qué entenderse como un acto abusivo o de mala fe. A la vista de las dificultades para entablar una acción colectiva resarcitoria y la magnitud que presenta, no siempre la falta de fundamento manifiesto tiene que provenir de un comportamiento contrario a la buena fe procesal. Esto no obsta para que también tenga cabida la aplicación del art. 247 LEC, pero en este caso existe una separación entre ambas figuras.

II. INSTITUCIONES AFECTADAS: DERECHO A UNA SENTENCIA SOBRE EL FONDO Y SU RELACIÓN CON LA BUENA FE PROCESAL Y EL ABUSO DEL PROCESO

La formulación constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva determina tradicionalmente que el titular tiene derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto siempre que concurran los presupuestos procesales para ello[7]. La doctrina consolidada establece que el control constitucional de las decisiones de inadmisión o no pronunciamiento sobre el fondo del asunto debe reforzarse para solventar el principio *pro actione* promulgado por la norma (STC 49/2016, de 11 de marzo, STC 25/2008, de 11 de febrero)[8]. Así pues, establecidos ciertos requisitos a nivel

---

7 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10, 2000, pág. 22, distingue entre el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a una resolución sobre el fondo. La Directiva analizada puede afectar a ambas manifestaciones puesto que intenta regular con fines disuasorios, lo que supone una limitación u obstáculo al derecho de acceso. Aunque resulta innegable su efecto sobre la segunda manifestación.

8 «El Tribunal tiene declarado que garantiza el derecho a obtener una resolución de fondo «razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes» (SSTC 86/2000, de 27 de marzo,

legal que impiden la válida constitución del proceso o que imposibilitan el derecho a que el juez conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión sometida, dichos requisitos deben interpretarse restrictivamente. Como se viene observando a lo largo de la jurisprudencia constitucional, la mayoría de los impedimentos legales están focalizados en los presupuestos procesales, que generalmente son de obligado cumplimiento y cuyo control corresponde a jueces y tribunales.

En este sentido, salvo requisitos desproporcionados e inasumibles por un demandante, la mera interposición de la demanda da derecho a obtener un pronunciamiento de fondo, sea favorable o no. Esta doctrina se precisa cuando están implicados derechos sustantivos fundamentales. En este caso, el control constitucional del derecho a una sentencia de fondo se refuerza en función del derecho material sobre el que recae, ya que no sólo está en juego la tutela judicial efectiva, sino que se ven comprometidos otros derechos fundamentales cuya invocación se sostiene en la pretensión ante el tribunal. Esta matización es especialmente relevante cuando nos referimos al derecho debatido con ocasión de la Directiva 2024/1069 en los términos que veremos más adelante.

Pero es indudable que la institucionalización de las reglas de la buena fe procesal viene a introducir nuevas perspectivas en el derecho a la tutela judicial[9]. En este sentido, conviene realizar dos precisiones. Por un lado, es indudable el valor que se otorga al comportamiento de las partes, intentando implementar un comportamiento, como señala Cachón Cadenas, presidido por la buena fe procesal como un principio esencial que les impone actuar con lealtad, probidad y honestidad durante todo el proceso

---

FJ 4; 243/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 117/2006, de 24 de abril, FJ 3; 1/2007, de 15 de enero, FJ 2), con independencia de que ésta sea favorable o desfavorable a los intereses de la parte recurrente, pero que este derecho también se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión fundada en la existencia de una causa legal que lo justifique, siempre que esa causa sea aplicada razonablemente por el órgano judicial (STC 132/2005, de 23 de mayo, FJ 4)». Señala igualmente la STC 11/2001, d 29 de enero, que el derecho de acceso a la jurisdicción comprende el derecho a provocar una actividad jurisdiccional.

9 MONTERO AROCA, J., "El proceso civil llamado «social» como instrumento de «justicia» autoritaria", en *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos,* (coord. Montero Aroca, J.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 163; PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal,* Barcelona, 2013, págs. 146-206, sistematiza los supuestos de mala fe procesal a partir de premisas generales.

judicial[10]. En el otro lado de la balanza se encuentra la percepción que se tiene del propio ejercicio de la acción ante los tribunales, donde también alcanzan nociones como la buena fe procesal y más recientemente la idea de abuso del servicio público de la justicia.

Si nos centramos en este segundo aspecto, se comprueba que la decisión de acudir o no a los tribunales es objeto de valoración por los tribunales, en el sentido de determinar si constituye un acto fraudulento o está dentro de ciertos parámetros de viabilidad sobre los que se extiende plenamente la tutela judicial. Todo entraría dentro de la regulación de los arts. 11 LOPJ y 247 LEC. Recordemos que sendos preceptos no sólo establecen la prolongación de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho del art. 7 CC, sino que además imponen a jueces y tribunales rechazar fundadamente peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. Si aplicamos estos artículos a nuestro ámbito cabe interpretar la vigencia de la posibilidad de desestimar en fase temprana una demanda que se considere manifiestamente infundada.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la doctrina de la buena fe procesal, el derecho de acceso a la jurisdicción, y el respeto a las exigencias procesales. La STC 147/2005, de 6 de junio considera que, en relación con el derecho a la tutela judicial, las normas procesales no pueden fijarse o aplicarse de forma que impidan o dificulten injustificadamente el ejercicio de las acciones judiciales. Pero este derecho no es absoluto y conlleva que los interesados actúen con una diligencia mínima adecuada[11]. En cualquier caso, hay que destacar que en el supuesto de que un tribunal inadmita o rechace una petición, debe

---

[10] CACHÓN CADENAS, M., «La buena fe en el proceso civil», *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 1-2, 2005, pág. 11. Tradicionalmente la mala fe procesal se ha manifestado en el régimen de condena en costas, efecto económico que determina un pago a la parte contraria por los gastos ocasionados por un proceso en el que se ha participado contraviniendo las reglas de la buena fe procesal. Así, la STC 156/2021, de 16 de septiembre, distingue que esa posibilidad de apreciar mala fe en cualquier caso no debe generar un efecto disuasorio que impida el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción. La imposición de costas por conducta procesal debe ser proporcionada, estar debidamente motivada y no convertirse en un obstáculo al derecho de tutela judicial efectiva.

[11] En este caso el tribunal inadmitió un recurso cuando el recurrente inaplicó por falta de celo y de forma grosera las normas sobre competencia. Dicho obstáculo no es atribuible a las normas procesales sino al comportamiento del litigante, que es merecedor del calificativo de negligencia grave.

motivar claramente por qué se considera que no se ha actuado con la diligencia exigible. La aplicación de la regla procesal debe estar sometida a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, para evitar que la sanción procesal implique una carga inadmisible para el acceso a la tutela judicial.

En cualquier caso, no cabe duda de que nos encontramos ante una nueva lectura del derecho a la tutela judicial en virtud de las nociones de buena fe procesal y abuso del proceso. Concretamente debemos situarnos en los instantes previos, ya que el ejercicio de la acción judicial puede ser considerada malintencionada. Aquí es donde se refuerzan los postulados que buscan no sólo sancionar a quien litiga de manera abusiva, sino evitar que el proceso prospere.

III. GARANTÍAS PROCESALES PARA POSIBILITAR LA DESESTIMACIÓN TEMPRANA DE PRETENSIONES EN EL PROCESO CIVIL

En términos de eficiencia procesal, la tendencia actual es la promoción de un sistema procesal en el que se valoren las peticiones que realmente tienen viabilidad y resulten necesarias. La implementación de medios adecuados de solución de controversias prioriza herramientas que eviten llegar a los tribunales tal y como se regula ampliamente en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero. La característica fundamental de estos MASC es que fuerzan el intento de negociación que en la mayoría de las ocasiones no resulta favorable. De la utilización de los mismos se pueden extraer varias conclusiones. La primera, que las partes no siempre son receptivas a una resolución del proceso previa a la sede judicial, en la idea de que van a obtener sus pretensiones en la eventual sentencia. La segunda conclusión tiene repercusión en la figura de la buena fe procesal, ya que un posicionamiento ante el intento de negociación genera indicios de intencionalidad abusiva del proceso. Esto puede deducirse del art. 2 LO 1/2025, según el cual, las partes acuden de buena fe al proceso negocial[12], circunstancia sobre la que además debe recaer una declaración responsable.

En todo caso, el art. 4.3 de la Directiva, en un intento por establecer criterios objetivos que identifiquen una pretensión infundada, incorpora

---

[12] El art. 10 del mismo texto también exige que las partes declaren que han acudido al procedimiento negocial de buena fe.

algunos ejemplos, que pueden ser incrementados en la práctica judicial. Puede considerarse una pretensión infundada por el carácter desproporcionado, excesivo o irrazonable de la demanda o parte de ella, incluyendo la cuantía excesiva del litigio. También se puede valorar la existencia de múltiples procesos iniciados por el demandante en asuntos similares[13]. No cabe duda de que la acreditación de intimidación, acoso o amenazas por el demandante antes del inicio del proceso son elementos determinantes. Pero también hay que tener en cuenta el uso con mala fe de tácticas procesales, como la prolongación del proceso, la búsqueda fraudulenta o abusiva de un foro de conveniencia o el archivo de asuntos con mala fe en fase posterior.

Así las cosas, reconocer la posibilidad procesal de desestimar la petición del actor en una fase inicial del proceso no está exento de ciertos inconvenientes prácticos. El planteamiento de la estructura del proceso civil debe readaptarse a esta potestad. Las cuestiones para tratar son varias, como es la aplicación del principio de justicia rogada a la petición de desestimación temprana, la celebración de una comparecencia para dilucidar el fundamento de la pretensión, y la determinación de lo que es fase temprana. Todas estas cuestiones están íntimamente enlazadas, por lo que no cabe entender unas sin las otras.

III.1. Solicitud del demandado de finalización temprana

La Directiva 2024/1069 establece una vía abierta a la desestimación temprana de pretensiones manifiestamente infundadas. Como se ha señalado, la decisión del juez es una de las medidas previstas contra la interposición de acciones abusivas. Ahora bien, se deja al legislador nacional la posible regulación que permita la adopción de oficio de dicha medida, según señala el art. 6.2 de la Directiva.

La diferencia entre una regulación que permita finalizar anticipadamente el proceso de oficio o deba constituir un pronunciamiento a instancia de parte resulta ser de enorme interés. Como argumento a favor de que el juez aprecie de oficio la existencia de una demanda manifiestamente

---

[13] Esta circunstancia es más fácil de acreditar. Vid. STS (Sala de lo Civil) nº 425/2013, de 1 de julio, donde se aprecia mala fe en base a la interposición de varias demandas con objetos similares con el fin de entorpecer y oscurecer todo dipo de alegaciones. El proceso no puede reducirse a un juego de astucia para perturbar a la parte contraria.

infundada está la existencia de vulneración de las reglas de la buena fe procesal o el abuso del proceso, cuya naturaleza pública conectada con la justicia justificaría esta potestad. El art. 11 LOPJ y art. 247 LEC servirían de soporte a esta posibilidad, ya que permiten que los tribunales rechacen fundadamente peticiones e incidentes planteados con manifiesto abuso de derecho o fraude de ley o procesal. Por el contrario, esto significa que el juez debe valorar, a la vista del material aportado por la parte demandante con su demanda y tras el análisis mismo de la demanda, si hay indicios y soporte probatorio suficiente para desestimar anticipadamente la pretensión. También puede esperar a que el demandado se manifieste sobre la misma, en cuyo caso ya estaría incorporando el dato del posicionamiento del demandado frente a la demanda.

La conclusión a que nos lleva el planteamiento es a realizar una interpretación restrictiva del art. 247.2 LEC, ya que, en todo caso, el juez debe fundamentar debidamente el rechazo, lo que exige superar el estándar del principio *pro actione*. Únicamente está facultado para desestimar *ab initio* si la pretensión formulada en la demanda, junto con el material probatorio aportado, resultan ser de una carencia manifiesta y evidente, o resultan peticiones desproporcionadas, excesivas o irrazonables[14]. Las dificultades en la valoración y justificación de una desestimación temprana exigen dar un paso más en las cuestiones que se suscitan, y avanzar hacia una posible comparecencia o audiencia para oír a las partes implicadas, como se verá más adelante.

III.2. Aplicación del contradictorio e inversión de la carga de la prueba

Los problemas en la consideración de lo que es una pretensión manifiestamente infundada requiere de la participación de la demandada, lo que nos sitúa en un estadio más avanzado del proceso. En efecto, tal y como ya hemos advertido, aquel que sufre una acción abusiva debe tener la posibilidad de manifestarse al respecto, lo que enriquece la perspectiva del órgano judicial. De otra manera resulta imposible que lleguen al proceso datos como el planteamiento anterior de múltiples procesos por parte del demandante, o la existencia de intimidación, acoso o amenazas contra el

---

[14] LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., «La figura del *early dismissal en el arbitraje comercial internacional»,* cit., se entiende que tanto la demandada como el propio tribunal arbitral puede acordarlo siempre que el reglamento al que las partes se someten lo permite.

demandado. Pero las alegaciones en contrario debieran realizarse en la contestación de la demanda. La dificultad, así como el esfuerzo económico para la defensa frustra todo intento anticipatorio. De ahí que sea conveniente establecer un trámite intermedio entre demanda y contestación, similar a la declinatoria, que permita cuestionar la acción y aportar datos y prueba enfocada a la idea del abuso del proceso.

La creación de un incidente o audiencia de este tipo justifica la inversión de la carga de la prueba que recoge el art. 12 de la Directiva. Se establece que la carga de demostrar que la demanda es fundada recae en el demandante, circunstancia que puede deducirse del art. 217 LEC. En efecto, el fundamento de la demanda está ínsito con el fundamento de la acción material ejercitada por lo que su viabilidad se encuentra en el escrito y documentos aportados. El actor debe acreditar los hechos constitutivos de su demanda, según reza el art. 217.2 LEC.

Pero lo que realmente constituye la inversión de la carga de la prueba es el apartado 2 del art. 12 de la Directiva. Se dice que «cuando el demandado haya solicitado una desestimación temprana, corresponda al demandante fundamentar la pretensión para que el órgano jurisdiccional pueda apreciar si es manifiestamente infundada o no». Del precepto se extrae la idea de que es el demandado el que solicita la medida, aunque no dice cuándo ni cómo, y que sobre el demandante recae la carga de fundamentar la pretensión para valorar si está debidamente fundada o no. En este caso, es el demandante el que debe acreditar la ausencia de indicios previstos en el art. 4.3 de la Directiva.

Nuevamente volvemos a la conveniencia de establecer un incidente previo a la contestación a la demanda, oral o escrito, donde se resuelva sobre el carácter fundado o no de la acción, y se despliegue todo el material probatorio centrado en esta petición. Resultaría ser un incidente análogo al de adopción de medidas cautelares, donde la tutela pedida debe justificarse mediante un indicio apriorístico del fundamento de la pretensión del proceso principal.

III.3. Determinación de la fase temprana

Las anteriores cuestiones no se completan hasta identificar lo que se entiende por fase temprana para la desestimación. El legislador pretende evitar procesos abusivos por el esfuerzo económico, social y reputacional que suponen para el demandado injustamente. Por ello, se quiere detectar esta circunstancia en la fase más temprana posible. Dependiendo del indicio a

partir del que se considera una pretensión infundada, el órgano judicial estará en condiciones de finalizar el proceso anticipadamente. Cualquier decisión posterior al inicio de la fase de práctica de prueba carece de eficacia. Por lo tanto, como máximo será la audiencia previa el momento procesal en el que debe dejarse constancia de los elementos constitutivos de una demanda abusiva.

IV. CONCLUSIONES

La figura de la desestimación temprana de pretensiones manifiestamente infundadas está prevista en la Directiva 2024/1069, relativa a demandas estratégicas contra la participación pública. En principio, el mandato europeo obliga a los estados a incorporarla al ordenamiento nacional en la medida en que no se prevea ya. Ahora bien, aunque tímidamente, los arts. 11 LOPJ y 247.2 LEC recogen la posibilidad de que los tribunales rechacen fundadamente peticiones o incidentes formulados con manifiesto abuso de derecho o en fraude de ley o procesal.

Cada vez cobra más relevancia la figura del abuso del proceso y las reglas de la buena fe procesal, lo que nos lleva a considerar que nuestro ordenamiento ya reconoce medidas similares a la Directiva. Ahora bien, su aplicación debe realizarse en consonancia con el derecho a la tutela judicial en su vertiente de derecho a obtener una sentencia de fondo. Por ello, la facultad de desestimar una pretensión anticipadamente por falta de manifiesto fundamento debe interpretarse en sentido restrictivo, a riesgo de conculcar el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a una sentencia sobre el fondo del asunto.

No obstante, si finalmente se produce alguna regulación específica en la materia, conviene tener presente una serie de requisitos que serán acordes con el sistema de derechos y garantías procesales, como es el refuerzo del principio dispositivo y de aportación de parte, o el contradictorio, necesarios para valorar debidamente la existencia de una demanda abusiva.

Algunas expectativas e incertidumbres sobre la audiencia preliminar[1]

YOLANDA DOIG DÍAZ

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Castilla La Mancha

ÍNDICE: I. PRESENTACIÓN. II. LAS EXPECTATIVAS III. SEIS PREGUNTAS. IV. CONCLUSIONES.

I. PRESENTACIÓN

Tras más de tres años, desde su aprobación en el Consejo de Ministros, el viernes 3 de enero de 2025 se publicó la Ley Orgánica 1/2015, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia que aglutina el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público Justicia y el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia.

Se trata de una reforma ambiciosa, que incorpora un cambio estructural en toda la organización judicial, apuesta por los métodos de resolución de controversias en la justicia civil, potencia los actos de conciliación en el orden social, entre otras tantas medidas que comparten un denominador común, cual es, optimizar los recursos de la administración de justicia.

Con ese objetivo, el orden penal ha sufrido también ajustes y uno de los más importantes —y polémicos— ha sido el que implanta una audiencia

[1] Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación SBPLY/21/180501/000178 « CRISIS Y RETOS DE LA JUSTICIA: EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE EFICIENCIA E INCLUSIÓN DE GRUPOS VULNERABLES», cofinanciado por Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y convocado por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

preliminar, previa al enjuiciamiento, solo prevista en el proceso abreviado. El objetivo de la Audiencia, como si de un proceso civil se tratase, es evitar el proceso gracias a un acuerdo de conformidad, sanearlo para facilitar la celebración del juicio, y solventar en una fase previa las discusiones en torno a la admisión de prueba o a su carácter ilícito. Sin embargo, las voces críticas vaticinan que esta audiencia constituirá un elemento -no ya de eficiencia- sino de dilación y retraso.

Pero cuando de una reforma se trata, lo cierto es que no son pocos los factores que determinan su éxito, por un lado, el diseño propio de la ley; y por otro y más importante, los recursos materiales y humanos —jueces, fiscales y abogados—, el presupuesto destinado a la reforma y una gestión idónea del proceso de implantación[2].

Este trabajo solo profundizará en unos de esos factores, y se limitará a analizar el diseño de la nueva audiencia preliminar, contrastando el optimismo del legislador con las críticas de los escépticos.

II. LAS EXPECTATIVAS

Para el legislador, la audiencia preliminar se presenta como el momento procesal idóneo para que el órgano de enjuiciamiento adopte decisiones relevantes para el curso del proceso, y apuesta por racionalizar los recursos con la oportunidad de alcanzar una conformidad en ese acto, en un intento por evitar que se acuerde al inicio de la práctica de la prueba, con el desgaste de tiempo y recursos que entraña para la administración de justicia y los justiciables.

Pretende arbitrar un ámbito de discusión sobre la prueba propuesta y la que habrá de admitirse, con tiempo para exponer razones y acordar su admisión o inadmisión.

También busca que el enjuiciamiento quede libre de incidencias y obstáculos, como los cuestionamientos sobre la competencia del órgano judicial, la suspensión de actuaciones o la nulidad de una prueba por vulneración de derechos fundamentales.

---

[2] SAN MARTIN CASTRO, C., "Introducción General al estudio del Nuevo Código Procesal Penal", en *El Nuevo Procesal Penal. Estudios Fundamentales*, Lima, Palestra, 2005, pág. 11.

En términos de economía procesal, si se enfoca en el tiempo y los recursos humanos y materiales que demanda la tramitación del proceso penal, las ventajas de esta audiencia preliminar resultan patentes; sin embargo, como toda reforma precisa de una operativa distinta y del cambio de mentalidad de todos y cada uno de los operadores jurídicos.

III. SEIS PREGUNTAS

En el diseño del proceso penal que modifica la LO 1/2025, la audiencia preliminar prevista en el renovado art. 785 LECrim tiene encargada tres tareas esenciales: primero, evitar el juicio gracias a un acuerdo de conformidad; segundo, sanear el proceso para facilitar la celebración del juicio y, en tercer lugar, solventar las discusiones en torno a la admisión de prueba o a su carácter ilícito.

Una de las primeras dudas que surge de la lectura del reformado art. 785 LECrim reside en determinar si la Audiencia Preliminar podrá ser aplicada en el procedimiento ordinario, pues al tratarse de una actuación procesal prevista expresamente en el marco del procedimiento abreviado, no parece que pueda trasladarse al ordinario. Y es que, si la voluntad del legislador hubiese sido la de implantar esta audiencia también en el ordinario, podría haberlo hecho, tal y como ha sucedido con la supresión del límite penológico de la conformidad para el que se modifican de forma expresa los arts. 655 y 688 LECrim, de lo que podría concluirse que la voluntad del legislador ha sido la de no implantar esa comparecencia en el procedimiento ordinario. Abunda en esa conclusión que una parte esencial de la audiencia preliminar, como es la admisión de prueba, cuente con un régimen específico en el proceso ordinario, recogido en los arts. 656 y 659 LECrim., que no se ha reformado y por tanto desplaza a la regulación de la audiencia preliminar[3].

Pero a la vista de la diversidad procedimental que caracteriza nuestro sistema penal, y a las reformas de los últimos años, habrá que entender que hoy por hoy el proceso abreviado es el común o el tipo[4], y tendrá carácter

---

[3] SANCHEZ, R. y GARCIA, J., "La audiencia preliminar en el proceso penal", (https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/la-audiencia-preliminar-en-el-proceso-penal/, consulta: 2 de septiembre de 2025).

[4] FERNANDEZ LOPEZ., M., *El control judicial de la acusación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025, pág. 49.

supletorio respecto del resto, especialmente en materia de conformidad, al tratarse de normas recientes y específicas que han terminado por constituir el marco desde el que debe ser interpretada la conformidad[5]. Con otro argumento pero en el mismo sentido, MAGRO SERVET considera que dicha audiencia aporta un beneficio en el ejercicio del derecho de defensa y potencia la concentración y oralidad, razones para extender estas ventajas al proceso ordinario[6].

La segunda cuestión sobre la que debemos detenernos es si dicha audiencia contribuye a la ansiada eficiencia procesal tan buscada por la reforma, pues supone arbitrar una vista a la que deben concurrir fiscal y acusado, que tiene carácter obligatorio y se celebra antes del enjuiciamiento. Recuérdese que hasta la implantación de dicha audiencia, el órgano de enjuiciamiento se pronunciaba por escrito sobre las pruebas propuestas por las partes y las cuestiones previas planteadas, y postergaba la decisión sobre la conformidad para el inicio del enjuiciamiento.

El carácter preceptivo de la audiencia ha provocado que se pronostique un colapso en los calendarios de señalamiento de las secciones de lo penal y de las audiencias provinciales debido a la duplicidad de vistas, tanto de la audiencia cuanto del enjuiciamiento, si es que no se alcanza una conformidad[7] en la primera. Esta audiencia requiere la comparecencia de las partes y del Ministerio Fiscal, y ello significa contar con el acusado, actor civil, y responsables civiles y las acusaciones.

Ahora bien, la percepción de los críticos requiere ser analizada en el contexto de la reforma, y es que siendo cierto que se incrementará la carga de trabajo del órgano de enjuiciamiento con una actuación más y de carácter presencial, si consigue cumplir sus objetivos, puede servir no solo para descargar de trabajo a la Administración de Justicia en caso

---

5 Cfr. OLIVEIRA TEIXEIRA DOS SANTOS, M., "La regulación de la conformidad en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia: sobre la maximización del principio de oportunidad", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 61, 2023, pág. 10.

6 Véase dicha reflexión en MAGRO SERVET, V., "Apuntes sobre la resolución de la prueba ilícita en la LECRIM tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas de eficiencia", *Diario La Ley, núm. 10649, Editorial La Ley, enero 2025, pág. 5.*

7 RODRIGUEZ LAINZ, J.L., "El desacertado impacto de la Ley Orgánica de Medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia en el proceso penal", *op. cit., pág. 14.*

se celebre la conformidad[8] —y no haya que citar al enjuiciamiento a las partes, testigos, peritos ni el tribunal, fiscal o abogados tengan que incluir esa fecha en su agenda— sino que, de no alcanzarse un acuerdo, esta audiencia pretende que el juicio se libere de trabas y obstáculos y se centre en la práctica de la prueba.

La tercera cuestión que suscita escepticismo tiene que ver con el momento de la audiencia preliminar en el que debe tener lugar la conformidad. De la lectura del art. 785 LECrim y del orden en el que se presentan las funciones que atribuye dicho precepto al órgano de enjuiciamiento, el primer acto de la audiencia será escuchar a las partes sobre la posibilidad de conformidad. Dicha redacción guarda sintonía con la de la audiencia previa del proceso civil, cuyo art. 415 LEC establece que, comparecidas las partes, el tribunal comprobará si subsiste el litigio entre ellas[9]. En concreto,

---

[8] Resulta muy gráfica la descripción que realiza MARTINEZ MORENO del problema que pretende solventar la conformidad en la audiencia preliminar. «.. nos encontrábamos con situaciones un tanto peregrinas o complicadas de abordar, como era una sala de espera abarrotada «hasta la bandera», si se me permite la expresión, pues estaban todos los testigos propuestos por cada una de las partes, los testigos-peritos y los peritos en la mayor parte de los casos, que habían sido citados para la celebración del acto del juicio y nadie les había informado, al menos, de la intención del acusado de conformarse con las penas de la acusación. Por lo que se les intentaba explicar la situación legal producida, con una perfecta cobertura jurídica, pues al acusado no se le puede negar nunca esta oportunidad procesal, siempre y cuando los términos de la conformidad estén dentro del marco técnico procesal aplicable. Sin embargo, en no pocas ocasiones no lo comprenden, pues como es lógico pensar, no entienden por qué no se les avisó con una antelación suficiente en aras de evitar desplazamientos innecesarios, ausencias laborales o, a fin de cuentas, molestias e inconvenientes del tipo que sea, personal, familiar o laboral, cuando en la citación se les había informado que su comparecencia es obligatoria y que les parará el perjuicio que proceda en derecho si no asisten al juicio señalado. Y luego nadie se acuerda de ellos en los casos, en lo que como hemos explicado, el acusado se conformaba antes de comenzar el juicio. Siendo estos casos cada vez mayores hasta tal punto que en algunos órganos de enjuiciamiento penal más del 70% de los procedimientos finalizan con una sentencia de conformidad». MARTINEZ MORENO, J., "La Audiencia Preliminar preceptiva en el procedimiento abreviado penal (Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia", *Diario La Ley*, núm. 10698, Editorial La Ley, abril 2025, pág.2.

[9] Similitud advertida por BANACLOCHE PALAO, J., "El proyecto de ley de eficiencia procesal y el proceso penal: una reflexión crítica sobre las innovaciones propuestas", *op. cit.*, pág. 7; MARTINEZ MORENO, J., "La Audiencia Preliminar preceptiva en el procedimiento abreviado penal (Ley Orgánica 1/2025, de 2 de

y al margen de lo discutible que resulta que el proceso penal se aproxime a las reglas del civil y que implante fórmulas de consenso sobre un conflicto penal, lo razonable debería ser que la conformidad no tenga siempre que constituir el primer punto de la audiencia.

La LO 1/2025 apuesta por la conformidad como el instrumento de la eficiencia[10], y la razón para incluirla en primer lugar responde a su carácter prioritario, pues no solo descartará la celebración del juicio sino que dejarán de abordarse todas aquellas otras cuestiones sobre las que pivota la audiencia preliminar, tal como puede suceder con una nulidad de actuaciones o la admisión de prueba. Pero siendo ello cierto, también los es que despejados los obstáculos procesales, como por ejemplo la alegación de incompetencia o acordada la ilicitud probatoria, las partes se encuentran en mejores condiciones para replantear sus estrategias de defensa y decidir sobre si la conformidad constituye una decisión viable[11]. Habrá que admitir pues, como sucede en la audiencia previa del proceso civil, que el Tribunal escuche a las partes sobre la conformidad no solo al inicio sino también al finalizar esta, tras los pronunciamientos en torno a la prueba.

Otra cuestión sobre la que es necesario detenerse, la cuarta, tiene que ver con la defendida presencia del juez en la audiencia preliminar, si es que tienen lugar, en ese acto, las conversaciones sobre los términos de la conformidad, entre Ministerio Fiscal y defensa. Se trata de un

---

enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia)", *op. cit., pág.4.*

10 Para MARTÍNEZ MORENO la finalidad principal de la convocatoria de la audiencia preliminar es llegar a un acuerdo. MARTINEZ MORENO, J., "La Audiencia Preliminar preceptiva en el procedimiento abreviado penal (Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia)", *op. cit., pág.3. Y para PASCUAL SUAÑA, para quien la audiencia preliminar* «..tiene la clara función de favorecer las conformidades», en PASCUAL SUAÑA, O., "Preclusión de la proposición de medios de prueba personales en el proceso penal tras la Ley de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia: un estudio desde el derecho a la prueba*", La Ley Penal*, núm. 173, Editorial La Ley, marzo 2025, pág.3.

11 Según MAGRO «si el juez o tribunal resolviera en el acto de forma oral sobre el alegato de la prueba ilícita y suprimiera la misma, también, al igual que la prueba derivada, la defensa podría pactar con la acusación una conformidad con el resto de la prueba de la acusación que quedará subsistente». MAGRO SERVET, V., "Apuntes sobre la resolución de la prueba ilícita en la LECRIM tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas de eficiencia", *op. cit., pág. 7.*

aspecto de la conformidad —el de las conversaciones previas— sobre el que no se pronuncia la LECrim, de modo que, no se ha arbitrado el escenario en el que debe tener lugar esa negociación. Resulta discutible que pueda negociarse frente al Juez, ante el que habrá de practicarse la prueba -de celebrarse el juicio- y sobre quien recaerá la decisión sobre la absolución o condena del acusado, por el evidente daño que ello comporta al derecho a la presunción de inocencia y a un juez imparcial[12]. Es cierto que ese Juez convoca a las partes y espera que hayan alcanzado un acuerdo y se lo trasladen en la audiencia, pero no que sea testigo de las estrategias de negociación de las partes. En tal caso, si apreciase que las partes requieren de tiempo para fijar los términos del acuerdo o concede una suspensión o no podrá en dicha audiencia abordarse la conformidad.

La quinta cuestión, sobre si esta audiencia constituirá el escenario de celebración de las conformidades, como pretende el legislador. Tal es la apuesta por la conformidad en la LO 1/2025, que no solo se ha suprimido el límite para permitir su aplicación en cualquier delito[13], sino que también se crea otro momento procesal en el que el encausado puede aceptar la acusación, cual es el de la audiencia preliminar. De ese modo, el encausado puede ahora expresar su conformidad; primero, en el escrito de defensa previsto en el art. 784.3 LECrim o en el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto a su letrado antes de la celebración del juicio oral; segundo, en la audiencia preliminar a la que serán convocados por el tribunal competente tanto el Fiscal como

---

12 Distinta es la percepción de MARTÍNEZ MORENO para quien «en modo alguno existe ningún inconveniente en la presencia del juzgador en dichas conversaciones, pues si todo se desarrolla con una aparente normalidad y tranquilidad, la única conversación que debe tener lugar entre el abogado defensor y el Ministerio Fiscal, estando presente el juzgador, es la relativa a la propuesta que el primero realice al segundo, y la aceptación por parte de éste, y viceversa, según la naturaleza del delito, las penas solicitadas y resto de pretensiones pecuniarias planteadas, sin entrar en ningún momento sobre el fondo del asunto, vigilando que discurra de esa forma y evitando en todo momento entrar sobre cuestiones más propias del juicio y no de la audiencia preliminar». MARTÍNEZ MORENO, J., "La Audiencia Preliminar preceptiva en el procedimiento abreviado penal (Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia)", *op. cit., pág.6.*

13 Cuestionadas por FERNANDEZ FUSTES, M.D., "La conformidad en el borrador del Código Procesal Penal", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, (dir. Moreno Catena, V.), Tirant lo Blanch reformas, Valencia, 2015, pág. 857.

las partes, y podrán pedir al juez que dicte sentencia de conformidad con el escrito que contenga pena de mayor o gravedad o con el que se presente en ese acto; y en tercer y último lugar, antes del inicio de la práctica de la prueba, si la defensa, con la conformidad del acusados, acepta el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o con el que se presente en ese acto.

El precepto que aborda la conformidad en la audiencia preliminar tiene una redacción muy similar a la prevista en los arts. 655 o 787ter LECrim, lo que significa que el mecanismo de la conformidad es idéntico al que viene operando, y eso supone mantener y perpetuar una de las nefastas prácticas asociadas a la conformidad y fomentada por la práctica forense, cual es, que entre una primera y segunda acusación —permitida por la LECrim— aparezcan circunstancias que no han sido alegadas previamente y provoquen una atenuación de la responsabilidad criminal o constaten un grado de ejecución o de participación más favorable para el acusado, gracias a los cuales se podrá solicitar una pena inferior. Es decir, se mantiene la posibilidad de que el Fiscal presente en la audiencia una acusación con una reducción de la pena —sin que entre la primera y segunda se haya realizado actuación alguna— solo con la intención que se acepte por la defensa como premio por evitar el enjuiciamiento. Pero, lo realmente cuestionable, es que se mantiene vigente la posibilidad de alcanzar una conformidad al inicio de las sesiones del Juicio oral, con lo que pervive el problema que esta audiencia busca solventar, y es que las partes esperen a esa última oportunidad para alcanzar el acuerdo.

La sexta, y última de las objeciones que suscita la regulación de la audiencia preliminar tiene relación con la admisión de la prueba. Una de las virtudes que se reconoce a esta comparecencia es la de vertebrar un espacio para la discusión acerca del contenido y finalidad de las pruebas propuestas, de modo que, será la oportunidad para exponer y desarrollar las razones de pertinencia y utilidad que aleguen las partes. Se pretende que la admisión de prueba sea fruto de un proceso meditado y racional, que se distancie de los automatismos o de autos genéricos de admisiones que en muchos casos provocan dilaciones, pues se admiten pruebas de muy difícil práctica y terminan por provocar suspensiones y retrasos innecesarios[14].

---

[14] GRANADOS, L.E., "Principales reformas efectuadas por la Ley Orgánica 1/2025, de eficiencia del Servicio Público de Justicia y su incidencia en el ámbito penal", *La Ley Penal*, núm. 172, enero, 2025, pág. 5 y MARTÍNEZ MORENO, J., "La Au-

Hasta esta reforma, la decisión sobre la prueba tenía lugar en dos momentos procesales: con la formulación de los escritos de calificación provisional (art. 781.1 LECrim) y al inicio de las sesiones del juicio oral (art. 786.2 LECrim). El reformado art. 785.1 LECrim establecía que las actuaciones pasarían a disposición del órgano de enjuiciamiento competente para que, entre otras cuestiones, decida en un auto no recurrible si admite o no las pruebas propuestas en los escritos[15]. En caso fuesen denegadas, ese mismo autorizaba que la parte que vio rechazadas su petición de prueba pueda reproducirla al inicio de las sesiones del juicio oral (art. 785. 1) y también se contemplaba que al comenzar el juicio las partes expongan sobre las pruebas propuestas y las que se propongan en ese acto (art. 786.2 LECrim).

Con las reglas nuevas, se pretende que la decisión sobre la admisión o el rechazo de ciertas pruebas deje de ser un asunto de última hora, y distorsione la finalidad del juicio que no es otra que valorar la prueba no discutir sobre su pertinencia.

Estas buenas intenciones del legislador se diluyen cuando se analizan las reglas para proponer y admitir la prueba en la audiencia preliminar y el juicio. De la redacción del art.785.1LECrim. se entiende que esta audiencia constituye el momento procesal de las partes para exponer sobre el contenido y finalidad de la prueba propuesta en sus escritos, Pero el segundo párrafo del art. 785.1 abre la posibilidad para que las partes incorporen informes, certificaciones y otros documentos y, también, propongan la práctica de prueba de las que no hubieran tenido conocimiento en el momento de formular sus escritos de acusación o defensa. Se advierte que en el caso de los documentos no se espera justificación alguna que sustente su presentación aunque pudieron presentarse en dichos escritos, lo que no sucede con la prueba de los hechos nuevos o de nueva noticia. Así expuesto, parece que la proposición de nueva prueba documental y pericial está excluida de la preclusión, a la que sí parece someterse a las pruebas personales cuya practica puede solicitarse pero condicionada a la justificación oportuna.

---

diencia Preliminar preceptiva en el procedimiento abreviado penal (Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia)", *op. cit., pág.9.*

15 VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, A. y RODRÍGUEZ FUENTES, C., "No hay prueba más allá de los escritos de calificación provisional", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 67, mayo 2025, págs. 187.

No brinda la reforma un criterio claro sobre la proposición de prueba[16], puesto que, o bien la audiencia preliminar constituye una segunda posibilidad de proponer prueba documental o se limita a la prueba —sea personal o documental— de los hechos nuevos o de nueva noticia.

Ahora bien, las dudas sobre la intención del legislador se incrementan cuando se analiza el art. 787.3 LECrim, referido al inicio de las sesiones del juicio, que abre la posibilidad para que las partes incorporen informes, certificaciones y otros documentos y propongan la práctica de pruebas de las que las partes no hubieran tenido conocimiento al momento de celebrar la comparecencia prevista en el art. 785 LECrim. Se trasladan de forma idéntica no solo la previsión normativa de la audiencia preliminar sino también los problemas interpretativos.

Podría entenderse que la posibilidad de presentar documentos al inicio del enjuiciamiento responde al derecho de contradicción de aquella parte que pretende oponer pruebas a los documentos presentados en la audiencia preliminar, de acuerdo con el art. 785.1 LECrim. Esta interpretación no es la única que puede extraerse del precepto analizado, puesto que podría perfectamente entenderse que constituye otro momento procesal para presentar prueba documental sin tener que esgrimir justificación alguna, lo que no ocurre en el caso de la prueba personal, para la que sí habrá que justificar que recae sobre hecho nuevo o de nueva noticia.

Pero el aspecto que más inquietud ha generado, entre los prácticos del derecho, responde al hecho de que, con los nuevos preceptos, los tribunales inadmitan pruebas sobre la base del argumento de que la proposición del medio de prueba no estaba originariamente incluida en los escritos de acusación y defensa, en concreto, en el caso de la prueba personal. Y a la vista de la distinción entre medio de prueba documental y personal,

---

16 VÁZQUEZ FERNÁNDEZ y RODRÍGUEZ FUENTES se preguntan: «¿Eso significa, a sensu contrario, que las partes no pueden proponer prueba ya "conocida" en esos momentos procesales? ¿Ha pretendido con ello el legislador anticipar el momento preclusivo para proponer prueba en el procedimiento abreviado desde el inicio del juicio oral (régimen previo a la reforma) al trámite de formulación de los escritos de calificación provisional? De ser así, ¿cuál es la finalidad que ampararía una reforma de tanta trascendencia? ¿Hay argumentos para defender que, pese a la desafortunada redacción de la norma, el cambio de redacción no debería tener ninguna trascendencia práctica en este sentido?». VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, A. y RODRÍGUEZ FUENTES, C., "No hay prueba más allá de los escritos de calificación provisional", *op. cit.*, pág. 187.

podría ocurrir que se aporte un informe pericial al inicio de las sesiones del juicio pero no se admita que el autor pueda contestar a las preguntas y realizar aclaraciones a su dictamen, a la vista de los límites sentados por el art. 785.1. II LECrim[17].

Para los que rechazan este cambio, el nuevo precepto entra en confrontación con determinados principios rectores esenciales del derecho procesal penal y con la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre cómo ha de aplicarse el principio de preclusión en el orden penal; y supone aplicar principios propios del proceso civil —pues se trasladan sus reglas sobre admisión de la prueba— y renunciar a la búsqueda de la verdad material[18].

En esa misma línea crítica, se defiende que se mantenga la aplicación del art. 728 LECrim, tal y como se ha interpretado por los tribunales[19], de modo que, se continúe admitiendo la petición de prueba hasta el inicio del juicio oral, cuando se den los siguientes tres requisitos: primero, se justifique de forma razonada; segundo, no suponga un fraude procesal y, en tercer lugar, no constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de indefensión[20]. Y aunque dicha interpretación, en mi opinión se distancia del espíritu de la reforma, deberemos confiar en la jurisprudencia que será quien irá perfilando y dando respuesta a las preguntas que la aplicación de los arts. 785 y 787 LECrim suscite.

IV. CONCLUSIONES

La perspectiva que otorga el tiempo, cuando de un estudio jurídico se trata, permite volver sobre la intención del legislador, identificar el punto

---

17 Cfr, PASCUAL SUAÑA, O., "Preclusión de la proposición de medios de prueba personales en el proceso tras la Ley de medidas en materia de eficiencia del servicio público de Justicia: un estudio desde el derecho a la prueba", *La Ley Penal, núm. 173, marzo, 2025, Edit. La Ley,* págs. 3 y 4.

18 VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, A. y RODRÍGUEZ FUENTES, C., "No hay prueba más allá de los escritos de calificación provisional", *op. cit., pág. 187.*

19 Vid. STS. 1060/2006 de 11 de octubre y Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 80/2022 de 1 Mar. 2022, Rec. 13/2022.

20 PASCUAL SUAÑA, O., "Preclusión de la proposición de medios de prueba personales en el proceso penal tras la Ley de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia: un estudio desde el derecho a la prueba*", op. cit.*, pág.8.

de partida y comprobar el rodaje que ha experimentado la norma procesal, las desviaciones que ha sufrido y los vacíos que presenta. Carecemos de esa perspectiva en el caso de la LO 1/2025 de 2 de enero, pero las críticas que hasta el momento se esgrimen pueden darnos pistas de su mayor o menor grado de cumplimiento. De ese modo, no cabe duda alguna que la nueva regulación de la conformidad se consolidará y se buscará que sea la audiencia preliminar el momento idónea para alcanzar al acuerdo, y es que por parte de los operadores jurídicos no hay prácticamente oposición; distinto es, sin embargo, el caso de las reglas de admisión de prueba que se incorporan en la audiencia preliminar y el inicio de la prueba, donde los argumentos esgrimidos rechazan un nuevo marco legal y siguen apelando a razones jurisprudenciales previas a la reforma.

SEXTA PARTE.

PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFICIENTE DE LOS CONSUMIDORES

Del anteproyecto de ley de acciones de representación al proyecto de ley de acciones colectivas para la defensa de los consumidores

ALICIA ARMENGOT VILAPLANA

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MODELO DE ADHESIÓN DE LOS CONSUMIDORES AL PROCESO COLECTIVO. III. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE EL TERCERO FINANCIADOR. IV. EL LIQUIDADOR PROFESIONAL EN LA EJECUCIÓN Y EL DESTINO DEL REMANENTE. IV.1 Sentencia de condena pecuniaria que individualiza a los consumidores beneficiarios. IV.2 Sentencia de condena pecuniaria que no individualiza a los consumidores beneficiarios. IV.3 Incremento de la condena pecuniaria con posterioridad a la sentencia. IV. 4. Destino del remanente. V. CONCLUSIONES.[1]

I. INTRODUCCIÓN

El 14 de marzo de 2025 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Se trata del texto que había estado incorporado al Proyecto de Ley de medidas de eficiencia del servicio público de justicia -aprobado por la LO 1/2025, de 2 de enero- pero del que se desgajó en la tramitación parlamentaria, viendo de nuevo la luz como proyecto de ley en marzo de 2025. En esta comunicación pretenden destacarse los cambios más relevantes que se han

[1] Comunicación presentada en el marco del Proyecto I+D+i (PID2021-12256908-100: Instrumentos para la justicia civil ante los litigios-masa. En especial, acciones de representación y régimen del proceso testigo), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa" (IP Alicia Armengot Vilaplana).

producido desde el anteproyecto de ley de acciones de representación de diciembre de 2022 (en adelante, el anteproyecto) hasta el proyecto de ley de acciones colectivas de marzo de 2025 (el proyecto).

II. EL MODELO DE ADHESIÓN DE LOS CONSUMIDORES AL PROCESO COLECTIVO

Una de las cuestiones que más polémica suscita la transposición de la Directiva (UE) 1828/2020 radica en el modelo de acción colectiva resarcitoria que quiere instaurarse en nuestro ordenamiento, atendiendo a la vinculación de los consumidores con ese proceso. En este punto, la Directiva no elige un modelo único de acción colectiva, sino que deja libertad a los Estados miembros para establecer un modelo de adhesión voluntaria, un modelo de autoexclusión, o una combinación de ambos[2]. Solo se impone el modelo de adhesión voluntaria para aquellos consumidores que no tengan su residencia habitual en el Estado en el que se haya ejercido la acción resarcitoria. En tales casos, los consumidores deberán manifestar expresamente su voluntad de ser representados en dicha acción para quedar vinculados por la sentencia. Asimismo, la Directiva deja claro que ante el ejercicio de una acción de cese no puede exigirse una identificación de los consumidores a los que tal acción puede afectar, ni puede exigirse la manifestación expresa de los mismos para quedar vinculados por la sentencia (art. 3).

Partiendo de ello, el anteproyecto optó por el sistema de autoexclusión con carácter general, debiendo los consumidores, en el plazo indicado por el Tribunal en el auto de certificación, manifestar su voluntad de quedar excluidos del proceso a través de la plataforma electrónica de gestión del procedimiento que debe activar la entidad habilitada. En el caso de que el consumidor no exprese su voluntad de quedar desvinculado del proceso

---

[2] Considerando (43): «En un mecanismo de inclusión voluntaria, los consumidores deben estar obligados a manifestar expresamente su voluntad de ser representados por la entidad habilitada para ejercitar la acción de representación para obtener medidas resarcitorias. En un mecanismo de exclusión voluntaria, los consumidores deben estar obligados a manifestar expresamente su voluntad de no ser representados por la entidad habilitada para ejercitar la acción de representación para obtener medidas resarcitorias. Los Estados miembros deben poder decidir en qué fase del procedimiento los consumidores individuales pueden ejercitar su derecho a decidir ser incluidos o excluidos de la acción de representación».

colectivo, le alcanzarán los efectos de la sentencia, no pudiendo posteriormente ejercer su derecho a título individual.

Este sistema general de autoexclusión no regía con carácter absoluto pues el anteproyecto abría la puerta al modelo de adhesión voluntaria atribuyendo al tribunal la potestad para valorar las circunstancias que podrían justificar este otro modelo; de esta manera, siempre que la cantidad correspondiente a cada consumidor superara cierta cuantía, el tribunal podía decidir que la sentencia solo afectara a los consumidores que hubieran manifestado su voluntad de quedar vinculados con el proceso. En la primera versión del anteproyecto esta cantidad se fijó en 5.000 euros y, tanto en la segunda versión del anteproyecto, como en el proyecto de ley, se ha rebajado a 3.000 euros[3].

Este modelo mixto, y, en particular, la apuesta por el sistema general de autoexclusión ha provocado un fuerte rechazo por parte de instituciones y de sectores empresariales, así como de asociaciones de consumidores.

Entre las críticas apuntadas al modelo de autoexclusión se afirma que es un sistema ajeno a nuestra tradición jurídica en tanto anula el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor que, al no haber manifestado su voluntad de quedar excluido de la acción colectiva, pierde la posibilidad de ejercer su derecho a título individual[4]. Se aduce, en apoyo de estas

---

[3] Tal como indica el art. 848 de Proyecto de ley: «2. El tribunal establecerá asimismo el modo y el plazo dentro del cual los consumidores afectados por la acción colectiva resarcitoria habrán de manifestar su voluntad expresa de desvincularse de la acción y, en consecuencia, del resultado del proceso. 3. De forma excepcional, podrá acordar el tribunal que solo habrán de quedar afectados por la acción colectiva resarcitoria aquellos consumidores y usuarios que hayan manifestado su voluntad expresa de vincularse a aquella y, en consecuencia, al resultado del proceso. El tribunal solo podrá tomar esta decisión cuando, atendidas las circunstancias del caso concreto, resulte necesaria para una mejor administración de justicia, siempre que la cantidad reclamada o el valor de la prestación solicitada como resarcimiento para cada beneficiario supere los 3.000 euros».

[4] Para responder a esta crítica, se añadió una justificación en la exposición de motivos de la segunda versión del anteproyecto, con indicación de supuestos de nuestro ordenamiento en los que ya existía ese modelo: «(…) la posibilidad de ejercer derechos ajenos, especialmente de los más vulnerables, es algo ya conocido en nuestro sistema procesal, como sucede con el ejercicio de la acción civil correspondiente a las víctimas que realiza el Ministerio Fiscal en los procesos penales, cuando estas no manifiestan su voluntad de reservarla para un proceso civil posterior, o como sucede en el caso de los procesos de conflictos colectivos en el ámbito laboral».

consideraciones, que en los sistemas en los que rige el modelo de *opt-out* son escasos los consumidores que ejercen su derecho de exclusión, y si bien el efecto de cosa juzgada alcanza a todos, no se logra el resarcimiento de un número elevado de afectados, por lo que la acción colectiva acaba cumpliendo unas finalidades distintas de la protección de los consumidores.

Desde otro punto de vista, se ha cuestionado que los empresarios demandados puedan ser condenados a una cantidad global o a tanto alzado, con independencia del número de consumidores que finalmente resulten beneficiados por la sentencia y con el añadido de que esta cantidad pueda verse incrementada si en la fase de liquidación aparecen nuevos consumidores que no fueron tenidos en cuenta en esa previsión inicial (art. 860 apartados 4 y 5 del proyecto).

Y desde la perspectiva de las asociaciones de consumidores y usuarios, se apunta que la afectación de la sentencia a todos los consumidores —salvo a aquellos que hayan solicitado su exclusión— cercena el carácter representativo de la asociación, que dejará de actuar en defensa de sus asociados para pasar a defender a todos los consumidores con independencia de que estén o no inscritos en la asociación demandante.

Por mi parte, considero que el modelo de autoexclusión es el adecuado para los supuestos en los que la cantidad correspondiente a cada consumidor no sea muy elevada, desempeñando en tales casos la entidad habilitada una verdadera labor de protección del consumidor; y ello porque en esos casos, el consumidor difícilmente ejercerá su acción a título individual. La efectividad del sistema requiere, claro está, de una potente publicidad sobre el planteamiento de la acción colectiva y de una concienciación social acerca de la existencia de este instrumento. El modelo de autoexclusión es también el que mejor define a la acción colectiva, siendo el de adhesión voluntaria un modelo muy cercano al expediente de la acumulación de pretensiones y en el que la entidad habilitada ejercerá una función de representación de consumidores determinados.

De otro lado, el modelo de adhesión voluntaria conlleva que, respecto a una misma infracción frente a un mismo empresario, pueda plantearse más de una acción colectiva, fraccionándose los consumidores entre los distintos procesos, y sin perjuicio de las acciones individuales que puedan seguir ejerciendo. Todo ello abona un panorama de sobreabundancia de procesos sobre unas mismas conductas, con la necesaria inversión de re-

cursos humanos y materiales, y con el riesgo de pronunciamientos contradictorios[5].

El problema quizás estribe en determinar qué podemos considerar por cantidad poco elevada, siendo una cuestión relativa que debería valorarse en el caso concreto. En los años de vigencia de la LEC hemos podido observar las modificaciones operadas en las cuantías como consecuencia de la evolución de la sociedad y de la complejidad de diferentes materias (así, p. ej. para la competencia del juez de paz; para la determinación del procedimiento adecuado, para la exigencia de la postulación obligatoria). En todo caso, en la fijación de una cuantía por debajo de la cual el sistema a aplicar sería el de autoexclusión, debería atenderse a la cuantía correspondiente a cada consumidor y al coste que para ese consumidor supondría acudir a un proceso a título individual, factor este último que será determinante para no ejercer la acción individual y que justificará el ejercicio de una acción colectiva.

III. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE EL TERCERO FINANCIADOR

Otra de las cuestiones polémicas en la transposición de la Directiva (UE) 1828/2020 descansa en el tema de la financiación de la acción. Por tal se entiende la posibilidad de que un tercero proporcione a la entidad habilitada los recursos económicos necesarios para el planteamiento de una acción colectiva; en el caso de que ésta finalice de manera desfavorable para los consumidores el tercero no obtendrá ningún retorno por esa inversión; en caso de que la pretensión de condena resarcitoria sea estimada, el financiador obtendrá una cantidad o retorno a detraer de las cantidades a las que ha sido condenado el demandado[6].

---

[5] LÓPEZ SÁNCHEZ, J., "La desvinculación en las acciones de representación (opt-out) y el derecho a la tutela judicial efectiva", *Diario La Ley, núm. 10282, 9 de mayo de 2023,* págs. 6-13; FERNÁNDEZ BENAVIDES, M., "Una primera aproximación al Anteproyecto de Ley de Acciones Colectivas", *Hay Derecho, (*https://www.hayderecho.com/2023/05/10/una-primera-aproximacion-al-anteproyecto-de-ley-de-acciones-colectivas/, consulta: 10 de mayo de 2023).

[6] Sobre el tema: ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., "La financiación de litigios por terceros (TPF). Clarificación de conceptos y algunas claves para su eventual regulación", en *La Justicia tenía un precio,* (dirs. Herrero Perezagua, J. F. y López Sánchez, J.), Atelier, Barcelona, 2023, pág. 271.

La Directiva posibilita esta financiación por terceros imponiendo unos límites conducentes a evitar el conflicto de intereses, excluyendo la posibilidad de que el tercero influya en las decisiones de la entidad habilitada o financie la acción con fines que se aparten de la protección de los consumidores.

Para efectuar ese control, el anteproyecto exigía que la entidad habilitada aportara con la demanda «Un resumen financiero de las fuentes de financiación utilizadas para apoyar la acción de representación. Dicho resumen expresará, en su caso, la existencia de financiación por un tercero, que habrá de ser debidamente identificado (art. 844.1.f)». El proyecto ha ido más allá exigiendo que esa información consista en «Una exposición completa de las fuentes de financiación utilizadas para apoyar la acción de representación. Dicha exposición contemplará, en su caso, la existencia de financiación por un tercero, que habrá de ser debidamente identificado».

En concreto, se entenderá que concurre conflicto de interés «cuando el demandado sea un competidor del financiador o un empresario o profesional del que dependa el financiador. El tribunal considerará igualmente que existe conflicto de intereses si advierte que las decisiones de la entidad demandante, incluidas las relativas a los acuerdos de resarcimiento, están influidas por un tercero que esté financiando el proceso, de un modo que pueda resultar perjudicial para los intereses colectivos de los consumidores y usuarios afectados» (art. 850.2).

En caso de que el tribunal aprecie conflicto de interés, el anteproyecto contemplaba la posibilidad de que se requiriera al demandante para que renunciara a esa financiación o la modificara, regulación que se mantiene en el proyecto[7].

No obstante, el proyecto ha añadido un nuevo apartado (art. 850.5) dirigido a que el tribunal examine una cuestión adicional a la del conflicto de interés, a saber: si el acuerdo de financiación puede ser desproporcionado en relación con los consumidores. En esta línea, se establece que el

---

[7] Así, dice el art. 850.3 del Proyecto que «Si el tribunal aprecia la existencia de conflicto de intereses, requerirá a la entidad demandante para que renuncie a la financiación controvertida o la modifique en el plazo que el propio tribunal señale, que no podrá ser superior a un mes. Si en dicho plazo la entidad demandante no justifica haber procedido a la renuncia o modificación requerida, sobreseerá el tribunal el proceso o excluirá del mismo a la entidad afectada, en caso de que hubiere concurrido otra entidad habilitada al ejercicio de la acción colectiva resarcitoria a la que no afectara el conflicto de intereses».

juez podrá solicitar a la entidad demandante la aportación del acuerdo de financiación, convocándose una comparecencia en la que serán citadas todas las partes y el propio financiador y en la que podrán examinarse las consecuencias que el acuerdo pueda tener sobre los consumidores. Si el tribunal considera que el acuerdo es desproporcionado en perjuicio de los consumidores podrá requerir a la entidad para que modifique el acuerdo, renuncie a esa financiación, o presente un nuevo acuerdo con un financiador distinto, resolviendo el tribunal lo que proceda[8].

Se plantea en este punto si la ley debiera ser más intervencionista determinando el porcentaje máximo de retorno que correspondería al tercero financiador, y a partir del cual, el acuerdo financiador podría considerarse desproporcionado. Si se tiene en cuenta que ese beneficio se detraerá de la cantidad a la que haya sido condenado el empresario demandado (art. 878.1), aminorando la que debe repartirse entre los consumidores, la fijación de un límite que auxilie al tribunal en la decisión sobre la proporcionalidad del acuerdo podría ser relevante[9].

Tampoco el proyecto establece norma alguna que determine una preferencia de cobro de los consumidores en relación con el tercero financiador o la posibilidad de que ese coste se incluya en el concepto de costas; todo ello sin olvidar las posturas que rechazan de manera frontal que este tipo de acciones puedan ser financiadas por terceros a cambio de un precio, surgiendo la necesidad de contar con financiación pública.

---

8 Como indica el art. 850.5 del proyecto: «El tribunal también podrá solicitar al demandante la aportación del contrato de financiación, al efecto de comprobar las consecuencias que sus términos tendrían sobre los consumidores y usuarios afectados por la acción de representación. La aportación y el examen de dicho contrato se harán en una comparecencia, a la que serán citadas todas las partes y el propio financiador, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 283 bis b) en el caso de que el tribunal considerase que se trata de información confidencial. Si considera que los términos del acuerdo de financiación son desproporcionados en perjuicio de los consumidores y usuarios afectados por la acción colectiva, el tribunal requerirá a la entidad demandante y al financiador para que lo modifiquen en el plazo que el propio tribunal señale, que no podrá ser superior a un mes. En dicho plazo podrá igualmente la entidad demandante renunciar a la financiación en cuestión o aportar un acuerdo de financiación con un financiador diferente, en cuyo caso resolverá el tribunal lo que proceda».

9 SANDE MAYO, M. J., "La financiación de las acciones de representación resarcitorias. El talón de Aquiles de la transposición al ordenamiento español de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre", *Revista Electrónica Iberoamericana (REIB),* Vol. 18, Nº 2, (septiembre de 2024), pág. 214.

IV. EL LIQUIDADOR PROFESIONAL EN LA EJECUCIÓN Y EL DESTINO DEL REMANENTE

La sentencia que estime una pretensión colectiva de condena resarcitoria podrá determinar individualmente a los consumidores beneficiarios de esa condena, o, si ello no fuera posible, deberá fijar las características que deben concurrir en ellos para que puedan beneficiarse de la sentencia (art. 860.1 del proyecto). El cumplimiento y, en su caso, la ejecución de esa sentencia presenta una diferente regulación en función de esa determinación.

IV.1. Sentencia de condena pecuniaria que individualiza a los consumidores beneficiarios

Cuando la sentencia de condena resarcitoria individualiza a los consumidores beneficiarios, el condenado deberá proceder a su cumplimiento en el plazo fijado en la sentencia. Para ello, deberá dirigirse de manera directa a los consumidores requiriéndoles la información que precise para verificar el pago (art. 873.2)[10].

Efectuados todos los pagos, el condenado deberá ponerlo en conocimiento del tribunal que haya conocido de la primera instancia para que el LAJ dicte Decreto teniendo por cumplida la sentencia; en el caso de que se haya fijado un plazo superior a seis meses para este cumplimiento voluntario, el condenado deberá informar periódicamente al tribunal acerca del curso de este cumplimiento.

Cuando el condenado no haya podido efectuar los pagos por causas que no le sean imputables (p. ej., imposibilidad de localizar a los consumidores afectados), podrá consignar las cantidades en la cuenta de depósitos y con-

---

[10] Art. 860.3 proyecto: «En caso de que se haya procedido a la determinación individualizada de los beneficiarios, el tribunal establecerá asimismo el plazo dentro del cual el demandado habrá de proceder al pago directo a cada uno de ellos e impondrá una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros por día de retraso, en función del número de beneficiarios y de la capacidad económica del condenado y del perjuicio ocasionado a estos. El tribunal determinará igualmente en la sentencia las actuaciones que, en su caso, hayan de llevar a cabo los consumidores y usuarios para que se haga efectivo el pago a que tengan derecho, así como el plazo para ello».

signaciones. Estas cantidades serán devueltas al condenado si transcurrido el plazo de caducidad no han sido reclamadas.

Para el supuesto de que algún beneficiario de la sentencia no haya obtenido la cantidad que le corresponda, en todo o en parte, deberá ponerlo en conocimiento del tribunal instando la ejecución. Tras esa solicitud, el tribunal despachará la ejecución y actuará de oficio en lo sucesivo, pudiendo también acumular las diversas peticiones que se vayan planteando. Esta petición de ejecución podrá ser formulada por el consumidor beneficiario de manera sencilla, mediante un impreso o formulario y sin necesidad de postulación. También podrá solicitar esa ejecución a través de la plataforma de gestión del procedimiento de la entidad demandante.

IV.2. Sentencia de condena pecuniaria que no individualiza a los consumidores beneficiarios

En el caso de que la sentencia de condena no pueda individualizar a los consumidores afectados se contempla una regulación novedosa que permite al tribunal fijar una cantidad a tanto alzado que resulte suficiente, según sus estimaciones, para hacer frente a todas las cantidades debidas al conjunto de consumidores afectados[11].

Esta cantidad deberá ser ingresada por el empresario condenado en la cuenta de depósitos y consignaciones que indique el tribunal. En caso de que el demandado no ingrese la cantidad debida en el plazo fijado por la sentencia, el juez despachará la ejecución de oficio, o a instancia de la entidad demandante, del Ministerio Fiscal, o de cualquiera de los consumidores beneficiarios, procediendo el tribunal a la imposición al demandado de una multa coercitiva por cada día de retraso.

Efectuado el ingreso, se plantea la cuestión de determinar a quién encomendar la tarea de repartir esa cantidad entre todos los consumidores beneficiarios. El anteproyecto encargaba esa labor a la propia entidad habilitada demandante; el proyecto, en cambio, ha considerado adecuado que sea un liquidador profesional designado por el tribunal.

---

11 GASCÓN INCHAUSTI, F., "Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores", *Almacén de Derecho, 17/02/2023, (*https://almacendederecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores).

El nombramiento del liquidador deberá recaer sobre un profesional experto en materia contable con una trayectoria mínima de diez años en el ejercicio de su profesión; será elegido por acuerdo de las partes o, en su defecto, por el Colegio profesional correspondiente al lugar donde tenga su sede el tribunal, conforme a criterios predeterminados por el propio Colegio al que pertenezca. La retribución de este liquidador se efectuará con cargo a la cantidad que el tribunal habrá fijado en la sentencia para ese fin (arts. 860.4 y 877).

Una vez comprobado que el condenado ha puesto a disposición del tribunal la cantidad debida, se procederá a la designación del liquidador profesional. En el mismo auto por el que se le designe, se le hará entrega de la cantidad global depositada por el condenado, se le fijará plazo durante el cual deberá realizar las operaciones de liquidación, y se le entregará la relación definitiva de consumidores que, según los casos, hayan ejercido su derecho de inclusión o exclusión.

Cuando sea posible, el liquidador abonará directamente a los consumidores que aparecen identificados en la sentencia, sin necesidad de que éstos lo soliciten. En cambio, los consumidores que no aparezcan identificados deberán solicitar su reconocimiento como beneficiarios acreditando ante el liquidador que cumplen las características y condiciones fijadas por la sentencia. Los consumidores podrán utilizar la plataforma electrónica para solicitar el cobro, sin necesidad de servirse de abogado y procurador, si bien, pueden establecerse otros mecanismos que también resulten adecuados para que los consumidores puedan solicitar el cobro; el liquidador tendrá también acceso a esta plataforma.

Caso de que el liquidador no reconozca la condición de beneficiario, o se plantee discrepancia en cuanto a las cantidades debidas, el consumidor podrá acudir ante el tribunal para la resolución de tal incidente, facilitándose este trámite mediante la presentación de un impreso o formulario que no requerirá postulación y al que podrá acompañarse por el solicitante los documentos o principios de prueba en los que funde su pretensión. Este incidente -en el que tendrá intervención el liquidador y el empresario condenado- se tramitará por escrito, con posibilidad de celebrar vista, y se resolverá mediante auto recurrible en apelación.

El liquidador deberá finalmente presentar una rendición de cuentas al tribunal indicando los pagos que haya efectuado y los beneficiarios de los mismos. Esta rendición de cuentas deberá ser trasladada al condenado que podrá oponerse a la misma justificando las cantidades que no deberían haberse abonado. En caso de que no haya oposición, el

LAJ aprobará la liquidación efectuada. En caso de que el condenado formule oposición, se celebrará una vista en la que comparecerán el liquidador, la entidad habilitada, y los beneficiarios de los pagos que hayan sido impugnados por el condenado en su oposición. Tras la vista, el juez resolverá mediante auto lo que proceda pudiendo ordenar en su caso el reembolso de las cantidades que haya percibido indebidamente un consumidor.

IV.3. Incremento de la condena pecuniaria con posterioridad a la sentencia.

Otra de las cuestiones criticadas en la transposición de la Directiva se ha centrado en la posibilidad de que la sentencia de condena pecuniaria que no individualice a los consumidores y cuya cuantía se haya fijado de forma estimativa, sea incrementada una vez se compruebe la insuficiencia de tal cantidad.

En efecto, cuando el proceso colectivo se haya tramitado bajo la modalidad de autoexclusión, salvo los consumidores que hayan solicitado excluirse del grupo, el resto de consumidores no habrá realizado actuación alguna en ese proceso. Dictada sentencia de condena, deberá garantizarse su publicidad con el fin de que los consumidores conozcan su contenido y puedan comprobar si concurren en ellos los requisitos descritos por la sentencia. Con la publicidad de la sentencia los consumidores conocerán también las actuaciones que deberán realizar para que se les reconozca la condición de beneficiarios y sean reintegrados de las cantidades que les corresponda. Será en ese momento cuando se concretarán los consumidores afectados y se comprobará si la cantidad global impuesta en la sentencia es o no suficiente.

El proyecto contempla un incidente dirigido a constatar esa circunstancia, imponiendo, en su caso, al demandado la condena a una cantidad adicional. En esta línea, establece el art. 860.5 del proyecto que el liquidador «podrá solicitar con posterioridad el incremento de la cantidad a que se refiere el apartado anterior si el cumplimiento o ejecución de la sentencia pone de manifiesto su insuficiencia. En tal caso, el solicitante habrá de justificar las razones del incremento y habrá de especificar el nuevo importe al que debe ascender la condena. El tribunal dará traslado del escrito a la parte demandada y a la entidad demandante y citará a las partes a una vista, que se celebrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 443, al término de la cual resolverá mediante auto lo que proceda. Frente a dicho auto cabrá recurso de apelación».

Es comprensible que esta posibilidad deje en una situación de incertidumbre al empresario condenado que quedará expuesto a un eventual goteo de peticiones que supongan un incremento de la condena inicial. Pero limitar el reparto de la cantidad global a los consumidores que hayan presentado su petición en el plazo indicado por el tribunal podría dejar fuera de resarcimiento a consumidores que no tuvieron conocimiento de la sentencia. En esta línea, el proyecto contempla que, una vez aprobada la liquidación, los nuevos consumidores que pudieran aparecer con posterioridad deberán dirigirse a la persona condenada, y caso de que ésta se negara a reconocerles como beneficiarios, deberá acudirse al incidente previsto para resolver las discrepancias en la fase de liquidación, ello siempre que la solicitud del consumidor se formule antes de la expiración del plazo de caducidad de la acción ejecutiva.

IV.4. Destino del remanente

Por último, interesa detenerse en la cuestión del destino que debe darse a las cantidades que no hayan sido distribuidas entre los consumidores en el plazo fijado para esa liquidación. Tanto el anteproyecto como el proyecto de ley contemplan que aquéllas deben ser reintegradas a la parte condenada. La razón que justifica esta previsión estriba en el carácter resarcitorio de la acción colectiva y en la imposibilidad de que cumpla una función punitiva, extralimitándose de la función de resarcir el daño padecido por cada consumidor.

En la tramitación parlamentaria se han alzado voces críticas con esta solución que apuntan a la conveniencia de que dichas cantidades no repartidas integren un fondo que sea destinado a iniciativas en materia de protección de consumidores o incluso a financiar otras acciones colectivas. Si bien se trata de una opción prevista en otros ordenamientos y que puede reforzar el ejercicio de acciones colectivas, no debe perderse de vista que serán los consumidores que no hayan reclamado los que, implícitamente, renuncien a esa compensación admitiendo que tales cantidades se destinen a ese fondo social.

V. CONCLUSIONES

La transposición de la Directiva (UE) 1828/2020 sobre acciones de representación en materia de consumidores está sufriendo un retraso considerable que está impidiendo el ejercicio de acciones colectivas en nuestro

ordenamiento habida cuenta de las disfunciones que se generan con el actual marco normativo de la LEC.

Este largo proceso de transposición denota el escaso interés en esta materia y la desconfianza y el temor que existe en el sector empresarial ante la implantación de un instrumento que pretende proteger a los consumidores ante infracciones para las que no resulta adecuado acudir a un proceso individual.

Las críticas al modelo de acción colectiva diseñado por el proyecto de transposición se han dirigido sobre varios frentes, entre ellos, el sistema general de autoexclusión (opt-out), la posibilidad de que un tercero financie estas acciones obteniendo un beneficio económico por esa inversión, o la eventualidad de que la cantidad a la que haya sido condenado el empresario sea incrementada en fase de ejecución.

La interacción entre las acciones colectivas y las acciones individuales de los consumidores y usuarios: regulación vigente y propuesta de reforma en el proyecto de ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios

JOSÉ MARTÍN PASTOR

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RELACIÓN ENTRE LAS ACCIONES COLECTIVAS E INDIVIDUALES PARA LA TUTELA JUDICIAL DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA VIGENTE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. III. LA RELACIÓN ENTRE LAS ACCIONES COLECTIVAS E INDIVIDUALES PARA LA TUTELA JUDICIAL DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL PROYECTO DE LEY DE ACCIONES COLECTIVAS PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. CONCLUSIÓNES.

I. INTRODUCCIÓN

Partimos de la base de que las técnicas de tratamiento de la litigiosidad masiva deberían garantizar las soluciones uniformes, la seguridad jurídica, la economía procesal, y la pronta y eficaz tutela de los derechos e intereses de los sujetos perjudicados.

Las acciones colectivas constituyen el instrumento más novedoso de nuestro sistema procesal-civil para atender los supuestos de reparación judicial colectiva de los consumidores y usuarios afectados.

La LEC reguló por primera vez, a través de distintos preceptos, las acciones colectivas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en el ordenamiento jurídico español. En aquel momento no se consideró necesario un proceso o procedimiento especial para el ejercicio de dichas acciones, sino que se introdujeron una serie de normas especiales en determinados preceptos de la ley.

El fracaso del sistema diseñado por la LEC sobre las acciones colectivas -e individuales-, para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, requiere la implementación de mecanismos eficaces para que se pueda poner fin a las prácticas ilícitas, y los consumidores y usuarios sean resarcidos, en su caso, de los daños causados por aquellas.

La Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, trata, por una parte, de garantizar que todos los Estados de la Unión Europea cuenten, al menos, con un mecanismo de tutela colectiva a instancia de las entidades legalmente habilitadas para la salvaguarda de los intereses de los consumidores y usuarios, y, por otra parte, de evitar el ejercicio abusivo de dicha acción procesal.

Cabe destacar que la mencionada Directiva no diseña un procedimiento colectivo por el que deban sustanciarse las acciones de representación, ni articula las fases de una estructura procedimental. Por ello, corresponde a los Estados miembros la configuración por completo del procedimiento para el ejercicio de estas acciones, en sus dos modalidades —cesación y resarcitorias—, conforme al principio de autonomía procesal.

El plazo previsto para la transposición del nuevo instrumento expiró el 25 de diciembre de 2022. Para esta fecha deberían haberse publicado, en consecuencia, las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva, disposiciones que deberían haber sido aplicables seis meses más tarde, a partir del 25 de junio de 2023.

Para transponer dicha Directiva se requiere la modificación de la normativa procesal civil, así como la regulación de las entidades habilitadas que puedan ejercer las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Con el objetivo de cumplir con la exigencia de la transposición normativa los Ministerios de Justicia y de Consumo promovieron un Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores en el año 2022.

Esta propuesta normativa se introdujo en el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, de 22 de marzo de 2024.

Este Proyecto de Ley cristalizó parcialmente en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que no contempla el régimen jurídico de las acciones colectivas.

La propuesta de reforma de la regulación de las acciones colectivas se ha reiterado en el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, de 14 de marzo de 2025, que es objeto en la actualidad de tramitación parlamentaria.

A continuación, de los diversos aspectos problemáticos relacionados con las acciones colectivas para la tutela judicial de los consumidores y usuarios, únicamente me centraré en su relación con las acciones individuales que pueden ejercitar dichos sujetos.

Y ello porque, a mi juicio, la cuestión más relevante es la definición de las relaciones entre los procesos en los que se ejercitaran acciones colectivas, por un lado, y los procesos en los que se ejercitaran acciones individuales conexas por parte de los consumidores y usuarios perjudicados, por otro lado.

Téngase presente que la eficacia del sistema procesal civil para la protección de los consumidores y usuarios requiere no solo que se ponga fin a las prácticas ilícitas, sino además que aquellos sean resarcidos, en su caso, de los daños causados por aquellas.

Para clarificar el objeto de las acciones colectivas hay que partir de la distinción que efectúa ORTELLS RAMOS entre las acciones para la tutela judicial de los derechos e intereses jurídicos colectivos, y las acciones para la tutela judicial de los derechos e intereses jurídicos individuales de los integrantes de grupos sociales que han sido lesionados por una causa común.

En las primeras el derecho o interés jurídico necesitado de protección es de naturaleza supraindividual, esto es, «tiene un carácter colectivo e indivisible para el grupo social afectado»[1]. En las segundas los derechos e intereses jurídicos necesitados de protección son de naturaleza pluriindivi-

---

[1] *Vid.* ORTELLS RAMOS, M., *en AA.VV., Derecho Procesal Civil,* Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 126.

dual, es decir, «pueden ser de titularidad individual de cada miembro del grupo social, pero la necesidad de la tutela deriva de que un mismo hecho o acto ha causado perjuicio a los diferentes miembros del grupo»[2].

De esta forma, simplificando, podríamos hablar de acciones «colectivas» para la tutela de los derechos e intereses jurídicos colectivos, y de acciones «colectivas» para la tutela de los derechos e intereses jurídicos individuales conexos. O de ejercicio de acciones propiamente colectivas, y de ejercicio colectivo de acciones individuales conexas, ya que, como inmediatamente veremos, el legislador permite que estas acciones individuales se ejerciten de forma acumulada —y accesoria— a la acción colectiva de cesación.

II. LA RELACIÓN ENTRE LAS ACCIONES COLECTIVAS E INDIVIDUALES PARA LA TUTELA JUDICIAL DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA VIGENTE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

En el ATJUE, FERNÁNDEZ OLIVA, de 26 de octubre de 2016, se hace mención expresa a «las complejidades del procedimiento nacional de que se trata en los litigios principales, especialmente en lo que respecta a las relaciones entre las acciones individuales y las acciones colectivas paralelas» (FD 33º).

Sobre esta cuestión, cabe sintetizar los siguientes aspectos:

1º) El propósito inicial del legislador. La tramitación en un procedimiento único de los procesos en los que se ejercitaran acciones colectivas y acciones individuales para la tutela de los consumidores y usuarios. La acumulación inicial de las acciones colectivas e individuales. La publicidad en los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, y la carga procesal de intervención de estos en dichos procesos.

2º) La desaparición de la carga procesal de intervención de los consumidores y usuarios en el proceso en el que se ejercite únicamente una acción colectiva de cesación para la defensa de sus derechos e intereses colectivos o difusos. La admisibilidad de la tramitación en procedimientos distintos de los procesos en los que se ejerciten acciones colectivas de cesación y acciones individuales para la tutela de los

---

[2] *Vid.* ORTELLS RAMOS, M., *en AA.VV., Derecho…, op. cit.,* págs. 126-127.

consumidores y usuarios. La jurisprudencia contraria del Tribunal Constitucional al archivo o sobreseimiento del proceso individual por la pendencia del proceso colectivo

3º) El segundo intento del legislador para la tramitación en un procedimiento único de los procesos en los que se ejerciten acciones colectivas y acciones individuales para la tutela de los consumidores y usuarios: la acumulación del proceso colectivo y de los procesos individuales. La inaplicación de esta técnica por los órganos jurisdiccionales.

4º) La solución del legislador cuando no resulte posible la tramitación en un procedimiento único de los procesos en los que se ejerciten acciones colectivas y acciones individuales para la tutela de los consumidores y usuarios: la admisibilidad de la suspensión de las actuaciones del proceso individual por prejudicialidad civil hasta que se resuelva el proceso colectivo. La jurisprudencia contraria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la suspensión del proceso individual por prejudicialidad civil del proceso colectivo.

5º) La solución del CGPJ: la concentración de las múltiples demandas individuales de los consumidores y usuarios en determinados órganos jurisdiccionales, mediante la atribución a órganos jurisdiccionales unipersonales, con carácter exclusivo, del conocimiento de determinadas materias o clases de asuntos.

Como conclusión, hay que poner de manifiesto el fracaso del sistema diseñado por la LEC sobre las acciones colectivas —e individuales—, para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, y que queda mucha litigiosidad masiva, actual o potencial; mucha contradicción jurisprudencial; mucha inseguridad jurídica; poca economía procesal, y una lenta e ineficaz tutela de los consumidores y usuarios perjudicados.

III. LA RELACIÓN ENTRE LAS ACCIONES COLECTIVAS E INDIVIDUALES PARA LA TUTELA JUDICIAL DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL PROYECTO DE LEY DE ACCIONES COLECTIVAS PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Ante la situación de crisis de la justicia civil expuesta, las propuestas de reforma se centran en la introducción de proceso testigo —ya en vigor— y la regulación de las acciones de colectivas —en el Proyecto de Ley de

acciones colectivas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (PLAC)—, porque habrá que delimitar qué instrumento es el más adecuado para la tutela judicial «masiva» de los consumidores y usuarios.

El PLAC contempla dos modalidades de acciones colectivas. En primer lugar, la acción de cesación. Pero, ya que la orden de cesación no proporciona una reparación de los daños que la conducta lesiva haya provocado a los concretos consumidores afectados, prevé también las acciones resarcitorias. Con estas se tratará de reparar los daños mediante la condena al pago de indemnizaciones, a la reparación o sustitución de los bienes adquiridos por los consumidores o al reembolso del precio pagado por estos, y la resolución de los contratos en que se haya materializado la conducta infractora o la reducción del precio de los bienes o servicios afectados por aquella.

En esta propuesta normativa se regulas de forma autónoma y separada los procesos en que se deben ejercitar estas acciones de representación. Un proceso especial para la acción de cesación y un juicio verbal con especialidades para las acciones resarcitorias.

No obstante, las acciones de representación de cesación y resarcitorias asociadas a la misma infracción pueden ejercerse en el marco de un mismo procedimiento, mediante una acumulación de acciones dentro del proceso especial.

En relación con la acción colectiva de cesación no se requiere que los consumidores y usuarios afectados manifiesten su voluntad de adherirse a ella o de beneficiarse de una eventual sentencia estimatoria. Tampoco podrán los consumidores y usuarios afectados intervenir como parte en el proceso correspondiente.

En cuanto a la acción colectiva resarcitoria, cabe señalar su consideración como acción stand-alone —su ejercicio no requiere la previa declaración en sentencia firme de que la conducta del empresario o profesional demandado es contraria a los intereses colectivos de los consumidores—, y no como una acción follow-on —consecutiva a una previa declaración de antijuricidad de la conducta del empresario o profesional demandado—.

En cuanto al ejercicio de las acciones colectivas se ha previsto:

a) Como regla general, un ejercicio conjunto y simultáneo. Se parte de la admisibilidad de la acumulación de las acciones colectivas de cesación y resarcitoria por parte del demandante.

b) Como excepción, un ejercicio separado y sucesivo. El tribunal podrá acordar su tramitación separada y la suspensión del proceso en que se esté ejercitando la acción colectiva resarcitoria en tanto se resuelva la de cesación.

Pero, cuando se ejercitan acciones colectivas resarcitorias, cabe destacar la inadmisibilidad de la intervención de los consumidores y usuarios como parte en los procesos en los que se ejercitan dichas acciones.

Para ello se contempla la suspensión de la prescripción de las acciones individuales de resarcimiento, esto es, el ejercicio de las acciones de representación produce el efecto suspensivo de la prescripción de las potenciales acciones individuales de resarcimiento. Estas acciones individuales podrán, en consecuencia, ejercitarse cuando finalice el proceso colectivo.

En cuanto a la delimitación del ámbito subjetivo de la acción colectiva resarcitoria se prevé:

a) Como regla general, un sistema de exclusión voluntaria (opt-out), esto es, de inclusión por defecto, con posibilidad de exclusión o desvinculación expresa.

b) Como excepción, un sistema de inclusión voluntaria (opt-in), esto es, de vinculación expresa.

De esta forma, el auto de certificación determinará el ámbito objetivo del proceso y su ámbito subjetivo, esto es, los consumidores y usuarios que han de verse afectados.

Sentada la regla general de que los consumidores, en su caso, habrán de desvincularse de la acción, en el auto de certificación podrá el tribunal optar, de manera excepcional, por someter el régimen de la acción a la vinculación expresa de sus posibles beneficiarios.

El auto de certificación habrá de recibir la máxima y mejor publicidad entre los consumidores y usuarios afectados, de modo que resulte legítima la actuación sobre sus derechos e intereses por parte de la entidad habilitada demandante.

Como se puede observar, la publicidad del proceso en el que se ejercitan las acciones colectivas constituye un elemento clave del sistema, que permitirá que los consumidores y usuarios afectados por la acción de representación tengan un conocimiento efectivo de la existencia del proceso y de las opciones que en relación con él se les abren, y que puedan manifestar su voluntad de desvincularse —cuando proceda, de vincularse— de forma sencilla y sin costes.

Para dicha publicidad se contemplan:

a) Exigencias de difusión y publicidad a las decisiones relevantes del proceso.

b) Poderes discrecionales amplios del tribunal para practicar las notificaciones individuales, cuando sean posibles, y recurrir a los medios de comunicación o cauces equivalentes (incluidas las redes sociales) de amplia difusión en el ámbito geográfico en que pueda presumirse la residencia habitual de los afectados.

Asimismo, se prevé la creación de un Registro Público de Acciones de Representación, que se encomienda al Ministerio de Justicia, con el objetivo de:

a) Fomentar la transparencia y el conocimiento de las acciones de representación en marcha, tanto en general, como por sus posibles beneficiarios.

b) Permitir la adecuada coordinación entre los órganos judiciales ante los que pudieran estar pendientes procesos colectivos con objetos idénticos o conexos.

Instrumentalmente, también está contemplada la suspensión del proceso en el que se ejercitan acciones colectivas para que los consumidores afectados puedan manifestar su voluntad. Una vez certificada la acción, el proceso quedará en suspenso durante el plazo marcado por el tribunal para permitir que los sujetos afectados manifiesten su voluntad de desvinculación o, en su caso, de vinculación.

La propuesta normativa también requiere la implementación de una plataforma electrónica para la gestión del procedimiento, que ha de servir para transmitir la información a los afectados, con la finalidad de que estos puedan manifestar su voluntad cuando proceda y la información obtenida pueda ser utilizada de manera fiable por el tribunal o por las entidades habilitadas demandantes.

En cuanto a los efectos del auto de certificación sobre las acciones individuales de resarcimiento, debemos distinguir los siguientes supuestos:

a) Acciones ejercitadas antes del auto de certificación.

   En este caso se realizará un ofrecimiento de adhesión. De oficio o a instancia del demandado, el tribunal que esté conociendo de un proceso en que se esté ejercitando por uno o varios consumidores

o usuarios una acción resarcitoria individual cuyo objeto esté comprendido por el auto de certificación pondrá dicha resolución en conocimiento del demandante o de los demandantes y les requerirá para que, en el plazo de diez días, manifiesten, si así lo desean, su voluntad de vincularse a la acción colectiva, al tiempo que ordenará la suspensión del proceso individual.

Si el demandante manifiesta su voluntad de vincularse a la acción colectiva, el tribunal sobreseerá el proceso individual.

Si el demandante rechaza vincularse a la acción colectiva o no responde al requerimiento, alzará el tribunal la suspensión y mandará que el proceso individual siga su curso.

b) Acciones ejercitadas durante el plazo concedido en el auto de certificación para la desvinculación.

En este supuesto puede tener lugar una desvinculación tácita. La interposición de la demanda resarcitoria individual equivaldrá a la expresión de la voluntad de no verse vinculado a la acción colectiva resarcitoria y a su resultado.

No obstante, también podrá realizarse un ofrecimiento de adhesión. El tribunal ante el que se hubiera ejercitado la acción individual podrá, de oficio o a instancia de la parte demandada, informar al demandante de la existencia del proceso en que se está ejercitando la acción colectiva y ofrecerle la posibilidad de manifestar su voluntad de vincularse al mismo.

c) Acciones ejercitadas transcurrido el plazo de desvinculación.

En este caso se producirán los efectos de preclusión e inadmisibilidad. No podrán ejercitarse acciones resarcitorias individuales cuyo objeto esté comprendido por el auto de certificación. El tribunal inadmitirá a trámite las demandas que contravengan la prohibición anterior o las sobreseerá, de oficio o a instancia de parte.

El auto de certificación constituye pues el punto de referencia desde el que regular las relaciones entre la acción colectiva y las acciones individuales de resarcimiento, que no serán ya admisibles una vez transcurrido el plazo concedido a los consumidores y usuarios afectados para manifestar su voluntad de desvincularse de la acción.

Asimismo, está prevista una alternativa procedimental para la resolución de la acción colectiva resarcitoria.

Así, será admisible la existencia, en primer término, de un debate y un enjuiciamiento en relación con la responsabilidad del demandado sobre la conducta infractora, que termine con una sentencia que se ciña a esta cuestión, seguido en su caso de un nuevo debate y enjuiciamiento en relación con las concretas cantidades que han de pagarse a los beneficiarios del pronunciamiento anterior.

En la sentencia el tribunal determinará quiénes son sus beneficiarios, bien de forma individualizada —cuando sea posible—, bien estableciendo las características y requisitos que han de concurrir en un consumidor individual para poder beneficiarse de aquella.

En cuanto a la cosa juzgada de la sentencia, la opción por un modelo de exclusión o de inclusión influye en el ámbito subjetivo de la cosa juzgada de la sentencia firme que ponga fin al proceso, por lo que debemos diferenciar entre:

a) Sistema de exclusión voluntaria (opt-out).

   La sentencia afectará a los consumidores y usuarios a los que se refiera el auto de certificación, aunque no hayan sido identificados de manera individualizada en dicha resolución o en la sentencia.

b) Sistema de inclusión voluntaria (opt-in).

   La sentencia únicamente afectará a los consumidores y usuarios que hayan expresado su voluntad de verse afectados por el resultado de la acción.

Ciñéndonos al efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, se distingue entre:

a) El auto que deniega la certificación de la acción.

   Una vez sea firme el auto denegando la certificación de la acción, no será admisible otra acción de representación resarcitoria que tenga el mismo objeto que aquella cuya certificación se denegó, aunque la entidad demandante sea diferente.

b) La sentencia que resuelve sobre la acción colectiva resarcitoria.

   Será inadmisible la demanda en que, con posterioridad, se ejercite una acción de representación resarcitoria que tenga el mismo objeto que aquella a la que se puso fin mediante sentencia firme, aunque se haya interpuesto por un demandante diferente.

En cuanto al cumplimiento y la ejecución de los pronunciamientos resarcitorios, los beneficiarios de una sentencia o un acuerdo resarcitorio

no deberán emprender un nuevo proceso para obtener aquello que les corresponda.

IV. CONCLUSIONES

El fracaso del sistema diseñado por la LEC sobre las acciones colectivas e individuales, para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, requiere la implementación de mecanismos eficaces para que se pueda poner fin a las prácticas ilícitas y dichos sujetos sean resarcidos, en su caso, de los daños causados por aquellas, sin congestionar y colapsar la justicia civil.

La Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, trata, por una parte, de garantizar que todos los Estados de la Unión Europea cuenten, al menos, con un mecanismo de tutela colectiva a instancia de las entidades legalmente habilitadas para la salvaguarda de los intereses de los consumidores y usuarios, y, por otra parte, de evitar el ejercicio abusivo de dicha acción procesal.

Cabe destacar que la mencionada Directiva no diseña un procedimiento colectivo por el que deban sustanciarse las acciones de representación, ni articula las fases de una estructura procedimental. Por ello, corresponde a los Estados miembros la configuración por completo del procedimiento para el ejercicio de estas acciones, en sus dos modalidades —cesación y resarcitorias—, conforme al principio de autonomía procesal.

El plazo previsto para la transposición del nuevo instrumento expiró el 25 de diciembre de 2022. Para esta fecha deberían haberse publicado, en consecuencia, las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva, disposiciones que deberían haber sido aplicables seis meses más tarde, a partir del 25 de junio de 2023.

Para transponer dicha Directiva se requiere la modificación de la normativa procesal civil, así como la regulación de las entidades habilitadas que puedan ejercer las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Con el objetivo de cumplir con la exigencia de la transposición normativa los Ministerios de Justicia y de Consumo promovieron un Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores en el año 2022.

Esta propuesta normativa se introdujo en el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, de 22 de marzo de 2024.

Este Proyecto de Ley cristalizó parcialmente en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que no contempla el régimen jurídico de las acciones colectivas.

La propuesta de reforma de la regulación de las acciones colectivas se ha reiterado en el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, de 14 de marzo de 2025, que es objeto en la actualidad de tramitación parlamentaria.

En este Proyecto de Ley se contiene, a mi juicio, una adecuada regulación de la relación entre las acciones colectivas y las acciones individuales de los consumidores y usuarios afectados, que puede contribuir a hacer más eficientes los procesos en los que se ejerciten las acciones colectivas, evitando la saturación y el colapso de la justicia civil, y a mejorar la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios perjudicados.

Para ello, cuando se ejercitan acciones colectivas, cabe destacar la inadmisibilidad de la intervención de los consumidores y usuarios como parte en los procesos en los que se ejercitan dichas acciones. Estos sujetos, en el caso de que se ejercite una acción colectiva de resarcimiento, podrán decidir, según los casos, entre desvincularse o vincularse al proceso colectivo correspondiente.

Asimismo, para los consumidores y usuarios que se desvinculen o no se vinculen al proceso colectivo, se contempla la suspensión de la prescripción de las acciones individuales de resarcimiento, esto es, el ejercicio de las acciones colectivas producirá el efecto suspensivo de la prescripción de las potenciales acciones individuales de resarcimiento. Estas acciones individuales podrán, en consecuencia, ejercitarse cuando finalice el proceso colectivo.

A mi parecer, el diseño previsto en el mencionado Proyecto puede contribuir a hacer más eficientes los procesos en los que se ejerciten las acciones colectivas, evitando la saturación y el colapso de la justicia civil, y a mejorar la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios perjudicados.

Coste de la justicia y acceso a los tribunales: el caso de las acciones colectivas para la tutela de los derechos de los consumidores y los usuarios[1]

RICARDO JUAN SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN: EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL COSTE ECONÓMICO DE LOS PROCESOS. II. VALORACIONES ECONOMICISTAS SOBRE LAS ACCIONES COLECTIVAS. III. PRINCIPALES CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE ACCIONES COLECTIVAS EN MATERIA DE COSTES PROCESALES. III.1. La distinción entre las pretensiones de cesación y las pretensiones resarcitorias. III.2. El régimen general de imposición costas en el proyecto de ley de acciones colectivas. III.3. La capacidad económica de las entidades de representación. III.4. Gastos específicos del procedimiento colectivo. III.5. Cuestiones procesales complementarias. III.6. Mención específica a los gastos en las acciones de cesación. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL COSTE ECONÓMICO DE LOS PROCESOS

Recientemente se ha presentado en el Congreso de los Diputados de nuevo el proyecto de Ley para la transposición de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

---

[1] Comunicación presentada en el marco del Proyecto I+D+i (PID2021-12256908-100: Instrumentos para la justicia civil ante los litigios-masa. En especial, acciones de representación y régimen del proceso testigo), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa" (IP Alicia Armengot Vilaplana).

Dicho proyecto representa una ocasión perfecta para analizar el impacto que tiene el coste económico de los procesos judiciales como factor decisivo en el acceso a la justicia.

En cualquier tipo de proceso judicial, más allá de los estrictos elementos relativos a la competencia, el procedimiento u otros requisitos de procedibilidad de las peticiones de justicia, estas pueden verse seriamente condicionadas por consideraciones ajenas a la norma procesal, en particular las económicas.

Cuando además la legislación procesal introduce nuevos factores que incrementan el normal coste de un procedimiento, el resto de los criterios técnico-procesales previstos para hacer más efectiva de la acción de la justicia pueden resultan irrelevantes ante la imposibilidad económica de soportar aquellos costes.

El caso de las acciones colectivas para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios es una muestra paradigmática de lo dicho, y en particular el modelo por el que ha optado nuestro prelegislador.

A la normal repercusión sobre los costes procesales que tiene este tipo de acciones con altas exigencias de información, se suman decisiones de política legislativa en su configuración. Es el caso significativo de la creación y gestión por las entidades habilitadas (únicas legitimadas) para su ejercicio de una plataforma electrónica para la identificación de los consumidores y usuarios afectados por una misma actuación dañosa y como principal herramienta de comunicación con los mismos. A esta notable singularidad, rayana en la semiprivatización del servicio de la Justicia, cabe sumar la multiplicación de los trámites o la necesidad de realizar diferentes publicaciones en diferentes medios de comunicación. Y no menos indiferente han de resultar los estrictos criterios introducidos en la propuesta en materia de conformación e imposición de las costas procesales.

El coste de este tipo de acciones judiciales no solo debe venir referido a los gastos que deben de una manera u otra soportar los participantes en los procesos en los que se sustancien. Debe señalarse igualmente el coste que un modelo u otro de ejercicio de este tipo de acciones puede tener sobre la estructura (e infraestructura) de la propia Administración de Justicia.

En este contexto no puede desaprovecharse la oportunidad para introducir otro elemento de reflexión como es el de la justicia financiada por

terceros y las repercusiones que ello puede tener en la consideración de la justicia como auténtico método de solución de conflictos o como ámbito de negocio.

El diseño de un determinado modelo de acciones colectivas pone a prueba tanto el posible riesgo que un uso abusivo de las mismas puede representar en la economía en un país, como que las altas exigencias económicas para su sustanciación terminen convirtiéndolo en un bonito objeto de decoración normativa.

Sin ningún género de duda por nuestra parte, a este tipo de valoraciones cabe atribuir el azaroso procedimiento que en nuestro país está teniendo la definitiva transposición de la mencionada Directiva (UE) 2020/1828.

A estas consideraciones se dedicarán lo siguientes epígrafes.

II. VALORACIONES ECONOMICISTAS SOBRE LAS ACCIONES COLECTIVAS

Las acciones colectivas han merecido la atención no solo de los juristas, sino también de los economistas, que se han preocupado del impacto que su implantación, y modelo, puede proyectar sobre mercado.

Las potenciales indemnizaciones que pueden imponerse en este tipo de procesos tienen una incidencia doble en el comportamiento de las empresas. Por una parte, un efecto disuasivo o preventivo, de carácter positivo, en virtud del cual las empresas tratarán de evitar incurrir en aquellas prácticas que pueden ser objeto de denuncia y condena judicial; las empresas deberían ser más exigentes en el cumplimiento de las normas reguladoras del mercado y de protección del consumidor y usuario y de reducción de las conductas abusivas.

En consecuencia, este modelo de reclamación puede tener un efecto favorable en el mercado al reducir las prácticas no deseadas.

Pero, por otra parte, en caso de una hipotética condena, el impacto directo sobre la empresa será mayor que el que pudiera derivarse de una condena recaída en un proceso aislado o en un número más o menos amplio de procesos.

Los economistas advierten de que, mal planteado, este modelo de justicia puede provocar en las empresas costes innecesarios; a la vez que pueden su-

poner un freno a las innovaciones en el mercado[2]. Por ello, se insiste en que no debe optarse por un modelo excesivamente permisivo con la práctica de este tipo de acciones[3].

Desde una perspectiva bursátil, también se apunta que las condenas en este tipo de causas pueden suponer una pérdida de valor societario en dicho mercado, pero también puede comportar que los inversores incrementen la confianza en aquellas empresas que rectifican sus prácticas.

Como se ve, este modelo de justicia tiene tanto una lectura micro como macroeconómica.

Al margen de las consideraciones anteriores, la implantación de las acciones de representación también tiene una protección económica sobre el propio sistema judicial. A partir de una consideración que puede calificarse de economía de escala procesal, es evidente que la unificación de las reclamaciones a través de una única demanda ha de tener como virtud la reducción de costes para la Administración de Justicia. Desde una perspectiva exclusivamente judicialista, su implantación debiera comportar una mejora en la eficiencia del sistema judicial.

Para el consumidor, las acciones colectivas representarán probablemente la única y efectiva manera de acceder a la justicia, sobre todo en el caso de reclamaciones de pequeña o escasa cuantía. Por lo tanto, desde este punto de vista, estamos ante una herramienta de equidad distributiva frente a la desigual y dispar situación en la que este se encuentra con respecto al sector empresarial.

---

2 Al respecto puede verse el informe del Instituto de Estudios Económicos, de 9 de septiembre de 2024, *Los riesgos de una inadecuada regulación de las acciones colectivas para la protección de los consumidores,* (https://sl1nk.com/3UFlw).

3 ODELOT, E. y GUINEA, O., "Que la justicia no sea un negocio", *El País, 13 de abril de 2025*.

III. PRINCIPALES CONSIDERACIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE ACCIONES COLECTIVAS EN MATERIA COSTES PROCESALES.

El Proyecto de «Ley de acciones colectiva para la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios»[4] introduce una profunda transformación en la forma de articular la defensa de los intereses difusos y colectivos, respondiendo a la exigencia de transposición de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Más allá de la novedad estructural del procedimiento, el proyecto plantea un problema práctico y dogmático de primer orden: la determinación y tratamiento de los gastos derivados del ejercicio de estas acciones y su eventual inclusión en las costas procesales. La cuestión no es menor, puesto que condiciona la viabilidad económica de las entidades habilitadas para interponer estas demandas y, en consecuencia, el acceso efectivo a la tutela judicial de los derechos de los consumidores.

En la presente comunicación nos centramos en el análisis básico del régimen jurídico de los gastos que pueden originarse en el ejercicio de las acciones colectivas —principalmente las de carácter resarcitorio— y su encaje en el concepto de costas procesales conforme al proyecto de ley. Este análisis se basa basada en el examen de los preceptos del proyecto que inciden en esta materia, y se prestará especial atención a las disposiciones que inciden en la imposición de costas y en la gestión económica del proceso.

III.1. La distinción entre las pretensiones de cesación y las pretensiones resarcitorias.

El proyecto distingue entre acciones de cesación y acciones de resarcimiento, diferencia que resulta esencial para determinar el tipo y la magnitud de los gastos procesales implicados.

---

[4] Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14 de marzo de 2025, proyecto núm. 48-1.

Las acciones de cesación, orientadas a poner fin a una conducta ilícita o a evitar su repetición, se tramitarán por el juicio verbal (art. 840), lo que implica una simplificación procedimental y, en consecuencia, una notable reducción de los costes, como luego se detallará. Además, la reclamación previa de cesación constituye un requisito previo (art. 840), generando un gasto mínimo adicional pero no comparable al que supone la tramitación de las acciones resarcitorias.

Por el contrario, las acciones resarcitorias presentan una complejidad significativamente mayor. En ellas, la carga económica se incrementa debido a la necesidad de identificar a los consumidores afectados, mantener comunicaciones con ellos, y gestionar la relación procesal a través de una plataforma electrónica (art. 849 del proyecto). Estos elementos justifican un análisis diferenciado de las partidas que integran los gastos del proceso y de su posible repercusión en las costas. Pero antes debe estarse al régimen de costas que se prevé en el proyecto de ley.

III.2. El régimen general de imposición costas en el proyecto de ley de acciones colectivas.

El artículo 860.7 del proyecto establece una remisión expresa al artículo 394 de la LEC, consolidando así el principio clásico del vencimiento objetivo como criterio general para la imposición de costas. No obstante, el proyecto prevé supuestos específicos en los que el proceso puede concluir sin condena en costas, en particular cuando las partes alcanzan un acuerdo resarcitorio en determinados momentos procesales.

En concreto cabe diferenciar dos situaciones:

a) Si el acuerdo se adopta antes del auto de certificación de la acción (art. 870.4 del proyecto), las partes deben fijar cómo se reparten los gastos (art. 869.4 del proyecto).

b) Si el acuerdo es posterior a la certificación, pero anterior a la vinculación de los consumidores (art. 865.5 del proyecto), cada parte soportará sus propios gastos, lo que implica que la entidad demandante deberá asumir el coste de la plataforma electrónica.

Estas previsiones evidencian que el tratamiento económico del proceso está estrechamente vinculado al momento procesal de terminación y a la naturaleza de los gastos asumidos por cada parte. El principio del vencimiento no desaparece, pero se matiza por razones de equidad y eficiencia.

III.3. La capacidad económica de las entidades de representación.

El proyecto concede especial relevancia a la capacidad económica de las entidades habilitadas para ejercer acciones colectivas. Dado que sobre ellas recae la carga de financiar los instrumentos esenciales del procedimiento —como la plataforma electrónica—, la ley exige verificar su solvencia en varios momentos procesales:

a) Así, debe indicarse en la demanda (art. 844.1.f del proyecto).

b) Puede ser objeto de análisis en la audiencia de certificación (art. 846.2 del proyecto).

c) El demandado puede alegar y aportar prueba sobre este aspecto (art. 845.4 del proyecto).

Sin embargo, el texto proyectado no precisa cuáles han de ser las consecuencias procesales de una insuficiencia económica, más allá del régimen previsto para la financiación por terceros (art. 850 del proyecto). La laguna normativa genera incertidumbre sobre la posible inadmisión o sobreseimiento en caso de falta de recursos, lo que plantea un problema práctico de acceso a la justicia colectiva.

III.4. Gastos específicos del procedimiento colectivo.

Además de los gastos comunes a todo proceso (honorarios de abogado y procurador, desplazamientos, etc.), el proyecto introduce gastos específicos vinculados a las particularidades del procedimiento colectivo. Destacan cuatro grandes categorías, debiendo señalarse que todas ellas están relacionadas fundamentales con el ejercicio de acciones colectivas de naturaleza resarcitoria:

III.4.1. La plataforma electrónica de gestión.

El artículo 849 del proyecto impone a la entidad demandante la creación y mantenimiento de una plataforma electrónica que permita identificar y comunicar con los consumidores afectados. Esta plataforma constituye un instrumento procesal indispensable y, a la vez, una de las principales fuentes de coste.

El tribunal controla su funcionamiento, debe tener acceso permanente a la misma y garantiza el cumplimiento de la normativa de protección de datos personales. La ley prevé expresamente que los gastos derivados de la

creación y mantenimiento de la plataforma se considerarán costas procesales (art. 849.4 del proyecto), lo que implica su posible recuperación en caso de estimación de la demanda.

No obstante, en los supuestos en que el proceso finalice por acuerdo antes de la certificación o sin condena en costas, dichos gastos deben ser asumidos por la entidad demandante, lo que subraya la necesidad de solvencia o de mecanismos de financiación adecuados.

III.4.2. El liquidador

La figura del liquidador aparece en la fase de ejecución cuando la condena al pago de cantidades afecta a un número indeterminado de consumidores (arts. 877 y 878 del proyecto). Su retribución se abona con cargo a la suma global determinada en sentencia, y no tiene la naturaleza de costas procesales, sino que forma parte de la propia condena al demandado.

El liquidador actúa como intermediario entre el tribunal y los consumidores para distribuir las cantidades reconocidas, accediendo a la plataforma y reservando, en su caso, la parte correspondiente a un tercero financiador. Su función garantiza la efectividad de la sentencia colectiva y la transparencia en la fase de ejecución.

III.4.3. La publicación de resoluciones y notificaciones

El proyecto impone a la entidad demandante la obligación de publicar determinadas resoluciones judiciales en medios de comunicación o en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, lo que constituye otra fuente de gasto.

Entre estas resoluciones destacan:

a) El auto de certificación, que debe difundirse públicamente junto con la dirección de la plataforma (arts. 849.2 y 851.2 del proyecto).

b) La sentencia firme de condena, que se publica a costa del demandado (art. 861.1 del proyecto).

c) El auto de denegación de certificación, que debe ser comunicado a los consumidores (art. 854.2 del proyecto).

El artículo 851.6 del proyecto aclara que los gastos de publicación del auto de certificación forman parte de las costas procesales, consolidando así un criterio de inclusión explícito.

III.4.4. La intervención del tercero financiador

El artículo 850 del proyecto regula la financiación por terceros como una de las grandes novedades del sistema. Aunque su intervención constituye una fuente de recursos para las entidades demandantes, también implica un coste indirecto, ya que el financiador percibe una parte de las cantidades abonadas por el demandado (art. 878.1 del proyecto).

Desde una perspectiva económica, la financiación externa puede favorecer el acceso a la justicia colectiva, pero plantea interrogantes sobre la independencia de la entidad demandante y la proporcionalidad del beneficio del financiador, cuestiones que el proyecto aborda parcialmente mediante exigencias de transparencia.

III.5. Cuestiones procesales complementarias.

El procedimiento colectivo introduce una multiplicidad de comparecencias e incidentes que pueden generar gastos adicionales, como la audiencia de certificación (art. 845 del proyecto) o la vista sobre el incremento de la condena solicitado por el liquidador (art. 860.5 del proyecto). Asimismo, el proyecto contempla la posibilidad de dispensar a la entidad demandante de la caución en la solicitud de medidas cautelares (art. 842.2 del proyecto), atenuando la carga económica inicial.

Por otra parte, en la fase de ejecución, el demandado puede ser sancionado con multas coercitivas por incumplimiento o demora en el pago de las indemnizaciones (arts. 860.3 a 6; 874.3; 876, todos del proyecto), lo que refuerza la eficacia del procedimiento, aunque sin impacto directo sobre las costas.

III.6. Mención específica a los gastos en las acciones de cesación.

Como ya se ha expuesto anteriormente la distinción entre las acciones de cesación y las acciones resarcitorias no solo lo es a efectos jurídico-procesales, sino también económicos.

Las acciones de cesación, dado que se tramitan por los cauces del juicio verbal y no requieren de la intervención de consumidores identificados, representan un coste significativamente menor. No requieren plataforma electrónica, ni publicidad generalizada de resoluciones, ni liquidador.

Los principales gastos derivan de su ejercicio son otros:

a) La reclamación previa de cesación (art. 840 del proyecto).

b) La eventual caución para medidas cautelares (art. 842.2 del proyecto).

c) La determinación de los consumidores afectados, si es posible su identificación (art. 841.2 del proyecto).

Se trata, por tanto, de gastos contingentes y moderados. En consecuencia, las acciones de cesación resultan más accesibles económicamente para las entidades habilitadas, pero también de menor complejidad procesal.

IV. CONCLUSIONES

El Proyecto de ley de acciones colectivas configura un modelo procesal complejo que combina la protección de los consumidores con exigencias técnicas y económicas inéditas.

De su análisis se derivan varias conclusiones relevantes que se enumeran a continuación:

a) La distinción entre acciones de cesación y resarcitorias tiene una incidencia directa en la estructura de costes: las primeras son de bajo impacto económico, mientras que las segundas exigen una infraestructura digital y organizativa costosa.

b) El principio del vencimiento objetivo sigue siendo la regla general, pero el proyecto introduce supuestos de exclusión o reparto de costas en función del momento y la forma de terminación del proceso.

c) La capacidad económica de las entidades de representación es un elemento procesal determinante, cuya falta de regulación específica sobre sus consecuencias podría comprometer la efectividad del sistema.

d) La plataforma electrónica constituye el núcleo funcional del procedimiento colectivo y una fuente de gasto considerable; su previsión como partida incluida en las costas es una medida necesaria, aunque insuficiente para garantizar la sostenibilidad económica de las entidades.

e) El liquidador y el tercero financiador representan nuevas figuras que equilibran, respectivamente, la ejecución de la sentencia y la finan-

ciación del proceso, pero ambos implican costes que, aunque en parte recuperables, alteran el reparto tradicional de los gastos.

f) Finalmente, el proyecto introduce una concepción dinámica y multifactorial de las costas procesales, adaptada a la complejidad del litigio colectivo, pero cuya aplicación práctica exigirá interpretación judicial y una revisión constante de los criterios de proporcionalidad.

SÉPTIMA PARTE.
RETOS PARA UNA JURISDICCIÓN PENAL EFICIENTE

El nuevo paradigma de la investigación penal: Garantías procesales versus seguridad nacional

CARMEN LADRÓN DE GUEVARA PASCUAL

Profesora de Derecho Procesal
CUNEF Universidad

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. SEGURIDAD NACIONAL Y DEBER DE PROTECCIÓN: FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA PRIVACIDAD. II.1. Consideraciones generales. II.2. Definición de seguridad nacional según el TJUE. II.3. El deber de protección y su alcance. III. NUEVAS INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL. III.1. Conservación masiva de datos. III.2. Interceptación de comunicaciones en plataformas cifradas. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El dilema entre seguridad y libertad ha acompañado a la humanidad a lo largo de la historia y se ha debatido en esferas tan diversas como la política, la legislación o la vida cotidiana. Esta tensión se intensifica ante la necesidad de proteger a la sociedad sin menoscabar la autonomía individual. Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, Occidente tomó conciencia de su vulnerabilidad y percibió una amenaza directa a su seguridad. A raíz de esta reflexión, resulta oportuno volver a Michael Ignatieff, quien, en su ensayo posterior al 11-S, justifica el uso de la fuerza coercitiva en las democracias liberales —no solo en períodos de emergencia, sino también en los ordinarios— como un mal menor[1].

---

[1] IGNATIEFF, M., *El mal menor. Ética política en una era de terror, Taurus, Madrid, 2005, pág. 16.*

Por su parte, Timothy Snyder sostiene que libertad y seguridad no son valores antagónicos, pues «para que las personas sean libres, primero deben sentirse seguras»[2].

Desde la perspectiva procesal, es sabido que garantizar la seguridad y prevenir el delito implica inevitablemente cierto grado de injerencia en la libertad y la privacidad. Sin embargo, ambos intereses —seguridad y privacidad— son esenciales y deben articularse de manera armónica. En palabras de la profesora Bachmaier, «deben ir de la mano», de modo que las restricciones a uno u otro no se conciban necesariamente como conflictos.

Este constituye, por tanto, el punto de partida: salvaguardar la seguridad ciudadana y, al mismo tiempo, minimizar las restricciones a la privacidad, procurando siempre el máximo respeto a las garantías procesales. Todo ello debe situarse en el contexto tecnológico actual, en el que el Derecho está llamado no solo a adaptarse a los vertiginosos avances tecnológicos, sino también a servirse de ellos para asegurar un proceso penal eficaz, eficiente y, sobre todo, respetuoso con los principios del Estado de derecho y la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, puede afirmarse que nos hallamos ante un nuevo paradigma de la investigación penal.

Con frecuencia se plantea la crítica de que nuestro sistema jurídico es tan garantista que los delincuentes quedan impunes. A ello cabe responder que, afortunadamente, dicho garantismo constituye una salvaguarda esencial para todos los ciudadanos frente al ejercicio del poder punitivo del Estado. No obstante, resulta indudable la necesidad de dotar a los investigadores de mecanismos y protocolos jurídicos adecuados que permitan el uso de las herramientas que les ofrece los avances tecnológicos e incorporar los resultados de sus actuaciones al proceso penal sin vulnerar las garantías procesales. En todo caso, estas garantías deberían restringirse únicamente en la medida estrictamente imprescindible y siempre bajo un riguroso control judicial de las actividades de investigación.

En este nuevo paradigma de la investigación penal pueden identificarse dos instrumentos de especial relevancia, que desempeñan un papel fundamental por su utilidad en la prevención y persecución del delito:

a) la conservación masiva de datos con fines de eventual utilización en el marco de las investigaciones penales, y

---

[2] SNYDER, T, *Sobre la libertad, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2024, pág. 16.*

b) la interceptación masiva de comunicaciones efectuadas a través de plataformas cifradas.

El mantenimiento de la seguridad y la prevención del delito implican, de manera inevitable, un cierto grado de injerencia en la privacidad de los ciudadanos. La revolución tecnológica ha propiciado un cambio sustancial en el ámbito de la investigación penal, desplazando su inicio hacia momentos previos a la existencia de indicios racionales de criminalidad o a la incoación formal del proceso penal. En la actualidad, tales actividades pueden comenzar mediante la recopilación de datos por parte de los servicios de inteligencia o de las autoridades policiales competentes.

Frente a quienes plantean un conflicto permanente entre seguridad y privacidad, puede sostenerse que ambos constituyen intereses jurídicos fundamentales que deben ser articulados de forma equilibrada. En este sentido, resulta plenamente válido afirmar que seguridad y privacidad «deben ir de la mano y ha de buscarse el necesario equilibrio entre ellas, de tal manera que las restricciones y límites de uno y otro no necesariamente deben entenderse como conflictos»[3].

El Derecho, por tanto, no puede permanecer ajeno a los avances tecnológicos. Muy al contrario, debe adaptarse a ellos y servirse de sus herramientas para garantizar un proceso penal que, siendo eficaz y eficiente, respete en todo momento los principios del Estado de derecho y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este nuevo paradigma, el procedimiento probatorio debe centrarse no solo en la licitud de las pruebas obtenidas, sino también en las condiciones de su incorporación al proceso penal, asegurando siempre el respeto al derecho de defensa de los investigados y la posibilidad de contradicción de dichas pruebas.

En este contexto, la presente comunicación abordará dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, el concepto de seguridad nacional y el alcance del deber de protección por parte de los Estados; y, en segundo lugar, los nuevos instrumentos tecnológicos fundamentales en la investigación de los delitos actualmente.

---

[3] BACHMAIER, L., "La lucha por las garantías procesal y el cambio de paradigma en materia de prueba: del proceso penal liberal a la *mass surveillance en Europa" en Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: nuevos paradigmas y nuevos retos, (coord.* Bachmaier, L.), Aranzadi, Cizur Menor, 2024, pág. 28.

II. SEGURIDAD NACIONAL Y DEBER DE PROTECCIÓN: FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA PRIVACIDAD

II.1. Consideraciones generales

Para abordar el análisis de las medidas que implican una injerencia significativa en la privacidad de los ciudadanos, resulta necesario partir del alcance del concepto de seguridad nacional y del deber de su protección, pues ambos constituyen el fundamento que podría justificar la adopción de tales medidas. En efecto, es el principio de protección de la seguridad nacional el que, en determinados supuestos, permite al Estado implementar actuaciones excepcionales que limitan derechos fundamentales, siempre bajo un marco jurídico estricto y sujeto a control judicial.

El Derecho europeo reconoce el deber de los Estados miembros de proteger la seguridad nacional, pero condiciona su ejercicio a la existencia de una amenaza real o potencial. Solo en estos casos puede considerarse legítimo el uso de instrumentos que supongan una restricción del derecho a la intimidad o de la libertad de comunicación. Esta concepción impone, por tanto, un equilibrio entre el interés público en la seguridad y la salvaguarda de los derechos individuales, equilibrio que debe evaluarse caso por caso conforme al principio de proporcionalidad.

Asimismo, al analizar la legitimidad y alcance de estas medidas, conviene distinguir dos fases claramente diferenciadas:

1. Fase policial o de inteligencia, en la que pueden recabarse grandes volúmenes de información —datos que los ciudadanos, en muchas ocasiones, proporcionan de forma voluntaria—, como pueden ser las cookies, los registros de pagos electrónicos, la geolocalización de dispositivos móviles u otras trazas digitales;
2. Fase judicial, en la que dichos datos, una vez recopilados, son incorporados al procedimiento penal y adquieren la condición de prueba.

Esta distinción resulta esencial para delimitar las garantías aplicables en cada etapa y asegurar que la transición de la información desde la esfera administrativa o de inteligencia al ámbito judicial se realice conforme a los principios de licitud, necesidad y proporcionalidad.

II.2. Definición de seguridad nacional según el TJUE

Como señala la profesora Lasagni, «según el TJUE, la noción de seguridad nacional corresponde al interés primordial de proteger las funciones esenciales del Estado y los intereses fundamentales de la sociedad mediante la prevención y el castigo de actividades capaces de desestabilizar gravemente las estructuras constitucionales, políticas, económicas o sociales fundamentales de un país y, en particular, de amenazar directamente a la sociedad, a la población o al propio Estado, como las actividades terroristas»[4].

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), además, matiza que esa amenaza para la seguridad nacional «debe ser real y actual o, al menos, previsible, lo que presupone que han surgido circunstancias suficientemente concretas para poder justificar una medida generalizada e indiscriminada de conservación de datos de tráfico y localización durante un periodo tiempo limitado»[5].

Más allá del caso específico de la conservación generalizada e indiscriminada de datos, lo verdaderamente relevante de esta doctrina es el principio que establece: solo una amenaza «real y actual», sustentada en circunstancias suficientemente concretas, puede justificar la adopción de medidas particularmente invasivas para la privacidad e intimidad de los ciudadanos. Este requisito excluye, por tanto, la posibilidad de implementar políticas de vigilancia preventiva o masiva basadas en riesgos hipotéticos o genéricos, reforzando así la exigencia de motivación y control judicial.

II.3. El deber de protección y su alcance

Una vez delimitado qué debe entenderse por peligro para la seguridad nacional, el deber de protección del Estado se erige como el fundamento jurídico que justificaría la adopción de determinadas medidas excepcionales. Este deber implica no solo la obligación de prevenir amenazas que puedan comprometer las estructuras esenciales del Estado y la seguridad

---

4 LASAGNI, G., "Admisibilidad de pruebas en el procedimiento penal: lecciones de la jurisprudencia del TJUE en materia de conservación de datos" en *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: nuevos paradigmas y nuevos retos, (coord. BACHMAIER, L.), Aranzadi, Cizur Menor, 2024, pág. 85.*

5 STJUE de fecha 9 de marzo de 2014 (Asuntos Tele2 Sverige and Watson C-293/12 y C-594/12).

de la población, sino también la de proteger los derechos fundamentales frente a eventuales abusos derivados de la propia actuación estatal.

En consecuencia, la intervención estatal en la esfera privada debe ser proporcional, necesaria y supervisada judicialmente, de modo que la finalidad de proteger la seguridad nacional no se convierta en un pretexto para restringir de manera generalizada derechos individuales. En este sentido, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos insiste en que las limitaciones deben responder a una necesidad social imperiosa y estar sujetas a mecanismos de control efectivos que garanticen la transparencia y la rendición de cuentas.

En este sentido, importante es la sentencia dictada por el TEDH de 25 de mayo de 2021, en el asunto *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom* (Demandas núms. 58170/13, 62322/14 y 24960/15). En esta sentencia, el TEDH evaluó un régimen de vigilancia masiva del Reino Unido y concluyó que ciertas disposiciones legislativas no cumplían con los requisitos del artículo 8 porque carecían de salvaguardas adecuadas. Entre las deficiencias señaladas están la excesiva discrecionalidad del Ejecutivo, la insuficiente supervisión judicial efectiva y la falta de mecanismos realistas de impugnación por parte de los ciudadanos.

En concreto, el TEDH señala que «para minimizar el riesgo de abuso de poder en la intercepción masiva, el Tribunal considera que el proceso debe estar sujeto a «salvaguardas de extremo a extremo», lo que significa que, a nivel interno, debe hacerse una evaluación en cada etapa del proceso acerca de la necesidad y proporcionalidad de las medidas que se toman; que la intercepción masiva debe estar sujeta a autorización independiente desde el principio, cuando el objeto y alcance de la operación se están definiendo; y que la operación debe estar sujeta a una supervisión y revisión independiente *ex post facto*»[6]. El fallo confirma que, ante medidas de este tipo, el Estado debe prever controles no meramente formales sino reales y operativos.

En la citada sentencia, el Tribunal comienza reconociendo que los Estados tienen un deber positivo de proteger la seguridad nacional y la seguridad de las personas bajo su jurisdicción. Dicho deber deriva del artículo 2 del Convenio (derecho a la vida) y del propio preámbulo del CEDH, que

---

[6] STEDH de 25 de mayo de 2021 (Asunto Big brother watch y otros contra Reino Unido Demandas núms. 58170/13, 62322/14 y 24960/15).

alude a la «seguridad y estabilidad como condiciones esenciales para el goce de los derechos y libertades».

Sin embargo, el Tribunal deja claro que ese deber no otorga carta blanca para interferir ilimitadamente en la vida privada. De hecho, reitera que la seguridad nacional es una finalidad legítima que puede justificar ciertas injerencias en la privacidad —por ejemplo, mediante vigilancia de comunicaciones o recopilación de metadatos—, pero solo cuando tales medidas: se encuentren «previstas por la ley», es decir, basadas en normas claras, accesibles y previsibles; persigan un fin legítimo, como la defensa nacional o la prevención del terrorismo; sean «necesarias en una sociedad democrática», lo que implica un examen estricto de proporcionalidad y la existencia de controles efectivos frente a abusos.

En palabras del propio Tribunal: «El Tribunal acepta que los Estados tienen la obligación positiva de adoptar medidas para proteger a sus ciudadanos frente a los actos de terrorismo y otras amenazas graves a la seguridad nacional; sin embargo, tales medidas no deben menoscabar ni destruir la esencia misma de los derechos y libertades garantizados por el Convenio»[7].

En síntesis: el deber de proteger a la población no puede convertirse en una justificación ilimitada para vulnerar la intimidad de las personas. El Estado debe garantizar la seguridad, pero respetando el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

III. NUEVOS INSTRUMENTOES EN LA INVESTIGACIÓN PENAL

Los avances tecnológicos han transformado radicalmente la forma en que los Estados previenen y persiguen el delito. Entre las medidas más controvertidas, por su potencial invasión en la privacidad de los ciudadanos, destacan la conservación masiva de datos de tráfico y localización y la interceptación de comunicaciones en plataformas cifradas. Ambas herramientas, si bien pueden resultar esenciales para la investigación penal en el contexto digital actual, plantean complejos desafíos jurídicos en materia de proporcionalidad, legalidad y control judicial.

---

7 *Ibidem.*

III.1. Conservación masiva de datos

En nuestro país, la posibilidad de conservar de forma masiva los datos asociados a comunicaciones está regulada en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Esta norma obliga a los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas a conservar durante un máximo de doce meses los metadatos de las comunicaciones —esto es, los datos relativos a la conexión, localización, duración o identidad de los interlocutores, pero no el contenido de la comunicación—, a fin de que puedan ser facilitados a las autoridades competentes previa autorización judicial para la investigación de delitos graves.

Aunque la Directiva 2006/24/CE, que sirvió de base a esta normativa, fue anulada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto *Digital Rights Ireland* (8 de abril de 2014), la ley española continúa vigente. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de marzo de 2021, ha considerado que la conservación de metadatos es compatible con el ordenamiento jurídico siempre que se cumplan estrictamente tres condiciones:

1. Existencia de un delito concreto que justifique la medida (principio de especialidad);
2. Autorización judicial motivada, que delimite con precisión el ámbito objetivo y subjetivo de la medida (principio de idoneidad);
3. Ausencia de alternativas menos lesivas, aplicando los principios de necesidad y excepcionalidad.

En el marco del Derecho de la Unión, el TJUE ha reforzado esta línea restrictiva en su jurisprudencia posterior, especialmente en el asunto *Tele2 Sverige AB y Watson* (C-203/15 y C-698/15), exigiendo que toda medida de conservación de datos sea selectiva, proporcionada y limitada a los supuestos estrictamente necesarios para la persecución de delitos graves, con control judicial previo y garantías adecuadas de seguridad y confidencialidad.

A la hora de valorar la posibilidad de extender este deber de conservación a otros sectores comerciales, resulta necesario, desde una perspectiva de política legislativa, prever una reforma normativa precisa y detallada que determine, entre otros aspectos, los sectores afectados —como el comercio electrónico, la banca, la logística o las redes sociales— y establezca las condiciones jurídicas y técnicas aplicables. Entre otras:

- la base jurídica de licitud (artículo 6.1.c del Reglamento General de Protección de Datos, RGPD), vinculada a una obligación legal o mandato judicial claro y proporcionado;
- los tipos de datos susceptibles de conservación, su plazo máximo y las condiciones de acceso;
- un estricto principio de proporcionalidad, limitando la medida a datos relevantes y vinculados a la gravedad del delito;
- mecanismos de protección técnica y jurídica robustos, garantizando la integridad y seguridad de la información;
- y, en todo caso, control judicial previo y efectivo, restringido a delitos graves conforme a la doctrina del TJUE.

Todo ello siempre que esté en riesgo la seguridad nacional de los Estados, no siendo suficiente que nos encontremos ante la persecución de delitos graves. Como señala el profesor Martínez Santos «la persecución de delitos graves es un fin legítimo, pero de entidad inferior que la protección de la seguridad nacional. Por consiguiente, únicamente justifica la conservación selectiva de los metadatos de las comunicaciones; entendiendo por tal la que está circunscrita a un ámbito geográfico, temporal o persona (o a una combinación de ellos)»[8].

III.2. Interceptación de comunicaciones en plataformas cifradas

El desarrollo de plataformas de mensajería cifrada de extremo a extremo —como *EncroChat* o *SkyECC*— principalmente por los grupos de criminalidad organizada ha planteado nuevos desafíos para la investigación criminal, al dificultar el acceso de las autoridades a comunicaciones potencialmente relevantes. Las operaciones de intervención de estas plataformas han suscitado un intenso debate jurídico en torno a la licitud de la obtención y utilización de las pruebas electrónicas, especialmente cuando proceden de la cooperación judicial internacional.

---

[8] MARTÍNEZ SANTOS, A., "Conservación, cesión y utilización con fines probatorios de los metadatos derivados de las comunicaciones electrónicas y digitales en el proceso penal" en *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: nuevos paradigmas y nuevos retos, (coord. BACHMAIER, L.), Aranzadi, Cizur Menor, 2024, pág. 141.*

En su reciente sentencia de 30 de abril de 2024, relativa al sistema *EncroChat*, el TJUE abordó por primera vez la interceptación masiva de comunicaciones en redes cifradas. En ella, el Tribunal no cuestionó la legalidad de la intervención en sí misma —siempre que haya sido autorizada judicialmente y se base en una amenaza real y concreta—, sino la forma en que el material obtenido es transmitido a los tribunales y se incorpora al proceso penal.

El TJUE enfatizó que el investigado debe tener una oportunidad efectiva de «comentar» la información intervenida, en el sentido de poder verificar su integridad y autenticidad, sin entrar en la licitud o no de acceder de manera ilimitada a todo el contenido interceptado[9]. En consecuencia, según el TJUE, la admisión de estas pruebas exige que el tribunal nacional garantice que los datos no han sido manipulados, alterados o descontextualizados, preservando así el derecho de defensa y el principio de contradicción.

Esta doctrina refuerza la idea de que el empleo de técnicas de vigilancia tecnológica —por muy sofisticadas que sean— no puede erosionar las garantías esenciales del proceso penal. Las interceptaciones masivas deben responder a una finalidad legítima, ser necesarias y proporcionales, y encontrarse sometidas a un control judicial estricto tanto en su autorización como en la incorporación de los resultados al procedimiento.

El equilibrio entre eficacia investigadora y tutela de derechos fundamentales exige que estas intervenciones respeten estándares mínimos de transparencia, trazabilidad y control jurisdiccional, evitando que el uso de herramientas tecnológicas con fines legítimos derive en un sistema de vigilancia indiscriminada incompatible con el Estado de Derecho.

Como señala Zaragoza Tejada «la nueva concepción del contenido de los derechos fundamentales en relación con la utilización de instrumentos tecnológicos ha dado lugar a una amplísima doctrina jurisprudencial que, de una manera más o menos exhaustiva, trata de hacer frente a la siempre compleja relación existente entre una medida de investigación tecnológica, el respeto al contenido de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución y la aplicación del instituto contenido en el art. 11 LOPJ»[10].

---

9 STJUE de 30 de abril de 2024 (Asunto C-670/22).

10 ZARAGOZA TEJADA, J.I., "La prueba ilícita y prueba tecnológica" en *El derecho de defensa en la justicia penal digital, Tirant lo blanch, Valencia, 2024, pág. 293.*

En el caso de la interceptación masiva de mensajes de plataformas encriptadas, este nuevo paradigma en la investigación penal al que nos estamos refiriendo, requiere que el foco no lo pongamos tanto en cómo se inicia una investigación sino en cómo esas pruebas obtenidas se incorporan al proceso penal respetando en todo momento el derecho de defensa de los investigados y la posibilidad de que sean contradichas por sus defensas.

IV. CONCLUSIONES

El análisis desarrollado pone de manifiesto que la protección de la seguridad nacional y la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos no son objetivos contrapuestos, sino dimensiones complementarias de un mismo marco democrático. El reto para el Derecho procesal penal contemporáneo consiste en articular mecanismos que permitan prevenir y perseguir eficazmente el delito sin menoscabar la esencia de los derechos a la intimidad, a la libertad y a la tutela judicial efectiva de los investigados.

Tanto el TJUE como el TEDH han reiterado que el deber positivo de los Estados de salvaguardar la seguridad de la población no legitima injerencias ilimitadas en la vida privada. Cualquier medida restrictiva debe estar prevista en la ley, responder a un fin legítimo y superar un estricto juicio de proporcionalidad. La seguridad nacional, aunque constituye un interés esencial, no puede erigirse en pretexto para instaurar mecanismos de vigilancia generalizada incompatibles con una sociedad democrática.

La jurisprudencia europea —especialmente en *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*— exige que las medidas de investigación tecnológica estén sujetas a «salvaguardas de extremo a extremo», esto es, controles previos, concurrentes y posteriores ejercidos por autoridades independientes. Solo un control judicial efectivo, acompañado de transparencia institucional y mecanismos de revisión ex post, puede prevenir el abuso de poder en contextos de vigilancia masiva o intervención tecnológica.

La conservación de metadatos constituye un instrumento de indudable valor para la investigación penal, siempre que su uso se limite a supuestos de delitos especialmente graves que pongan en peligro la seguridad nacional de los Estados y se encuentre amparado por una norma clara, proporcional y bajo control judicial. La extensión de estas obligaciones a otros sectores (banca, redes sociales, logística, etc.) solo resultaría legítima si se

establecen garantías precisas sobre la licitud del tratamiento, la limitación temporal y el acceso restringido a los datos.

La reciente jurisprudencia del TJUE en torno al sistema *EncroChat* introduce un principio clave: la validez de la prueba electrónica no depende tanto del acceso completo a la información interceptada, como de la certeza sobre su integridad y autenticidad. La defensa debe tener oportunidad real de verificar tales extremos, lo que refuerza la centralidad del principio de contradicción y el derecho a un proceso con todas las garantías.

En la era digital, la investigación penal se inicia muchas veces antes de la existencia formal de un procedimiento judicial. Esta mutación exige un marco normativo capaz de equilibrar la eficacia investigadora con el respeto absoluto a las garantías procesales. Solo una cultura jurídica que combine innovación tecnológica con rigor garantista permitirá preservar el estado de Derecho frente a los riesgos de una vigilancia desmedida.

Cuestiones procesales relativas a la jurisdicción frente al crimen organizado corporativo

JAIME CRIADO ENGUIX[1]

Período de Orientación Posdoctoral FPU
Universidad de Granada

ÍNDICE: I. OBJETO DE ANÁLISIS. II. LA JURISDICCIÓN PENAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO CORPORATIVO. II.1. El caso de los conflictos de jurisdicción entre España y un Estado miembro de la UE. El papel de Eurojust. CONCLUSIONES.

I. OBJETO DE ANÁLISIS

No se puede iniciar el itinerario procesal frente al crimen organizado corporativo, sin antes abordar la problemática que plantea este fenómeno criminal en lo que se refiere a las reglas de jurisdicción. Sobre este tema, la normativa española establece unos criterios claros para determinar de qué asuntos van a conocer con exclusividad, o preferencia, los tribunales españoles. Salvo algunas matizaciones, el principio básico es que los tribunales españoles tienen jurisdicción penal sobre todo delito cometido en territorio español. No obstante, este principio, en el ámbito del crimen organizado, resulta ineficaz, por cuanto lo habitual en este tipo penal es que —dada la descentralización, la opacidad y la digitalización de las estructuras empresariales— se desconozca el lugar de comisión del delito, o de producción de sus resultados. Por este motivo, y atendiendo a la actualización en esta materia traída por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo,

[1] Este trabajo de investigación ha sido realizado en el ámbito del Proyecto: Acción Jean Monnet, RUECO, *Challenges and strategic profiles of the EU in the fight against organized crime. Erasmus– Jean Monnet 2023 Module. Ref. 101127315 IP Francisco Javier Garrido Carrillo.*

y la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, se ha de trabajar sobre las reglas de competencia judicial internacional, a fin de intentar delimitar con claridad los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de crímenes organizados vinculados a las personas jurídicas cometidos más allá de sus fronteras.

II. LA JURISDICCIÓN PENAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO CORPORATIVO.

La actuación del Derecho Penal incumbe exclusivamente a los órganos judiciales, y no de cualquier modo, sino a través de un instrumento específico previsto por la Ley: el proceso penal. Esto, explica ARMENTA DEU[2], no quiere decir que todo órgano judicial pueda sin más entrar a conocer y a sustanciar cualquier asunto de naturaleza penal; para ello es preciso que tal órgano esté «dotado de jurisdicción e investido de competencia (…)»[3].

Por otro lado, la determinación del órgano competente responde a una garantía constitucional, el derecho fundamental al «Juez ordinario predeterminado por la Ley» (art. 24.2 CE), salvaguardando con ello el derecho a un Juez imparcial para conocer de un asunto concreto[4].

Los órganos judiciales españoles no pueden asumir el conocimiento de cualquier delito que se produzca. La regulación interna de la com-

---

2 ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal, Ed. Marcial Pons, 2023, pág. 71.*

3 Aunque, lo cierto es que la reciente LO 1/2025, de 2 de enero ha introducido, ya legalmente, la justicia restaurativa que supone, subrepticiamente, cuestionar esta afirmación, pues como resultado del acuerdo, se va a dictar en muchos casos la sentencia de conformidad o el sobreseimiento del proceso.

4 Como explica PÉREZ-CRUZ MARTÍN, «dicha potestad jurisdiccional, como potestad constitucional y atributo de la soberanía del Estado, emana del pueblo, es encomendada con carácter exclusivo y excluyente a Jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial, independientes, imparciales, responsables y sometidos exclusivamente a la Ley». *Vid., PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., "La jurisdicción como presupuesto del proceso; límites de la jurisdicción penal ordinaria. Competencia objetiva y funcional. Aforamientos y privilegios procesales. Inmunidad de jurisdicción" en Derecho Procesal Penal, (dir. Pérez-Cruz Martín, A-J), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 71.*

petencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles se encuentra contenida en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), y ha de completarse con otras disposiciones de origen nacional e internacional, como: los tratados internacionales, bilaterales o multilaterales firmados y ratificados por España[5]. Asimismo, como se ha señalado *supra,* es preciso partir de la actualización de la LOPJ tras la reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en la eficiencia del Servicio Público de Justicia[6], la cual incorpora una serie modificaciones que afectan a la organización territorial judicial[7].

---

5 TORRES ROSELL, N., *Individualización del Juzgado o Tribunal en los procesos por violencia de género y por violencia doméstica, Universidad de Granada, 2023,* págs. 5 y ss.

6 BOE núm. 3, de 3 de enero de 2025.

7 Como principales novedades de la LO 1/2025, de 2 de enero que conciernan al objeto de nuestro estudio, cabe destacar la creación de los Tribunales de Instancia, como órganos colegiados, desde un punto de vista organizativo, que integra todos los juzgados unipersonales tradicionales–como los Juzgados de Instancia, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, etc. – que pasarían a denominarse Secciones, y todas ellas bajo única organización en cada partido judicial – el Tribunal de Instancia–que unificará la respuesta en primera instancia. Así, a modo de ejemplo, el Juzgado de Instrucción pasaría a denominarse Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia; o el Juzgado de lo Mercantil, Sección de lo Mercantil del Tribunal de Instancia (y así sucesivamente, *ex art. 1.21 LO 1/2025, de 2 de enero). Una reforma organizativa orientada a favorecer la especialización y a mejorar la gestión de recursos. De esta forma, los 3.800 juzgados unipersonales se transformarán en 431 Tribunales, favoreciendo la especialización, la homogeneidad de criterios y un reparto adecuado de las cargas de trabajo y los recursos. Finalidades, todas ellas, puestas en entredicho por TORRES ROSELL, N., "Un ejemplo concreto de eficiencia organizativa proyectada: la jurisdicción y la competencia objetiva en los procesos por violencia de género" en Horizonte Justicia 2030: Reflexiones críticas sobre los proyectos e eficiencia del servicio público de justicia, (dir. Díaz Pita, Mª. P.) Ed. Tecnos, Madrid, 2022, pág. 86.*

Por otro lado, también se crea el Tribunal Central de Instancia, con competencia de ámbito nacional y compuesto por cuatro Secciones que sustituirá a los actuales Juzgados Centrales de Instrucción, de lo Penal, de Menores y de lo Contencioso-Administrativo. Así pues, pasarán a denominarse, por ejemplo, Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia; Sección de lo Penal del Tribunal Central de Instancia, etc.

Hechas tales aclaraciones, en lo que respecta a las próximas menciones a los órganos judiciales en esta investigación, se tratará de seguir el nuevo sistema de organización judicial que plantea el legislador, respetando, únicamente, para el caso de resoluciones judiciales dictadas con anterioridad a la reforma, la denominación original del órgano judicial instructor, o sentenciador.

Como bien explica TORRES ROSELL[8], cuando una denuncia llega a un órgano judicial español, «la primera duda que debe resolver es la de si el conocimiento del asunto corresponde a la organización jurisdiccional española». Se debe fijar la competencia judicial internacional, esto es, la preferencia de la organización jurisdiccional de un Estado sobre la de otro para conocer de un proceso[9]. Una vez determinada la preferencia de la Jurisdicción española para conocer de un asunto, podrá determinarse, con arreglo a los criterios de competencia objetiva, funcional y territorial, cuál de nuestros Juzgados o Tribunales tendrá competencia para conocer de él sobre los demás.

A diferencia del orden civil, en el penal, la legislación nacional aplicable coincide con el ámbito de actuación de la jurisdicción penal; las únicas normas penales aplicables son las del foro y siempre que deba aplicarse la ley penal española el conocimiento del asunto corresponde a los Juzgados y Tribunales españoles[10].

Nuestra LOPJ establece como criterio preferente el principio de territorialidad, según el cual los tribunales españoles conocerán y se aplicará la ley penal española, cuando el delito se cometa en territorio español (arts. 4 y 23 LOPJ, y 8.1 Código Civil)[11] —entendido éste en su sentido jurídico, que no geográfico— y esto último por dos razones:

- Por un lado, porque el principio de territorialidad se quiebra cuando, por ejemplo, pese que el hecho delictivo se haya cometido en nuestro territorio, el responsable goza del hecho de inmunidad, a tenor de los tratados suscritos por España (art. 23.1 LOPJ)[12]. En el

---

8 TORRES ROSELL, N., *La denuncia procesal penal*, Ed. Montecorvo, España, 1991, pág. 148.

9 ÁNGULO RODRÍGUEZ, M., *Lecciones de Derecho Procesal Internacional, Granada, 1974,* págs. 21-22.

10 TORRES ROSELL, N., *La denuncia procesal penal…*, *op.cit*., pág. 148.

11 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

12 Para el conocimiento de asuntos penales, los órganos judiciales españoles se atendrán a los Tratados internacionales de los que nuestro país sea parte (art. 23.1 LOPJ). Conforme a esta previsión normativa, hay que aludir ciertas excepciones subjetivas que recaen sobre sujetos con funciones o cargos muy específicos, lo que les convierte en inmunes frente a la jurisdicción penal, a saber: a) el Rey, el cual es inviolable y no está sujeto a responsabilidad (art. 53.2 CE); b) los diputados y senadores, que «gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifiestadas en el ejercicio de sus funciones» (art. 71.1 CE) y durante el período de su mandato gozarán de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de

caso de la persona jurídica, no goza de inmunidad, por tanto, se trata de un sujeto sometido a la jurisdicción penal.

- Y, por otro, porque el *ius puniendi* del Estado se proyecta sobre zonas que exceden del ámbito geográfico, por lo que la norma aconseja y provoca la extraterritorialidad de la ley y de la jurisdicción penales españolas mediante los principios de personalidad, protección y justicia universal, que desarrollaremos más adelante.

Y esta extensión, como bien señala TORRES ROSELL[13], obedece al hecho de que si el principio de territorialidad fuera llevado hasta sus últimas consecuencias llegaría a producir en múltiples ocasiones, las grandes zonas de impunidad[14], debido a la conjunción de principios diversos, como la norma común de la no entrega de los nacionales a ningún Estado[15] para su enjuiciamiento, o la aplicación exclusiva del principio territorial.

En el terreno de la persona jurídica, recuérdese que se viene produciendo un fenómeno criminógeno muy concreto: el crimen organizado. Por tanto, hay que tener muy presente el elemento trasnacional a la hora de determinar la jurisdicción de los tribunales españoles. Por ejemplo, si hablamos de un delito de tráfico de drogas, o de tráfico ilegal de órganos humanos, lo habitual es que se cometa el delito en diferentes países. O, por ejemplo, si hablamos de cibercriminalidad, Internet permite la perpetración del delito desde cualquier parte del mundo, y la producción del efecto dañoso en varios Estados a la vez. En este punto se produce un problema grave a la hora de determinar la jurisdicción competente. Al respeto, como en su momento puso de manifiesto ESTEBAN DE LA

---

flagrante (art. 71.2 CE); Diputados del Parlamento Europeo (arts. 9 y 10 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas, de 8 de abril de 1965), Parlamentarios Autonómicos (en los términos previstos en sus respectivos Estatutos de Autonomía); el Defensor del Pueblo (art. 6 de la LO 3/1981); y los Magistrados del Tribunal Constitucional (art. 22 de la LO 2/1979).

13 TORRES ROSELL, N., *La denuncia procesal penal…*, *op.cit.*, pág. 153.

14 La extraterritorialidad de la jurisdicción del Estado pretende evitar que la impunidad de los delitos nacionales cometidos por nacionales en el extranjero resulte «escandalosa». *Vid. CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal español. I. Introducción, 2.ª ed., Madrid, 1981, pág. 242.*

15 STS de 20 de diciembre de 1980, sobre la extraterritorialidad de la ley penal.

ROSA[16], lo cierto es que el legislador español ha regulado de modo insuficiente la cuestión relativa a la jurisdicción y la competencia de los tribunales españoles en los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El crimen organizado corporativo plantea unas particularidades específicas, al contar, en ocasiones, con tecnología punta, y sucursales repartidas por diferentes países. La transnacionalidad de esta conducta afecta a diversas jurisdicciones, en cuyo caso, explica ORTIZ PRADILLO[17], «podemos ya anticipar que a nivel internacional no existe un sistema único de resolución de los conflictos positivos de jurisdicción (…)». Todo ello dificulta la aplicabilidad de los criterios territoriales a la hora de dilucidar la jurisdicción competente[18]. Ante la compleja estructura societaria pro-

---

16 ESTEBAN DE LA ROSA, F., "Competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos por personas jurídicas" en AA.VV., *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, (coords. Zugaldía Espinar, J. M. y Marín de Espinosa Ceballos, E. B.), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs. 380 y ss.

17 ORTIZ PRADILLO, J.C., *Determinación de la jurisdicción y competencia para la investigación y enjuiciamiento de los daños informáticos, 2016, pág. 5. (Ponencia impartida el 23 de mayo de 2016 en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, con motivo del Curso de Formación "Los delitos de daños informáticos", dirigido por el Ilmo. Sr. D. Roberto Valverde Megías, Fiscal Delegado de Criminalidad Informática. Fiscalía Provincial de Barcelona.*

18 Sobre esta cuestión, me parece interesante traer a colación la postura de NIEVA FENOLL, para quien, cualquier país donde el delito haya tenido, efectivamente, sus efectos, podrá entrar a conocer. Por ejemplo, en el caso del cibercrimen, «determinar la jurisdicción a través del lugar en el que aparezcan vestigios nos conduce a un callejón sin salida, puesto que ese lugar también es todo sitio del mundo donde haya un punto de acceso a Internet». Ante esta ante esta realidad, lo preciso, señala el autor, sería «adaptarse a la realidad investigadora de estos delitos, escogiendo a una jurisdicción con posibilidades reales de investigación, impidiendo que se disgregue la continencia de la causa entre diferentes tribunales del mundo». Considera que en realidad esta disgregación nunca se va a poder eludir por completo; por ello propone que, de entrada, cada órgano de justicia investigue y recoja vestigios, y conforme avance la investigación y reparen en la trascendencia internacional de la misma, lo más conveniente es que se deje constancia de ello a una especie de organismo centralizado que pudiera comunicarlo al resto de investigadores. El papel de este organismo sería, además de tener constancia de las investigaciones existentes, señalar que país tendría jurisdicción para perseguir esos hechos por haber recabado más vestigios, y por hallarse el estado de su investigación en un punto óptimo para enjuiciar las acciones delictivas. A partir de ahí, todos

pia de esta clase de delitos —a la que se le añade el uso de tecnologías que permiten acciones a distancia, y desde el anonimato— resulta arduo aplicar fueros territoriales como el lugar de comisión del delito, o el lugar donde se producen sus efectos. Todo ello complica en determinados casos la aplicabilidad del principio de territorialidad (art. 23.1 LOPJ) —dado que normalmente se desconoce el lugar exacto de comisión del delito, o el lugar de producción de sus resultados—.

Dada las características del crimen corporativo «actual», la norma aconseja la extraterritorialidad de la jurisdicción penal española, esto es, admite situaciones en las que, aun no habiéndose cometido el delito en territorio español, se entienden los sujetos responsables del delito sometidos a la jurisdicción penal española, siempre que se den algunas de las condiciones previstas en los apartados 2, 3 y 4 del art. 23 LOPJ (estos son, los principios de personalidad, protección y justicia universal antecitados):

En primer lugar, el apartado segundo del señalado precepto extiende la competencia de la jurisdicción penal española a los delitos cometidos fuera de territorio nacional siempre que los sujetos criminales responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho. En el ámbito del crimen corporativo, resulta en ocasiones difícil aplicar este principio de personalidad (art. 23.2 LOPJ) —por cuanto es común en este tipo de delitos que la empresa pese a que no tenga aquí la nacionalidad española, sí su centro de actividad principal—.

El apartado tercero regula el principio real o de protección, según el cual la jurisdicción española conocerá de aquellos delitos cometidos por nacional o extranjero, en cualquier lugar, siempre que afecte gravemente a los intereses del Estado, o al sistema político (*v.gr.* delito de traición, contra el titular de la Corona, de rebelión y sedición, de falsificación de la firma o estampilla reales, entre otros).

Y el apartado cuarto desarrolla el principio de justicia universal, según el cual los tribunales españoles serán competentes para conocer de un delito cometido en cualquier parte, independientemente de la nacionalidad de los infractores, siempre que se trate de alguno de los delitos tipificados

---

los Estados implicados deberían dar auxilio judicial a los tribunales del Estado a los que se ha atribuido jurisdicción. *Vid.*, NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal IIII (proceso penal),* 3ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 74-75.

en el art. 23.4 LOPJ, a saber: genocidio, delitos de tortura, tráfico ilegal de drogas, etc.

Con este último criterio, el de justicia universal, se podrían sortear las dificultades señaladas de determinación del lugar del delito, o de la nacionalidad española de la empresa. Además, cabe destacar que dentro de los supuestos contemplados en el art. 23.4 LOPJ, encontraríamos una serie de tipos penales respecto de los cuales una persona jurídica podría responder *penalmente, a saber*[19]*: i) delito de terrorismo (arts. 580 bis CP*[20] 23.4 e) 3º LOPJ); ii) tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (arts. 368-369 CP y 23.4 i) LOPJ); iii) delitos contra la libertad e indemnidad sexual (arts 184.5 CP[21] y 23.4 k) 3º LOPJ); iv) trata de seres humanos (arts. 177 bis 7 CP y 23.4 m) 3º LOPJ); y v) corrupción (arts. 286 bis y ter y 419 a 430 CP y 23.4 n) 4º LOPJ).

En todos estos casos, la LOPJ exige para el enjuiciamiento que el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

Los Tribunales españoles se inhibirán de conocer en la causa cuando se acredite que se ha iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión[22] siempre que:

---

19 En consecuencia, no cabría aplicar el principio de justicia universal para perseguir aquellos tipos penales atribuibles a las personas jurídica que no estuvieran tipificados en el art. 23.4 LOPJ, como ocurre, entre otros, con los delitos de construcción, edificación y urbanización ilegal (art. 319 CP) o con el delito de fraude de subvención y ayudas públicas (art. 308 CP).

20 Se añade por la LO Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional. BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019. Esta Ley tiene por objeto ampliar el abanico de sanciones a las personas jurídicas cuando éstas sean responsables de determinados hechos delictivos como la malversación, o cualquier tipo de delito de terrorismo.

21 Se introduce por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE núm. 215, de 07/09/2022.

22 No existe hasta la fecha un Tribunal Internacional específico para los delitos de crimen organizado de que puede responder penalmente la persona jurídica, por lo que aquí no resultaría aplicable la letra a) del art. 23.5 LOPJ.

- a la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español, o
- se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas (arts. art. 23.5 b) 1º y 2º LOPJ).

Aunque no se puede extraditar a una persona jurídica en sentido estricto, sí se podría pedir la extradición sobre las personas físicas previstas en las letras a) y b) del art. 31 bis 1 CP, que hayan incurrido en un delito de ausencia o defecto de *compliance,* facilitando con ello la comisión del delito base por los miembros de la empresa (como, v.gr., blanqueo de capitales, tráfico de drogas, o cualesquiera de entre los previstos exclusivamente para las personas jurídicas).

Si se deniega la extradición pasiva, los Tribunales españoles recuperan competencia judicial internacional, e, igualmente, si se acredita que el Estado que ejerza su jurisdicción no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. En cualquier caso, el Juzgado que está conociendo o pretende conocer deberá elevar una exposición razonada a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para que valore las circunstancias concurrentes y valore si nuestros Tribunales han de inhibirse, o, por el contrario, han de asumir el conocimiento del caso (art. 23.5 b) 2º apdo. 2 LOPJ).

A fin de valorar si existe una conducta abstencionista por parte del Estado requirente, el TS valorará los siguientes indicios, según el caso:

> a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia (art. 23.5 2º a)–c) LOPJ).

Y, por otro lado, si se trata no tanto de una falta de disposición por el Estado requirente, sino de una incapacidad real y material para asumir la investigación del asunto, el TS, en este caso, deberá examinar si el Estado «debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio».

II.1. El caso de los conflictos de jurisdicción entre España y un Estado miembro de la UE. El papel de Eurojust.

En caso de que concurra un conflicto de jurisdicción entre España y otro Estado miembro de la Unión Europea, no existe un mecanismo de predeterminación de la jurisdicción. En el ámbito de la UE se puede constatar un claro propósito del legislador por otorgar a *Eurojust* un papel central en la resolución de los conflictos de jurisdicción. Preceptos de derecho originario, como el art. 85 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)[23], sirvieron de base legal para la adopción de normativa de derecho derivado sobre esta cuestión, a destacar: la Decisión Marco 2009/948/JAI, que confiere atribuciones a Eurojust para la coordinación y cooperación entre las autoridades nacionales.

Concretamente, el art. 85.1 c) TFUE permite la aprobación de normativa que delimite las competencias y poderes de Eurojust para la intensificación de la cooperación judicial mediante la resolución de conflictos de jurisdicción. Sobre la base de este precepto, nace el Reglamento (UE) 2018/1727[24], por el que se introduce un sistema de resolución de conflictos de jurisdicción basado en un proceso de acuerdo entre las autoridades judiciales. Este proceso consiste en que si dichas autoridades no logran un consenso, podrán solicitar del Colegio de Eurojust un dictamen escrito no vinculante sobre cual jurisdicción sería la más apropiada para conocer del asunto penal (ex Considerando 14ª Reglamento (UE) 2018/1727). Para determinar cuál jurisdicción debe conocer, Eurojust recurre a una serie de directrices de carácter orientativo plasmadas en el Informe Anual, de 2016, Guidelines for deciding: which jurisdiction should prosecute?[25]. Dicho documento establece dos parámetros territoriales: «en la medida de lo posible, el enjuiciamiento debe tener lugar en la jurisdicción en la que se produjo la mayor parte —o la parte más importante— del delito o en la que

---

23 Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C 83/47. 03.2010.

24 Reglamento (UE) 2018/1727 DEL Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (*Eurojust*) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo. DOUE L 295/138. 21.11.2018.

25 Dicho Informe Anual *Eurojust* (2016), *Guidelines for deciding: which jurisdiction should prosecute?*, se puede visualizar en el siguiente enlace web, con última versión revisada del año 2016, https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2016_Jurisdiction-Guidelines_EN.pdf, consulta: 30/01/2025.

se sufrió la mayor parte —o la parte más importante— del perjuicio. Por lo tanto, deben tenerse debidamente en cuenta tanto la dimensión cuantitativa ("la mayoría") como la cualitativa ("la parte más importante")». También propone una serie de recomendaciones a tener en cuenta para coadyuvar a valorar cuál jurisdicción sería la más idónea para conocer del caso. La prioridad y el peso que se otorga a cada recomendación dependerá de las circunstancias concretas del caso. Tales recomendaciones son: i) el lugar en el que se encontró al sospechoso/acusado; ii) la nacionalidad o el lugar de residencia habitual del sospechoso/acusado; iii) los posibles fuertes vínculos personales con un Estado miembro u otros intereses significativos del sospechoso/acusado; iv) la posibilidad de garantizar la entrega o extradición del sospechoso/acusado a otra jurisdicción; v) la posibilidad de transferir el procedimiento a la jurisdicción en la que se encuentra el sospechoso/acusado.

En España, este procedimiento se regula a través de la Ley 29/2022, de 21 de diciembre[26]. Dicha norma también establece una serie de criterios a valorar por la autoridad española a la hora de determinar si el asunto ha de ser sometido a la jurisdicción española:

a) Residencia habitual y nacionalidad de la persona investigada, acusada o procesada.

b) Lugar en el que se ha cometido la mayor parte de la infracción penal o su parte más sustancial.

c) Jurisdicción conforme a cuyas reglas se han obtenido las pruebas o lugar donde es más probable que estas se obtengan.

d) Interés de la víctima.

e) Lugar donde se encuentren los productos o efectos del delito y jurisdicción a instancia de la cual han sido asegurados para el proceso penal.

f) Fase en la que se encuentran los procedimientos penales sustanciados en cada Estado miembro.

---

[26] Ley 29/2022, de 21 de diciembre, por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre *Eurojust*, y se regulan los conflictos de jurisdicción, las redes de cooperación jurídica internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior. BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 2022.

Estos criterios estarán sujetos a la valoración de cada Juez nacional, y lo más probable es que la interpretación de cada uno de estos no sea coincidente en algunos casos, máxime si concurren en conflicto más de dos jurisdicciones. Tales criterios resultarán, además, conflictivos en aquellos casos en los que los Estados que reclamen para sí jurisdicción aleguen, respectivamente, que en uno se produjo la acción delictiva, y, en otro, vía Internet, el resultado dañoso. Por otro lado, ni la norma europea, ni la española, otorgan una preminencia de unos criterios respecto de otros[27]. Todos estos condicionantes dificultarán sobremanera un consenso entre los Estados, así como la adopción de una decisión por parte de Eurojust; decisión que, a la postre, no resultaría vinculante. En aras de la seguridad jurídica, sería deseable, en primer lugar, establecer fueros más claros, y, en segundo, trasmutar el Informe de recomendaciones de Eurojust en un instrumento jurídico de la Unión, con carácter vinculante. Hasta que ello se produzca, la resolución del conflicto de jurisdicción dependerá de la acogida por parte de los Estados implicados de los criterios adoptados por Eurojust.

III. CONCLUSIONES

La regulación del proceso jurisdiccional es deficiente en relación a la jurisdicción, por cuanto hay supuestos en los que los principios de territorialidad y de nacionalidad devienen inoperativos, y ello debido a que, en ocasiones, la complejidad de una estructura societaria, o la digitalización del crimen, impiden conocer el lugar de comisión del delito, o la nacionalidad de la empresa. Como solución a ello se propone la aplicación del principio de justicia universal, según el cual se atribuye jurisdicción penal a los tribunales españoles independientemente del lugar de comisión del delito, o de la nacionalidad del delincuente, siempre que se trate de los tipos penales previstos en el art. 23.4 LOPJ, y se cumplan los requisitos desarrollados en dicho precepto. Dicha solución no obstante resulta también insuficiente para aquellos tipos penales atribuibles a la empresa que no estén a su vez previstos en el art. 23.4 LOPJ, como ocurre con el delito de blanqueo de

---

27 *Vid.*, HERNÁNDEZ LÓPEZ, A. y MERINO CALLE, I., "Resolución de conflictos de jurisdicción internacionales en el ámbito privado y en el ámbito penal. ¿Compartimentos estancos o existe margen para la transferencia en su regulación en Europa?", *Revista Electrónica de Direito*, núm. 1, vol. 24, Fevereiro 2021, pág. 176.

capitales (art. 302.1 CP), de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis 5 CP) o del delito contra los animales (art. 340 *quáter* CP).

También se detecta otra laguna cuando concurre un conflicto de jurisdicción entre España y otro Estado miembro de la Unión Europea. Para estos casos, no existe un mecanismo de predeterminación de la jurisdicción. La UE viene otorgando a *Eurojust* un papel clave en la resolución del conflicto. Según la normativa actual, las autoridades implicadas podrán solicitar del Colegio de Eurojust un dictamen escrito no vinculante sobre cual jurisdicción sería la más apropiada para conocer del asunto penal. Como hemos analizado, Eurojust en la resolución del conflicto consultará una serie de criterios, de carácter orientativo, y sin una jerarquía entre ellos —como el lugar de comisión del delito, o los vínculos del sospechoso con el Estado miembro—. La decisión final no resultaría vinculante, por lo que su éxito dependerá de la buena acogida por los Estados destinatarios. En aras de la seguridad jurídica, sería deseable, en primer lugar, establecer fueros más claros, y, en segundo, trasmutar el Informe de recomendaciones de Eurojust en un instrumento jurídico de la Unión, con carácter vinculante.

Fuentes abiertas de información y delitos de odio en redes sociales: Propuestas para un tratamiento procesal eficiente[1]

FEDERICO BUENO DE MATA

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

ÍNDICE: I. DE LA INTELIGENCIA CRIMINAL A LA INTELIGENCIA DE FUENTES. II. NIVELES DE INTERNET Y SU IMPACTO PROCESAL: SURFACE, DEEP Y DARK WEB. III. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LOS INDICADORES DE POLARIZACIÓN Y DE LA PRUEBA EN REDES SOCIALES. IV. «OSINT» ANTE EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2025.

I. DE LA INTELIGENCIA CRIMINAL A LA INTELIGENCIA DE FUENTES

La investigación y enjuiciamiento de delitos de odio en el espacio digital constituyen hoy un desafío para el Derecho procesal debido a factores como la hiperconectividad, la cultura exhibicionista de las redes y la disponibilidad masiva de datos electrónicos han transformado las formas en que se cometen y se evidencian las vulneraciones motivadas por prejuicios, intolerancia o discriminación. No obstante, el marco legal y doctrinal sigue padeciendo lagunas terminológicas (por ejemplo, la confusión entre «información» e «inteligencia»), conceptuales y organizativas que dificultan

[1] Esta publicación se presenta como resultado del proyecto nacional de I+D+i "Tratamiento procesal de los delitos de odio cometidos a través de medios tecnológicos", ref. PID2021-128339OA-I00, perteneciente a la convocatoria sobre "Proyectos de generación de conocimiento" en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023; financiado por MCIN/

un tratamiento eficaz y respetuoso con derechos fundamentales y con el cumplimiento de los principios y garantías procesales.

A día de hoy no existe una distinción clara, ni terminológica ni legal, entre los conceptos «información» e «inteligencia»[2]. La legislación española continúa anclada en una concepción clásica y estrecha de la inteligencia: la asocia a la actividad de servicios de inteligencia o unidades de información policial que operan en contextos supranacionales o de seguridad nacional. Esa visión obsoleta choca con la realidad tecnológica contemporánea, donde los modelos de inteligencia abarcan técnicas abiertas, holísticas y transversales que pueden aplicarse incluso en conflictos entre particulares.

El riesgo de mantener una concepción arcaica es doble: por un lado, se subestima el potencial probatorio y preventivo de nuevas técnicas; por otro, se corre el peligro de justificar prácticas de tecnovigilancia que configuren un Estado represivo e hipervigilante. Por ello, resulta urgente homogeneizar el lenguaje y adaptar la regulación para diferenciar claramente la labor informativa (recolección y transmisión de datos) de la tarea analítica y evaluativa propia de la inteligencia (detección de patrones, valoración de riesgos, elaboración de informes periciales).

Podemos identificar, a grandes rasgos, dos modelos de inteligencia con finalidades correlativas: el modelo de inteligencia criminal (orientado a la prevención, detección temprana y valoración de riesgo) y el modelo de inteligencia de fuentes (orientado a la investigación, corroboración de indicios y obtención de pruebas). En una fase preprocesal, la inteligencia criminal, incluida la llamada policía predictiva[3], se emplea para evaluar riesgos de violencia o reincidencia. Sin embargo, hoy opera en muchas ocasiones en un terreno de alegalidad: técnicas preventivas y masivas que no se ajustan a principios procesales como el de

---

[2] ESTEBAN NAVARRO, M.A., *Glosario de inteligencia*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008.

[3] MONTESINOS GARCÍA, A., "Los algoritmos que valoran el riesgo de reincidencia: En especial, el sistema Viogen", *Revista de derecho y proceso penal,* núm. 64, 2021, págs. 19-55; ESTÉVEZ MENDOZA, L., "Algoritmos policiales basados en IA y derechos fundamentales a la luz de HART y VALCRI: garantías versus eficacia", en *Justicia: ¿garantías versus eficacia?, (dirs. Jiménez Conde, F. y Bellido Penadés, R., coords. Llopis Nadal, P. y De Luis García, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs.* 665-674.

especialidad. Para la investigación de delitos de odio en redes sociales[4], el modelo más adecuado es, en nuestra opinión, la inteligencia de fuentes, porque parte de indicios constatados y se orienta a la obtención de prueba. Un enfoque prospectivo, puramente preventivo y predictivo, confrontaría el principio de especialidad y las garantías procesales. Además, la aplicación de herramientas de valoración de riesgo diseñadas para delitos entre particulares (por ejemplo, modelos de predicción de reincidencia) tiene una utilidad limitada en delitos de odio, donde el daño puede surgir contra colectivos indiferenciados y no contra una víctima individual previsible

Dentro de la inteligencia de fuentes, la técnica OSINT (*Open Source Intelligence),* entendida, más acertadamente, como inteligencia sobre fuentes accesibles, aparece como la metodología idónea para investigar delitos de odio cometidos en redes sociales. La razón es simple: gran parte de la prueba está en los datos que el propio autor ha divulgado en Internet. No obstante, OSINT ha revolucionado la noción clásica de inteligencia: a diferencia del secreto tradicional, OSINT se basa en fuentes accesibles o potencialmente accesibles[5] (Surface Web, Deep Web, Dark Web y repositorios sujetos a condiciones económicas o de acceso) y exige transparencia metodológica.; además, su uso se ve legitimado por dos realidades convergentes: el reconocimiento de Internet como espacio de información de gran trascendencia pública y el comportamiento exhibicionista de muchas personas en redes.

Dentro de esta nueva concepción, SOCMINT incorpora técnicas de monitoreo y rastreo, *scraping* por patrones, creación de mapas conceptuales, análisis de redes y algoritmos de procesamiento de lenguaje natural (NLP) para análisis de sentimientos[6]. El uso de estas técnicas permite detectar procesos de radicalización, identificar patrones simbólicos o semánticos

---

4 PEREIRA-KOHATSU, J.C., QUIJANO-SÁNCHEZ, L., LIBERATORE, F., CAMACHO-COLLADOS, M., "Detecting and Monitoring Hate Speech in Twitter", *Sensors*, 2019, 19, 4654, págs. 1-37; PORTA ZAMORANO, J. y SANCHO SÁNCHEZ, J.L., "Procesamiento de lenguaje natural aplicado a datos masivos generados en medios sociales", *Revista Española de Lingüística, Vol. 51, Nº 2, 2021, págs.* 111-124.

5 MARTÍN RIOS, P., *Digital Forensics and criminal process in Spain: evidence gathering in a changing contex*t, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pág. 172.

6 FIFE, E., y GOODALL, J., "Social media intelligence: Current approaches and future directions" *International Journal of Intelligence and CounterIntelligence*, nº6, 2013, págs. 1-24.

y reconstruir el contexto comunicativo del autor. Sin embargo, la recolección masiva y automatizada de datos puede polarizar la investigación y generar riesgos para la privacidad, por lo que debe operarse con cautela y conforme a las garantías procesales. 5. Fuentes accesibles (no necesariamente gratuitas): matices terminológicos con efectos prácticos Una nota terminológica relevante es la diferencia entre «abierto» y «accesible». No todo dato accesible es gratuito ni abierto en sentido estricto. Existen fuentes accesibles mediante pago o registro; otras requieren autenticación adicional o están parcialmente indexadas. Por ello proponemos el uso del término «fuentes accesibles» o «potencialmente accesibles» para referirnos a la materia prima de OSINT, pues el calificativo «open» induce a error doctrinal y jurídico. Esta precisión importa: la condición de accesibilidad determina, en última instancia, las garantías exigibles y la posible afectación de derechos fundamentales.

Para aplicar OSINT con garantías procesales es necesario incorporar al ciclo clásico de inteligencia dos fases previas: (i) identificación y priorización de fuentes relevantes, y (ii) diseño de la estrategia de gestión de la información (manual o automatizada). Estas fases deben quedar registradas en la diligencia de investigación y, cuando proceda, sometidas a control judicial. La adecuada planificación previa permite, entre otras cosas, justificar la elección de fuentes, los criterios de búsqueda, la periodicidad de la recolección y el uso de herramientas, algunas con componentes de IA, así como valorar la necesidad de autorización judicial cuando la recolección sea sistemática u orientada a crear un registro histórico del investigado.

II. NIVELES DE INTERNET Y SU IMPACTO PROCESAL: SURFACE, DEEP Y DARK WEB.

Los tres niveles de Internet comparten accesibilidad pero difieren en apertura e indexación del planteamiento de técnicas de inteligencia OSINT[7]. Así, el carácter «profundo» o «cerrado» de una fuente tiene consecuencias jurídicas: cuando el contenido exige autenticación o ha sido previamente borrado o restringido, aumenta la expectativa de privacidad y, por ende, la intervención investigadora puede requerir autorización ju-

---

[7] Vid. RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, Y., "Inteligencia de fuentes abiertas (OSINT): Características, debilidades y engaño", *Revista de Análisis GESI, Nº11, 2019*.

dicial (art. 18 CE). Por tanto, no basta con saber que la información existe; hay que determinar el modo de acceso y la expectativa de privacidad del autor para decidir si procede o no una diligencia con amparo judicial

Por ello, los delitos de odio en redes sociales pueden investigarse mediante distintas diligencias en función del tipo de canal:

- Canales abiertos (*Surface Web):* recolección mediante OSINT/SOCMINT sin autorización judicial cuando el acceso sea efectivamente público y puntual. Técnicas como ciberpatrullaje o creación de cuentas pública. O también llamadas cuentas títere, suelen utilizarse aquí, aunque plantean debates de legalidad y especialidad.
- Canales semiabiertos (comentarios restringidos, contenidos borrados): pueden requerir actuación judicial si el acceso exige autenticación, se ha borrado el contenido o existe expectativa de privacidad.
- Canales cerrados *(Deep Web/Dark Web)*: las técnicas suelen exigir medidas reguladas: interceptación de comunicaciones telemáticas, registros remotos de repositorios en la nube, monitoreo por malware autorizado o agentes encubiertos en Internet. Estas diligencias se encuentran legisladas en la LO 13/2015 y la LECrim (arts. 588 ter, 588 sexies, 588 septies, etc.), pero su aplicación práctica plantea importantes dudas y limitaciones.

Así, el ciberpatrullaje entendido como vigilancia activa de redes, y la creación de cuentas títere son herramientas extendidas en la práctica policial y entre investigadores privados. Sin embargo, su naturaleza preventiva y su empleo sin indicios concretos sitúan dichas prácticas en zona de sombras legales. Esta técnica empleada con vocación puramente preventiva puede vulnerar el principio de especialidad; en cambio, si se usa como técnica para esclarecer hechos ya ocurridos, la línea divisoria se difumina. Las cuentas títere, por su parte, combinan características de agente encubierto y de simple observador y aunque a priori su uso en canales abiertos puede no requerir autorización, si se accede a contenidos cerrados o se obtienen pruebas mediante engaño en espacios protegidos, la intervención judicial debería ser necesaria. Es imprescindible una regulación clara que determine cuándo y cómo se permiten estas técnicas, si su uso requiere autorización judicial y qué garantías mínimas deben respetar.

Por otro lado, la investigación en la Dark Web y en entornos organizados delincuenciales suele exigir la figura del agente encubierto en

Internet y el registro remoto por virus espía. No obstante, la LO 13/2015 y el desarrollo normativo posterior apenas precisan quién puede actuar como agente encubierto, qué condiciones debe reunir y cuál es su modus operandi en el entorno digital. Esto genera incertidumbre sobre la validez de la prueba, la proporcionalidad de las medidas y la protección de derechos. Creemos que dichas funciones deben recaer en unidades especializadas (por ejemplo, BIT o GDT), con protocolos claros sobre preservación de pruebas, límites operativos y supervisión judicial.

III. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LOS INDICADORES DE POLARIZACIÓN Y DE LA PRUEBA EN REDES SOCIALES.

A diferencia de otros tipos de ilícitos penales, los denominados delitos de odio requieren que el órgano judicial acredite la existencia de dos elementos esenciales: por un lado, la intención o voluntad de ejecutar la conducta, y por otro, la motivación que impulsa dicha conducta, es decir, la razón discriminatoria o el prejuicio que mueve al sujeto activo a actuar. La motivación reviste una especial complejidad probatoria, ya que se refiere al ámbito interno del agente, un terreno subjetivo que rara vez puede ser constatado de manera directa. Por este motivo, la doctrina y la jurisprudencia han recurrido al uso de indicadores de polarización, concebidos como pruebas indirectas o indiciarias que permiten inferir la existencia de un propósito discriminatorio. Sin embargo, a pesar de que los tribunales han empleado con frecuencia estos indicios para acreditar la motivación, todavía no se ha alcanzado un reconocimiento legal unívoco ni se dispone de una clasificación taxonómica ampliamente aceptada de tales indicadores. Esta ausencia de estandarización genera una notable inseguridad jurídica y favorece disfunciones en la valoración judicial de la prueba.

En la propuesta de un decálogo de indicadores de polarización aplicable a entornos digitales abiertos que hemos previamente planteado en una investigación previa[8], especialmente útil cuando no existe consenso doctri-

---

[8] Vid. BUENO DE MATA, F., "Propuesta de un decálogo de indicadores de polarización radical para la investigación de los delitos de odio en redes sociales", en *Aspectos victimológicos e investigación de los delitos de odio cometidos a través de Internet,* (dir. Bueno de Mata, F., coord. Yáñez García-Bernalt, I.), Aranzadi, Navarra, 2024, págs. 177-199. En este artículo se propone la elaboración de un decálogo

nal ni jurisprudencial plenamente asentado, resulta conveniente describir cada indicador enlazándolo de manera fluida con un ejemplo ilustrativo, de forma que el relato mantenga coherencia interna y facilite la comprensión académica. En primer lugar, la frecuencia de publicaciones discriminatorias adquiere relevancia cuando la conducta no se limita a un mensaje aislado, sino que revela un ritmo constante y sostenido; así, si un usuario insiste semana tras semana en difundir expresiones que menosprecian a un colectivo religioso, la repetición permite inferir una intencionalidad

---

de indicadores de polarización aplicable a los entornos digitales abiertos. Estos indicadores tienen como finalidad servir de guía para la observación sistemática y la inferencia razonada de la motivación discriminatoria en el discurso de odio en redes sociales:

- Frecuencia de publicaciones discriminatorias. Se debe examinar el ritmo, la repetición y la reiteración de mensajes que contengan expresiones de odio hacia grupos o individuos determinados.
- Capacidad de amplificación del perfil. Resulta pertinente valorar el número de seguidores, el alcance orgánico y el nivel de interacción (engagement) de las publicaciones para determinar la magnitud de su difusión.
- Uso de simbología y acrónimos. La presencia reiterada de símbolos, emblemas o siglas asociadas a organizaciones o ideologías de odio constituye un elemento de apoyo para identificar motivaciones discriminatorias.
- Intervención de algoritmos de recomendación. Debe analizarse si la actividad del perfil ha sido favorecida por los sistemas automáticos de recomendación, lo cual incrementa artificialmente su visibilidad.
- Análisis semántico del discurso. Se requiere una evaluación detallada del contenido lingüístico a fin de identificar expresiones de deshumanización, incitación a la violencia o estigmatización continuada.
- Contexto cronológico. La correlación entre las fechas de publicación y eventos sociales relevantes —como manifestaciones, incidentes públicos o conflictos mediáticos— puede aportar información contextual relevante.
- Interconexión con otros perfiles radicales. El análisis de las relaciones, menciones, interacciones o retuits con redes conocidas por la difusión de discursos de odio puede fortalecer la hipótesis de una motivación compartida.
- Composición multimedia. Las imágenes, vídeos y símbolos utilizados en las publicaciones deben ser objeto de análisis pericial, especialmente cuando refuercen o complementen el contenido discriminatorio.
- Estrategia comunicativa. El uso sistemático de hashtags, campañas coordinadas o estructuras de difusión planificada puede revelar una intención de amplificación deliberada.
- Persistencia tras la moderación. La recreación de perfiles, la evasión de sanciones de las plataformas o la continuidad de la conducta pese a eliminaciones previas son indicadores relevantes de intencionalidad sostenida.

que trasciende lo accidental. A su vez, dicha frecuencia interactúa con la capacidad de amplificación del perfil, pues no es lo mismo la emisión de mensajes desde una cuenta casi invisible que desde otra con decenas de miles de seguidores y alto grado de interacción; de hecho, basta imaginar un perfil con una amplia audiencia que divulga un vídeo cargado de estereotipos para comprender cómo el daño potencial se multiplica por el mero alcance orgánico.

Esta amplificación suele reforzarse con el uso de simbología y acrónimos[9], un recurso que actúa como clave interpretativa del discurso. Muchos usuarios recurren a signos o siglas históricamente asociados a ideologías excluyentes, de modo que, incluso si el texto aparenta neutralidad, la iconografía empleada, por ejemplo, la presencia reiterada de ciertos números o emblemas, permite detectar una adhesión implícita a movimientos extremistas. La visibilidad de ese contenido puede incrementarse todavía más si intervienen los algoritmos de recomendación, los cuales proyectan determinados mensajes hacia las secciones de tendencias o contenidos sugeridos; no sería extraño que un vídeo con carga denigratoria, publicado en un perfil modesto, alcance en pocas horas miles de visualizaciones debido a esa mediación automatizada.

Este conjunto de elementos exige un análisis semántico detenido del discurso, atendiendo no solo a expresiones abiertamente injuriosas, sino también a construcciones narrativas que, sin recurrir a insultos explícitos, presentan a un grupo determinado como una amenaza o como un cuerpo social que debe ser apartado. Tal análisis solo cobra pleno sentido si se lo inserta en un contexto cronológico adecuado: publicaciones que siguen inmediatamente a un acontecimiento mediático sensible, como un conflicto o incidente de repercusión pública, pueden revelar que el emisor aprovecha el clima de tensión para reforzar estereotipos o generalizaciones indebidas.

La comprensión de estos fenómenos se completa mediante la observación de la interconexión con otros perfiles radicalizados, especialmente cuando el usuario mantiene interacción constante con cuentas ya identificadas por difundir ideologías extremistas, compartiendo sus mensajes o participando activamente en sus debates internos, lo cual refuerza la hipótesis de una motivación compartida. Del mismo modo, la composición

---

9 DOCAL GIL, D. y FLÓREZ LÓPEZ, A., "Análisis de la simbología del odio", *Ciencia policial: revista del Instituto de Estudios de Policía,* núm. 111 (marzo/abril), 2012, págs. 75-128.

multimedia de las publicaciones merece atención pericial específica, pues imágenes o montajes aparentemente humorísticos pueden reproducir rasgos caricaturizados o estigmatizantes, funcionando como refuerzo visual del mensaje.

Todo ello suele insertarse dentro de una estrategia comunicativa más amplia, perceptible cuando el usuario participa en campañas coordinadas o emplea sistemáticamente hashtags diseñados para viralizar un discurso excluyente; basta recordar episodios en los que múltiples cuentas impulsan simultáneamente una etiqueta con contenido peyorativo para advertir la intención de amplificación deliberada. Finalmente, la persistencia tras la moderación constituye uno de los indicadores más reveladores: usuarios que, tras recibir advertencias o sanciones, recrean perfiles y retoman inmediatamente la misma línea de publicaciones ponen de manifiesto una voluntad sostenida de mantener el discurso discriminatorio pese al control de las plataformas.

De este modo, la descripción integrada de los indicadores, acompañada de ejemplos que se insertan de manera natural en la argumentación, permite comprender con mayor claridad el valor analítico de cada uno dentro del examen procesal del discurso de odio en entornos digitales. Estos indicadores deben ser considerados de manera conjunta y nunca de forma aislada. Su valor radica en su capacidad para servir como prueba indiciaria complementaria a otros medios de prueba, tales como declaraciones, testimonios o peritajes técnicos. No constituyen pruebas autónomas, sino elementos que permiten fundamentar inferencias razonables sobre la motivación e intención del sujeto investigado.

Por otro lado, la denominada prueba de inteligencia policial carece actualmente de una definición jurídica precisa, así como de criterios uniformes para su admisión y valoración[10]. Aunque la Fiscalía ha destacado su utilidad en la persecución de fenómenos delictivos complejos, su

---

[10] Vid. MARCHAL GONZÁLEZ, N. "La prueba pericial de inteligencia", *Diario La Ley*, Nº 10085, Sección Tribuna, 8 de junio de 2022; DURÁN SILVA, C., "Policía Judicial e Informes de Inteligencia: ¿Hacia una solución definitiva?", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 62/2021 parte Análisis Doctrinal, 2021, págs.1-25; CASTILLEJO MANZANARES, R., "La prueba pericial de inteligencia", *Diario La Ley*, Nº 7756, Sección Tribuna, 16 de Diciembre de 2011; GUERRERO PALOMARES, S., "La denominada «prueba de inteligencia policial» o «pericial de inteligencia»", *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 25, 2011, págs. 75-91.

origen histórico se encuentra ligado a la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado[11]. Desde una perspectiva técnico-jurídica, puede sostenerse que la prueba de inteligencia tiene carácter esencialmente pericial, salvo en aquellos supuestos de flagrancia en los que el agente actúe como testigo directo. Este carácter pericial se justifica por la necesidad de aplicar técnicas analíticas especializadas, como el ciclo de inteligencia, la explotación de fuentes abiertas (OSINT), la monitorización de redes sociales (SOCMINT) o el análisis algorítmico, las cuales exigen una formación técnica avanzada.

A pesar de su relevancia, los informes de inteligencia no poseen fuerza vinculante para el tribunal, y su valoración se rige por el principio de libre apreciación de la prueba establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante, con el fin de evitar que dicha valoración quede condicionada de manera excesiva por la autoridad técnica del perito, se propone la homologación de criterios mínimos para la elaboración de informes de inteligencia, de modo que se garantice la coherencia en la metodología empleada, la adecuada trazabilidad de las fuentes y la correcta asignación de los niveles de fiabilidad; asimismo, se plantea la obligación judicial de motivar de forma exhaustiva la valoración de dichos informes en la sentencia o resolución correspondiente, con el propósito de asegurar la transparencia y el control de la decisión; y, finalmente, se defiende el reconocimiento efectivo del derecho de las partes a promover contrapericias y a cuestionar los fundamentos metodológicos utilizados, de manera que se preserve el equilibrio procesal y la plena garantía del derecho de defensa.

IV. «OSINT» ANTE EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2025

Junto con todo lo apuntado, respecto a la nueva manera de entender la inteligencia, el impulso de las técnicas OSINT o el planteamiento de una regulación propia de la prueba de inteligencia, creemos que a fin de garantizar un adecuado equilibrio entre la calidad técnica de las actuaciones de inteligencia y la seguridad jurídica del proceso penal, se con-

---

[11] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial", en *La justicia digital en España y la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro, (dirs. Conde Fuentes, J., y Serrano Hoyo, G.), Atelier, Barcelona, 2019, págs. 191-206.*

sidera imprescindible avanzar hacia un modelo institucional más sólido y coherente que refuerce tanto la capacidad operativa de los cuerpos especializados como la legitimidad procesal de las pruebas derivadas de sus actuaciones. En este sentido, se propone la creación o el fortalecimiento de unidades especializadas, como la Unidad Central de Inteligencia Criminal o la Unidad de Investigación de la Delincuencia en Tecnologías de la Información, con la finalidad de asumir funciones de planificación, ejecución y supervisión de investigaciones que empleen técnicas OSINT y SOCMINT, garantizando la adecuada coordinación interinstitucional y la observancia de los principios de necesidad, proporcionalidad y control judicial. Paralelamente, se considera necesario establecer programas de certificación y formación reglada en inteligencia de fuentes abiertas, análisis de datos y peritaje digital, orientados tanto a agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad como a peritos judiciales, con el propósito de asegurar un nivel homogéneo de competencia técnica, rigor metodológico y respeto a los derechos fundamentales. Del mismo modo, se propone el desarrollo de protocolos internos que delimiten con precisión las competencias, responsabilidades y mecanismos de supervisión judicial de las actuaciones de inteligencia, de forma que se eviten solapamientos, se refuercen las garantías de control externo y se fomente la rendición de cuentas.

Desde una perspectiva de futuro, resulta igualmente necesario abordar la regulación del uso de la inteligencia artificial en el ámbito de la investigación penal. En coherencia con las disposiciones del Proyecto de LECrim de 2025[12] y con la normativa europea sobre inteligencia artificial, que prohíbe expresamente los sistemas de alto riesgo orientados a la predicción delictiva individual, la incorporación de herramientas de IA a la investigación de delitos de odio debería producirse únicamente en el marco de entornos controlados o *sandboxes* jurídicos, concebidos como espacios experimentales supervisados institucionalmente, dotados de límites temporales definidos y sometidos a una estricta vigilancia judicial. Estos entornos deberían garantizar la transparencia algorítmica, la conservación íntegra de registros de actividad, la evaluación sistemática de sesgos y la realización de auditorías independientes que verifiquen la validez, imparcialidad y proporcionalidad de los modelos utilizados.

---

[12] Vid. https://acortar.link/KdB17t, consulta: 16 de noviembre de 2025.

Además, concretamente el Proyecto de Ley de LECrim, de 14 de noviembre de 2025, regula expresamente en su art. 518, la «Búsqueda y obtención de datos a través de fuentes y canales abiertos», con el siguiente contenido «1. Para averiguar los delitos o descubrir a los responsables de su comisión, la Policía Judicial, por sí o por orden del Ministerio Fiscal, podrá recabar todas aquellas informaciones relevantes para la investigación que se encuentren disponibles en fuentes abiertas de información, así como los datos relativos al investigado que sean accesibles a través de canales abiertos de comunicación. 2. En el caso de que la obtención de datos a partir de fuentes o canales abiertos se realice de forma sistemática y continuada con el objeto de crear un registro histórico de la actividad del investigado en el entorno digital, será necesaria autorización previa del Juez de Garantías. 3. Si en el curso de esta diligencia se pusiera de manifiesto la necesidad de acceder a canales cerrados de comunicación o de hacer uso de una identidad supuesta por parte de la policía, se estará a lo dispuesto sobre las investigaciones encubiertas reguladas en el titulo anterior. El mero uso de seudónimos en canales abiertos de comunicación no se entenderá hacer uso de identidad supuesta».

Este precepto dota así de un marco normativo que clarifica el alcance de la obtención de información en fuentes abiertas y que delimita, con una gradación nítida de intensidades en la injerencia sobre la privacidad, las condiciones en las que la Policía Judicial puede utilizar técnicas OSINT para descubrir delitos y responsables, especialmente en contextos donde los discursos de odio proliferan en plataformas digitales de acceso público. El artículo establece, en primer término, una habilitación directa para que los investigadores utilicen toda la información disponible en fuentes públicas, incluidos los contenidos que los propios sujetos investigados hayan colocado voluntariamente en redes sociales, foros o canales abiertos, lo que supone un reconocimiento explícito de la legitimidad del uso policial de técnicas OSINT básicas sin necesidad de control judicial previo, siempre que la actuación permanezca circunscrita a la mera consulta y recopilación puntual de información accesible a cualquier usuario. Esta habilitación adquiere particular relevancia en el ámbito de los delitos de odio, porque el ecosistema digital contemporáneo favorece que los mensajes discriminatorios, las amenazas veladas y las incitaciones colectivas a la violencia se exterioricen en entornos abiertos donde la barrera entre libertad de expresión y discurso punible se difumina, lo que exige a la Policía Judicial una capacidad rápida y técnicamente solvente para identificar patrones, conexiones y perfiles que no se ocultan formal-

mente tras mecanismos de privacidad estrictos. El artículo introduce, sin embargo, un límite preciso cuando la actuación deja de ser una consulta ocasional y se transforma en una actividad sistemática y continuada que pretende construir un registro histórico de la conducta digital del investigado, porque tal acumulación de datos, aunque proceda de fuentes abiertas, incrementa sustancialmente el grado de intromisión en la autodeterminación informativa y puede aproximarse a una forma de vigilancia prolongada que requiere un control reforzado. En este punto, la norma exige la autorización previa del Juez de Garantías, lo que supone una garantía esencial para preservar el equilibrio entre eficacia investigadora y respeto a los derechos fundamentales, ya que la obtención estructural de grandes volúmenes de datos, muy habitual en técnicas OSINT más avanzadas, puede revelar patrones conductuales, redes de contacto y hábitos de interacción que superan ampliamente el contenido puntual de un mensaje aislado y que, en investigaciones de delitos de odio, permiten reconstruir la intensidad, la reiteración y la intencionalidad que el tipo penal suele requerir.

De igual modo, pensamos que también se aborda también la transición entre la investigación OSINT y las actuaciones encubiertas como las cuentas títere, al prever que, si surge la necesidad de acceder a canales cerrados de comunicación o de emplear una identidad supuesta, la policía debe someterse al régimen de investigaciones encubiertas del título anterior, lo que implica autorización judicial y control estricto de los límites operativos. Esta distinción resulta fundamental porque, aunque los delitos de odio se difunden de manera preferente en espacios abiertos, una parte relevante de la planificación colectiva o de la radicalización progresiva suele trasladarse a grupos cerrados que exigen invitación o autenticación, por lo que el Estado no puede ampararse en la mera apariencia de apertura para introducirse mediante perfiles falsos sin la correspondiente cobertura legal. Finalmente, el artículo aclara que el uso de seudónimos en canales abiertos no constituye identidad supuesta, lo que evita interpretaciones expansivas que podrían obstaculizar investigaciones en contextos donde los agentes necesitan preservar su anonimato técnico sin interactuar de manera engañosa con los investigados, algo que se ha venido reclamando desde hace tiempo, y que por fin, delimitaría el ciberpatrullaje.

Así, el futurible artículo 518 del proyecto de LECRIM de 2025, pensamos que si configura un sistema equilibrado que reconoce el valor operativo del OSINT en la persecución de delitos de odio, establece umbrales claros para diferenciar investigación abierta, monitorización estabilizada

e infiltración en entornos digitales; sin embargo, pese a estos avances, el marco proyectado todavía requiere un desarrollo más profundo que consolide criterios técnicos uniformes, refuerce las garantías en escenarios complejos y adapte la regulación a un ecosistema digital en permanente transformación.

Delitos de odio online y algoritmos: Valor probatorio y derecho de defensa

IRENE YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT

Profesora Ayudante de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. DELITOS DE ODIO EN LÍNEA: LA CATEGORÍA DE «CIBERODIO». III. EL VALOR PROBATORIO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) Y EL EQUILIBRIO CON EL DERECHO DE DEFENSA. III.1. La Inteligencia Artificial (IA) como medida de investigación de los delitos de odio *online. III.1.1. Límites constitucionales y procesales del uso de la Inteligencia Artificial como diligencia de investigación. III.2. La prueba algorítmica y el principio de libre valoración de la prueba. III.3. La efectividad del derecho de defensa. CONCLUSIONES.*

I. INTRODUCCIÓN

La expansión de internet y de las nuevas tecnologías ha traído consigo una digitalización de la vida social, transformando profundamente el modo en que se manifiestan los fenómenos delictivos y, de entre todos ellos, los delitos de odio ocupan un lugar paradigmático. Lo que antes se desarrollaba en espacios físicos delimitados, hoy se propaga sin frontera alguna y con una capacidad de amplificación, anonimato y persistencia sin precedentes. Las redes sociales y las plataformas digitales han convertido el discurso y el delito de odio en un vector inmediato y global de influencia, capaz de generar efectos reales sobre la dignidad, la seguridad y la cohesión social[1]. Hablamos de una modalidad de delito que forma parte de una categoría más grande conocida como «ciberdelincuencia» y que aúna

---

[1] *Vid.* PERES-NETO, L., *"Medios y redes ante el discurso de odio: políticas, prácticas e ineficacia",* en CARDONA BARBER, A., Delitos de incitación al odio. Interpretación normativa y problemas aplicativos, (dir. Cardona Barber, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, págs. 315-359.

todos aquellos tipos penales en los que Internet se erige como un medio comisivo de la infracción[2].

Este nuevo entorno obliga así al Derecho Penal y también al Derecho Procesal a adaptarse a una realidad híbrida entre lo humano y lo tecnológico, donde los algoritmos -como veremos- desempeñan un papel cada vez más decisivo en la investigación y prueba de los delitos. El reto ya no consiste tanto en identificar la autoría del mensaje motivado por el odio, sino también en comprender cómo la tecnología contribuye en su difusión y perpetración. En esta línea, el legislador español, consciente de esta mutación, incorporó una nueva agravante de este tipo delictivo cuando su comisión se producía a través de medios tecnológicos o redes sociales. Esta decisión normativa reconoce así que el entorno digital lo que hace es amplificar el potencial lesivo de este tipo delictivo exigiendo respuestas jurídicas acordes a su complejidad. Ahora bien, junto a la actualización normativa nos surge el siguiente interrogante: ¿cómo equilibrar las garantías procesales tradicionales en un escenario donde las fuentes de prueba son generadas a través de sistemas algorítmicos?

El Derecho Procesal, como disciplina donde se aborda el equilibrio entre la eficacia y las garantías, se encuentra ante una importante tensión[3]. Por un lado, hemos de aprovechar las posibilidades que nos ofrece el uso de estos sistemas para la persecución del delito, el cual se erige como uno de los intereses sociales y de seguridad ciudadana. Por otro lado, sin embargo, se debe evitar cualquier desnaturalización de los principios sobre los que se construye nuestro sistema procesal penal. Evidentemente estas herramientas ofrecen eficiencia, rapidez y una gran capacidad analítica pero también, como podrá comprobar el lector, opacidad, sesgos y posible automatización de juicios de valor.

Así pues, en este trabajo se aborda este cruce de caminos. El fenómeno del «ciberodio» nos obliga a mirar más allá del mensaje y del emisor para analizar también el mecanismo tecnológico que lo multiplica. Y la irrupción de los sistemas de Inteligencia Artificial como medidas de investigación así como de la prueba algorítmica nos hace cuestionar el modo de hacer efectiva la contradicción frente ante una inferencia estadística

---

2 *Vid.* VERA ALIAGA, C., *Ciberdelincuencia: competencia, jurisdicción y cooperación internacional,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pág. 23.

3 Sobre esta cuestión véase ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "¿Nuevas tecnologías en la justicia penal? Solo si en un proceso con todas las garantías", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* núm. 49, 2023, págs. 141-152.

de datos obtenidos por algoritmos y la efectividad del derecho de defensa frente al uso de estos medios.

II. DELITOS DE ODIO EN LÍNEA: LA CATEGORÍA DE «CIBERODIO»

El art. 510 CP, tras sucesivas reformas, tipifica la incitación al odio, hostilidad, discriminación y la violencia contra grupos o personas por motivos racistas, antisemitas, religión, origen nacional, sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad… Ahora bien, este amplio precepto despliega hasta 6 figuras penales distintas sobre las que, además, se recogen varios tipos cualificados[4]. Esta figura ha experimentado una importante evolución en cuanto a su comisión en los últimos años. De ahí que el legislador español decidiera introducir un apartado tercero al art. 510 CP agravando la pena cuando el delito sea cometido a través de medios tecnológicos, redes sociales y plataformas digitales, las cuales permiten que el mensaje llegue a un elevado e indeterminado número de personas. Así se ha visto incrementada su comisión gracias al uso de las citadas tecnologías pudiendo hablar de una categoría de «ciberodio» (*Cyberhate)*[5]. Realmente este término no aparece legislado ni recogido de forma autónoma en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí que se emplea como agravante y también para referirnos a las manifestaciones del discurso de odio que se originan, difunden o amplifican específicamente a través de las tecnologías de la información y la comunicación —las denominadas TIC's— y, en particular, de Internet y las redes sociales. Así, siguiendo a MARABEL MATOS, «es evidente que las TIC's han diluido de tal manera las fronteras físicas, que cualquier usuario puede llegar a ser víctima de ataques indiscriminados en sus bienes y derechos»[6].

---

4 LANDA GOROSTIZA, J-M., *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4ª CP 1995,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª edición, 2018, pág. 63.

5 GORDÓN BENITO, I., *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades del filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 CP,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª edición, 2023.

6 MARABEL MATOS, J.J., "Delitos de odio y redes sociales: el derecho frente al reto de las nuevas tecnologías", *Revista de Derecho UNED,* núm. 27, 2021, pág. 138.

Así, podemos entender que esta «categoría» de ciberodio se caracteriza por una serie de notas que hacen que difiera de ese delito de odio offline. En primer lugar, tenemos la característica de la amplificación, esto es, el contenido puede difundirse o viralizarse con enorme rapidez pudiendo llegar a un público amplio o indefinido, replicarse, reenviarse o permanecer accesible indefinidamente. Por ello, el impacto puede ser mayor que, por ejemplo, un chiste injurioso o un insulto de índole privada. En segundo lugar, contamos con la nota de la deslocalización, pues la conducta tiene lugar en un entorno virtual sin una geografía fija, con autorías anónimas, lo que plantea importantes retos de identificación, competencia y prueba[7]. En tercer lugar, encontraríamos la repetición y acumulación, las redes sociales constituyen, a nuestro parecer, el caldo de cultivo perfecto para que los múltiples usuarios puedan replicar los mensajes a través del «retweet» o «share» o los mensajes directos —MD—, lo que puede generar un importante eco o reforzamiento del mensaje de odio y, por ende, un aumento de su efecto y gravamen. Así pues, la motivación discriminatoria prevalece junto con esa reiteración del mensaje[8]. En cuarto lugar, se incardinan la permanencia y la accesibilidad, el contenido queda registrado en servidores, cachés o capturas de pantalla, lo cual ofrece la posibilidad de rastreo, pero, a su vez, la de manipulación o alteración, haciendo así más compleja su autenticación. En quinto lugar, la aglutinación de públicos, el autor o autores pueden dirigirse a colectivos amplios —por ejemplo, seguidores de una determinada red social—, en lugar de una víctima concreta en un espacio físico. Esto, evidentemente, facilita la incitación de odio con carácter «masivo». Por último, en sexto lugar, se halla la difusión mediática y automatizada, los bots, cuentas falsas —fake users— y los algoritmos que promueven contenidos sensacionalistas pueden aumentar la visibilidad del discurso y el delito de odio en línea, generando así contextos de polarización —echo chambers—.

---

7 Sobre la problemática en torno a la determinación de la extensión y límites de la jurisdicción véase MARTÍN DIZ, F., "Delitos de odio y proceso penal: desafíos y propuestas", *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal (APDPUE),* núm. 8, 2023, págs. 35-68.

8 *Vid.* GARCÍA DOMÍNGUEZ, I., "Delitos de odio online en España. Una revisión sistemática de sentencias (años 2018-2022)", *Revista Española de Investigación Criminológica, V*ol. 22, núm. 2, 2024, págs. 1-20.

En definitiva, el delito de odio online representa una ampliación y transformación del fenómeno típico básico. El medio ya no es solo el escenario habitual, sino que Internet y las redes sociales lo constituyen. A modo de ejemplo la STEDH 45581/15, de 15 de mayo de 2023 (Asunto Sánchez c. Francia)[9] cristaliza una idea clave para el ecosistema digital: el administrador de un espacio en redes con proyección pública debe actuar con diligencia razonable para retirar mensajes de odio de terceros, so pena de responsabilidad penal compatible con el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante). Esta doctrina, entendemos, es relevante para valorar la autoría y la participación en delitos del art. 510 CP cuando el sujeto no es el emisor originario sino el tolerante o el amplificador.

Así pues, este fenómeno del ciberodio que revela un discurso discriminatorio ha dejado de ser exclusivamente humano: hoy en día se propaga con la misma lógica de los algoritmos que lo amplifican. La incitación ya no se limita al mensaje, sino también a la herramienta de difusión que lo multiplica y que, por supuesto, lo mantiene vivo. Así pues, desde la disciplina del Derecho Procesal nos enfrentamos a nuevas fronteras: no solo para identificar a su autor, sino también a cómo y por qué la tecnología decidió amplificarlos. En este punto, la lucha contra el odio online desemboca inevitablemente en el terreno de la Inteligencia Artificial (IA, en adelante) y la prueba algorítmica, cuestión que será abordada en las próximas líneas.

---

[9] Resolución disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-224928%22]}, consulta: 18/08/2025.

III. EL VALOR PROBATORIO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) Y EL EQUILIBRIO CON EL DERECHO DE DEFENSA

III.1. La Inteligencia Artificial (IA) como medida de investigación de los delitos de odio online

El uso de herramientas basadas en la IA para la persecución penal de los delitos, en general[10], y de los delitos de odio en entornos digitales, en particular, consideramos que constituye una de las transformaciones más sensibles del derecho procesal contemporáneo. La IA se aplica, hoy en día, en la detección automatizada de contenidos de odio —monitorización de redes sociales, minería de texto y análisis de sentimiento—, y en el análisis de patrones de comportamiento de usuarios y comunidades virtuales. A modo de ejemplo, en España el Observatorio para la Lucha contra el Racismo y la Xenofobia (OBERAXE, en delante) ha incorporado una nueva metodología denominada sistema FARO, la cual permite acceder a miles de mensajes diarios y a contenidos reportados como discursos de odio en las plataformas[11]. Asimismo, la LALIGA desarrolló en 2023 la herramienta MOOD (Monitor para la Observación del Odio en el Deporte), la cual incorpora un motor de búsqueda que cuenta con una gran cantidad de reglas lingüísticas y algoritmos que identifican y clasifican los mensajes en redes sociales durante cada jornada de fútbol por el contexto y el uso del lenguaje[12]. Ahora bien, como era de esperar, el uso de estas herramientas plantea importantes interrogantes que versan sobre la licitud de la obtención, la fiabilidad de los resultados[13] y la

---

10 *Vid.* BUENO DE MATA, F., "Protección de datos, investigación de infracciones penales e inteligencia artificial: novedades y desafíos a nivel nacional y europeo en la era postcovid", *La Ley Penal,* núm. 150, 2021, págs. 1-20.

11 Información disponible en: https://www.inclusion.gob.es/w/el-oberaxe-incorpora-la-inteligencia-artificial-para-combatir-el-discurso-de-odio-gracias-al-convenio-entre-laliga-y-el-ministerio-de-migraciones, consulta: 09/08/2025.

12 *Vid.* YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, I., "De la grada a la pantalla: la investigación de los delitos y discursos de odio en el fútbol cometidos a través de redes sociales"*, en Investigación y prueba de los delitos de odio cometidos a través de Internet,* (dir. Bueno de Mata, F., coord. Yáñez García-Bernalt, I.), Aranzadi, Madrid, 2025, págs. 107-130.

13 *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., "Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial", en La justicia digital en España y la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro, (dirs. Conde

compatibilidad con determinados derechos fundamentales tal y como se planteará posteriormente.

La IA como herramienta de rastreo y análisis en la fase de instrucción es una realidad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (FCS, en adelante) han comenzado a experimentar con sistemas algorítmicos para identificar publicaciones potencialmente delictivas. En materia de delitos de odio online, las unidades especializadas de la Policía Nacional, la Oficina Nacional de Lucha contra los Delitos de Odio (ONDOD) y de la Guardia Civil han empleado herramientas de monitorización de Internet basadas en procesamiento de lenguaje natural (PLN) y aprendizaje automático[14]. Estas herramientas rastrean palabras clave, hashtags o expresiones vinculadas a colectivos vulnerables. Consideramos que la IA, además, permite detectar patrones de radicalización y conexiones entre perfiles a través del análisis de redes sociales (*social network análisis).* Así pues, se han desarrollado nuevas técnicas como las herramientas OSINT, las cuales generan grandes volúmenes de información que pueden orientar la investigación. Esta es una técnica novedosa que nos permite recabar y analizar la información de fuentes electrónicas abiertas y, en especial, en redes sociales, lo cual sería óptimo para la investigación de los delitos de odio cometidos a través de medios tecnológicos y plataformas digitales[15].

III.1.1. Límites constitucionales y procesales del uso de la Inteligencia Artificial como diligencia de investigación

El uso de la IA como diligencia de investigación que podríamos enmarcar dentro de las de carácter tecnológico, incorporadas a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim, en adelante) a través de la

---

Fuentes, J. y Serrano Hoyo, G., coords. Arrabal Platero, P. y García Molina, P.), Atelier, Barcelona, 2019, págs. 191-206.

[14] Debemos señalar que existen herramientas de modelos de lenguaje transformadores como *BERT o SocialHaterBERT,* las cuales han supuestos un punto de inflexión en esta materia. Se trata de modelos preentrenados con enormes cantidades de texto, lo cual les permite identificar el significado y el contexto de las palabras con una profundidad sin precedentes. *Vid.* DEL VALLE-CANO, G., QUIJANO-SÁNCHEZ, L. (*et.al*), "SocialHaterBERT: A dichotomous approach for automatically detecting hate speech on Twitter through textual análisis and user profiles", *Expert Systems with Applications*, Vol. 216, 2023, págs. 1-17.

[15] BUENO DE MATA, F., *Investigación y prueba de delitos de odio en redes sociales: Técnicas OSINT e inteligencia policial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Ley Orgánica 13/2015, de 13 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, implica su sometimiento a los límites y principios rectores que se recogen en el amplio art. 588 bis LECrim.

Como punto de partida podemos afirmar que la IA como herramienta de investigación se sitúa en la intersección entre la eficacia policial y las garantías constitucionales. Conforme al art. 24 CE, se reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías, la tutela judicial efectiva, la asistencia letrada y a la presunción de inocencia[16]. El empleo de algoritmos basados en la IA plantea tres riesgos, a nuestro parecer, fundamentales. En primer lugar, la falta de transparencia y trazabilidad[17]. Los sistemas de IA suelen funcionar como «cajas negras» (*black box)*. Si las decisiones o los resultados que orientan la investigación no pueden ser explicados ni auditados, entonces existiría una falta de motivación dificultando el control judicial. La opacidad algorítmica se erige entonces como una forma de secreto que podría ser incompatible con el principio acusatorio y la igualdad de armas. La transparencia no es por tanto un lujo, sino una garantía jurídica, esto es, si no conocemos la lógica del algoritmo difícilmente habrá contradicción y defensa, tal y como se abordará en las líneas posteriores[18]. Así la exigencia de transparencia implica que la parte que pretenda usar el resultado ob-

---

16 enga en cuenta el lector que el nuevo Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, de Inteligencia Artificial (*IA Act) ha supuesto una armonización de las normas de los ordenamientos jurídicos de la Unión en el uso de la IA. En el mismo se alude a la necesidad garantizar, en el uso de sistemas de IA, un alto nivel de protección a la salud y a los derechos fundamentales consagrados en la Carta, la democracia y el Estado de Derecho. Vid.* CUADRADO SALINAS, C., *Inteligencia artificial en la justicia penal. Desafíos, oportunidades y límites. Entre la eficiencia y la garantía de los derechos fundamentales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2025. Sobre la protección de los Derechos Fundamentales y garantías procesales véase también MARTÍN DIZ, F., "Derechos y garantías procesales fundamentales: una lectura en clave tecnológica", *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia,* Vol. 10, núm. 1, 2024, págs. 52-81.

17 Recuérdese que la transparencia se debe entender como ese derecho a conocer determinada previa solicitud, implica un derecho de acceso a la información. DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., "Inteligencia Artificial y transparencia", *Derecho Digital e Innovación,* núm. 5, 2020, págs. 1-13.

18 *Vid.* DE HOYOS SANCHO, M., "El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como sector de riesgo", *REDE. Revista española de derecho europeo,* núm. 76, 2020, págs. 9-43; SAN MIGUEL CASO, C., "Inteligencia artificial y algoritmos: la contro-

tenido por la IA como fuente de prueba deberá facilitar una descripción del algoritmo o modelo empleado, las fuentes de datos utilizadas para su entrenamiento, la tasa de aciertos y errores (falsos positivos y/o negativos), las auditorías o certificaciones de calidad o fiabilidad y, por supuesto, la identificación del humano responsable de la decisión y supervisión. Consideramos que estos elementos permiten al juez ejercer su función de control y a la defensa poder impugnar su fiabilidad mediante el perito de parte. El incumplimiento de dicha obligación podría justificar así la exclusión del resultado algorítmico como fuente de prueba al no poder garantizarse su autenticidad ni fiabilidad en virtud del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en adelante).

En segundo lugar, encontramos la posible vulneración del derecho a la intimidad y a la protección de datos (Art. 18 CE). Los algoritmos que rastrean las redes sociales pueden recopilar información de usuarios sin que exista una sospecha individualizada, generando bases de datos masivas que, en ocasiones, exceden el marco de investigación concreta. La recopilación indiscriminada de datos personales sin habilitación legal para ello vulneraría, entonces, el derecho fundamental a la intimidad[19]. En el ámbito de los delitos de odio en línea, estos presentan una particularidad probatoria: el objeto de investigación suele ser una conducta comunicativa pública, no un hecho puramente material. Ello puede llevar a ciertas herramientas de investigación a rastrear redes mediante filtros automáticos que buscan términos o expresiones asociadas al odio racial, religioso o de género. Aunque el método pueda parecer eficiente, entra en tensión con la exigencia de la sospecha individualizada y, por supuesto, con el principio de proporcionalidad que rige la adopción de las diligencias de investigación tecnológicas. La búsqueda automatizada de posibles infracciones en redes sociales sin previa delimitación subjetiva convierte la sospecha en estadística y el proceso penal en una forma de cribado social. Así pues, es esencial tener presente la delimitación de los derechos fundamentales que forman parte de los límites del entorno virtual para poder comprender, al

---

vertida evolución de la tutela judicial efectiva en el proceso penal", *Estudios penales y criminológicos,* núm. Extra-44, 2023, págs. 1-23.

19 Sobre esta cuestión véase CASTELLANOS CLARAMUNT, J., "La gestión de la información en el paradigma algorítmico: inteligencia artificial y protección de datos", *MÉI: Métodos de Información,* Vol. 11, núm. 21, 2020, págs. 42-58; MOLINA CASTEÑER, E., "Protección de datos, Inteligencia Artificial y Administración de Justicia", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías,* núm. 66, 2024, págs. 1-14.

mismo tiempo, las limitaciones con las que el poder público contará a la hora de usar estas tecnologías, cuyo funcionamiento recae, como ya hemos señalado, en los datos personales[20].

Por último, en tercer lugar, encontraríamos el problema del sesgo algorítmico y la discriminación indirecta. Desde un punto de vista técnico el sesgo algorítmico supone una distorsión sistemática de los resultados que se produce por un conjunto de datos o por el propio diseño del modelo de aprendizaje automático. Sería una desviación no justificada ni proporcional que genera efectos adversos sobre los colectivos protegidos constituyendo una forma de discriminación indirecta en los términos, por ejemplo, del art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres o del art. 2.2.b) de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Por tanto, si los datos de entrenamiento de un modelo reflejan unos prejuicios, por ejemplo, raciales o de género, los resultados pueden reproducir esos sesgos estigmatizando así a determinados colectivos. En los delitos de odio esto reviste especial gravedad por cuanto la herramienta empleada para proteger a las minorías podría, paradójicamente, contribuir a su criminalización.

Las causas que generan el sesgo pueden ser diversas, desde datos de entrenamiento desequilibrados donde ciertos colectivos de la sociedad se hallan bien sobrerrepresentados, bien infrarrepresentados, pasando por las variables sustitutivas que codifican indirectamente características sensibles (nombres, ubicaciones o lenguaje que reflejan, por ejemplo, la pertenencia a una determinada clase social), o el diseño de algoritmos opacos que impiden detectar errores o discriminaciones[21]. En el marco de los delitos de odio, los algoritmos que analizan lenguaje natural para identificar discursos de odio pueden incluir expresiones de determinados grupos (por ejemplo, comunidades racializadas o minorías lingüísti-

---

20 *Vid.* RODRÍGUEZ DEL BLANCO, A., "Detectando los riesgos de la Inteligencia Artificial en la instrucción penal", *Revista General de Derecho Procesal,* núm. 64, 2024, págs. 1-66.

21 *Vid.* LAZCOZ MORATINOS, G., "Modelos algorítmicos, sesgos y discriminación", *en FODERTICS 9.0: estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia,* (dir. Bueno de Mata, F., coord. González Pulido, I.), Comares, Granada, 2021, págs. 283-294.

cas) si las bases de datos de entrenamiento no contemplan sus usos culturales o dialectales.

III.2. La prueba algorítmica y el principio de libre valoración de la prueba

Consideramos que los algoritmos que forman parte de una herramienta de IA se encuadran dentro del concepto de prueba electrónica o prueba digital en el seno de un proceso penal. Esta sería la información de valor probatorio que se contiene en un medio electrónico o que ha sido transmitida por tal medio[22]. BARONA VILAR explica que «la incorporación de la prueba algorítmica es una realidad. Así las herramientas que, por ejemplo, almacenan datos y crean un documento concreto podrán tener el valor de prueba documental. Por otro lado, las herramientas de IA que elaboran informes o auditorías podrían tener la consideración de un híbrido entre la prueba documental y la pericial»[23]. A diferencia de la prueba pericial clásica, el algoritmo no razona —calcula—; su lógica interna no siempre es comprensible para el juez ni para las partes. Esa falta de inteligibilidad compromete la función central del proceso: la búsqueda de la verdad material bajo control contradictorio.

Al hilo de lo expuesto debemos tener presente un principio esencial en la actividad probatoria: El principio de libre valoración de la prueba. Este constituye, sin lugar a duda, una operación fundamental en todo proceso y, por tanto, también en el proceso penal, es una operación mental que tiene por objeto conocer el mérito o el valor de la convicción que pueda deducirse de la actividad probatoria[24]. Implica, pues que el juez puede formar su convicción conforme a las reglas de la sana crítica, sin sujeción a tarifas probatorias. Ahora bien, esa libertad

---

22 *Vid.* DELGADO MARTÍN, J., "La prueba digital. Concepto, clases y aportación al proceso", *Diario La Ley,* núm. 6, Sección Ciberderecho, 2017.

23 BARONA VILAR, S., "Algoritmización de la prueba y la decisión judicial en el proceso penal: ¿utopía o distopía?, en *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea,* (dir. Arangüena Fanego, C., De Hoyos Sancho, M. y Pillado González, E., coord. Freitas, P. M.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pág. 154. *Véase también* BUJOSA VADELL, L.M., BUSTAMANTE RÚA, M.M. y TORO GARZÓN, L.O., "La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Vol. 7, núm. 2, 2021, págs. 1347-1384.

24 *Vid.* MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal,* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2008.

no equivale a arbitrariedad, debiendo basarse siempre en la razón, la experiencia y la motivación. En este sentido, cuando interviene la IA, este principio se tensiona, porque el juez puede no estar en condiciones de comprender el algoritmo, lo que impediría entonces valorar racionalmente el resultado. De ahí que podamos hablar de una «apariencia de objetividad técnica» que puede suplantar el juicio crítico del tribunal. La IA, en todo caso, no puede sustituir, a nuestro entender, la sana crítica, sino que la desafía, es decir, tras la apariencia matemática se puede esconder una inferencia cargada de juicios de valor o de sesgos históricos. Así el juez debe recordar que la IA no es una fuente de la verdad, sino un instrumento técnico que puede estar sujeto a error, las herramientas informáticas y de la índole de la IA carecen de un valor probatorio autónomo, su resultado ha de ser verificado, contrastado y valorado conjuntamente con el resto de las pruebas.

Para que el juez pueda ejercer su libertad de valoración, la prueba algorítmica deberá cumplir con los criterios mínimos de fiabilidad y verificabilidad, así como explicabilidad. Los elementos tecnológicos solamente serían válidos sin el tribunal puede razonar, a partir de los datos aportados, su credibilidad objetiva. De este modo, la libertad del juez no exime del deber de verificar la solidez empírica de la prueba. La valoración debe estar guiada por criterios racionales: fiabilidad del método, control de sesgos, margen de error, coherencia con otros medios de prueba y transparencia del proceso técnico. En el marco de los delitos de odio, hay que tener también en cuenta el sentido o la intención con que son usadas las expresiones y el contexto, puesto que el lenguaje admite interpretaciones diversas[25]. Así, si un algoritmo califica un mensaje de odio sin el debido análisis contextual, el juez no debería aceptar esa clasificación como válida, hacerlo supondría a renunciar a su función valorativa, quebrando así el principio de libre valoración.

En los delitos de odio, donde la frontera entre el discurso punible y el ejercicio legítimo de la libertad de expresión es extremadamente delicada, la libre valoración judicial cumple una función esencial de equilibrio constitucional. El algoritmo puede detectar el lenguaje, pero no medir el daño simbólico ni, quizá, la intención discriminatoria ni el contexto histórico. Solamente a través de la interpretación humana, racional y motivada, se podrá determinar si estamos ante un hecho tipificado como delito. Por tanto, la función del juez no será la de aceptar el resultado

---

[25] STS 95/2018, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de febrero de 2018, FJ.2.

técnico, sino que habrá de desempeñar una función de contraste e integración crítica en su convicción.

III.3. La efectividad del derecho de defensa.

No menos importancia tiene en este análisis el derecho de defensa, el cual constituye la piedra angular del proceso penal español al reconocerse en el art. 24.2 CE el deber de garantizar a todo acusado la defensa y asistencia de letrado. El derecho de defensa se erige, como bien señala FAIRÉN GUILLÉN, «como un principio político del proceso penal, característico del sistema acusatorio y fundamental»[26]. La irrupción de la IA como herramienta de investigación de los delitos de odio en línea supone una alteración del equilibrio procesal tradicional. La defensa se enfrenta ahora a nuevas formas de evidencia, complejas, técnicas y opacas, que pueden poner en riesgo o dificultar el ejercicio pleno de la contradicción, la comprensión del material probatorio y la posibilidad de impugnar los mecanismos empleados para la obtención de los datos que se arrojan.

La efectividad del derecho de defensa, en este contexto, exige no solo la presencia formal del acusado y su letrado, sino la comprensión técnica y procesal de las pruebas producidas por sistemas algorítmicos. El riesgo no es meramente teórico: el proceso puede degenerar en una apariencia de justicia si la defensa carece de los instrumentos necesarios para discutir la fiabilidad o legalidad de los resultados que la acusan. Así pues, la efectividad de este derecho se ve comprometida debido a diversos factores específicos en el contexto de la IA. Por un lado, la ya mencionada opacidad técnica y la falta de explicabilidad, la generación de cajas negras conlleva que ni el acusado, su defensa o el juez, puedan conocer los criterios exactos que llevaron al algoritmo a identificar un contenido como potencialmente delictivo[27]. Esto vulneraría el principio de contradicción y el derecho a la información, así como el derecho a un proceso con todas las garantías. En este sentido el nuevo Reglamento

---

[26] FAIRÉN GUILLÉN, V., "La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema procesal acusatorio español", *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 22, Fasc/Mes, 2, 1969, págs. 229-268.

[27] *Vid.* PÉREZ ESTRADA, M.J., "La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Vol. 7, núm. 2, 2021, págs. 1385-1410.

de Inteligencia Artificial refuerza este punto al exigir en su art. 13.2 la transparencia y explicabilidad de los sistemas de IA de alto riesgo, entre ellos los usados en el ámbito penal[28]. En segundo lugar, surgen dificultades para proponer pruebas periciales de contraste, es decir un perito de parte. En los delitos de odio, los informes automatizados -por ejemplo, de análisis lingüístico o de rastreo de las publicaciones que se derivan del uso de herramientas de monitorización- se pueden presentar como informes técnicos cerrados. La defensa para contradecirlos implicaría el acceso al código, datos de entrenamiento o parámetros del algoritmo, lo cual ocurre por motivos de confidencialidad o secreto empresarial. En tercer lugar, puede darse una asimetría informativa y una desigualdad de armas. A modo de ejemplo, las FCS disponen de tecnología avanzada para el rastreo digital —como técnicas OSINT o herramientas PNL—, mientras que la defensa carece de los mismos recursos técnicos o equivalentes. Esto genera entonces una asimetría de información que deviene contraria al principio de igualdad de armas y, por ende, al derecho a un proceso con todas las garantías (Art. 24 CE y también art. 6 CEDH), el cual exige que ambas partes puedan participar en el proceso de manera equilibrada y que ostenten las mismas oportunidades[29]. En cuarto y último lugar, encontraríamos la problemática de la ambigüedad del discurso y la complejidad técnica. Entendemos que en tipos penales como es el de los delitos de odio y más aún cuando se comete a través de medios tecnológicos, la línea entre la crítica legítima, la sátira o la incitación al odio es ciertamente delgada. Un sistema de IA que analiza el texto sin un contexto, como ya hemos señalado, puede malinterpretar expresiones, ironías o los famosos «memes». Si el juzgador no revisa críticamente los resultados obtenidos y la defensa no puede impugnar su lógica, se corre el riesgo de criminalizar entonces discursos legítimos que se amparan en el derecho a la libertad de expresión del art. 20 CE.

---

[28] El mencionado precepto alude a la necesidad de que se incluya información concisa, completa, correcta, clara, pertinente y accesible. Esa información estará integrada, entre otros elementos por: la identidad y datos de contacto de los proveedores, finalidad prevista, características, capacidades y limitaciones del sistema de IA de alto riesgo, cambios en el sistema, medidas de supervisión humana, etc.

[29] El principio de igualdad de armas, como explica CALAZA LÓPEZ, «supone una proyección del principio general de igualdad ante la Ley proclamado en nuestra Constitución». *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S., "Principios rectores del proceso judicial español", *Revista de Derecho UNED,* núm. 8, 2011, pág. 58.

Para poder hacer efectivo, entonces, el derecho de defensa en causas donde tenemos una intervención de la IA se habrá de exigir un auténtico acceso a la información técnica esencial del sistema empleado, el cual habrá de centrarse en los siguientes extremos: tipo de algoritmo empleado, base de datos utilizada, criterios seguidos para la selección de ciertas palabras o expresiones, la tasa de error y los sesgos detectados y, por supuesto, los procedimientos de validación. Negar dicho acceso y su contenido podría suponer una vulneración del art. 118.1.b) LECrim el cual reconoce el derecho del investigado a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa. En todo caso habrán de documentarse los tratamientos automatizados que afecten a derechos fundamentales. En este sentido la defensa podrá invocar el contenido del art. 14 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, en virtud del cual se prohíben las decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado.

IV. CONCLUSIONES

La evolución tecnológica ha situado a la esfera jurídica ante un desafío estructural: garantizar la justicia en un entorno gobernado por los datos, los algoritmos y las herramientas de IA. En el ámbito penal, y especialmente en la persecución de delitos de odio *online,* esta tensión alcanza su máxima expresión. La IA, concebida como un instrumento de progreso y eficaz para la detección de este tipo de conductas, puede convertirse en un verdadero riesgo si su uso tiene lugar sin control alguno, en ausencia de transparencia y sin comprensión jurídica suficiente.

En las líneas anteriores se ha pretendido demostrar cómo los delitos de odio se han transformado en un fenómeno digital complejo y amplificado por las lógicas algorítmicas de las redes sociales. La nueva categoría del «ciberodio» no responde solamente a la voluntad de un sujeto, sino también a una arquitectura tecnológica que prioriza la polarización y la viralización en la red. Los algoritmos de recomendación y difusión han dejado de ser meros intermediarios para convertirse en actores que moldean el discurso público. Ante esta realidad, el Derecho no puede limitarse a perseguir al autor material del mensaje: debe entender cómo los sistemas tecnológicos amplifican o condicionan la

manifestación del odio. No se trata de criminalizar la tecnología, sino de integrarla críticamente en la valoración jurídica del hecho.

El uso de la IA como diligencia de investigación tecnológica que permite obtener, asimismo, fuentes de prueba, plantea un conflicto entre la eficacia procesal y las garantías constitucionales. La promesa de objetividad tecnológica es, en muchos casos, una ilusión. Los algoritmos no son neutrales: heredan los sesgos de los datos y de quienes los programan. Cuando un sistema automatizado identifica mensajes de odio o perfiles de riesgo, puede reproducir prejuicios raciales, culturales o ideológicos. Si el juez acepta sin cuestionamiento esos resultados, la justicia podría correr el riesgo de convertirse en un acto de fe en una máquina opaca, vulnerando los principios de contradicción, defensa e igualdad ante la ley.

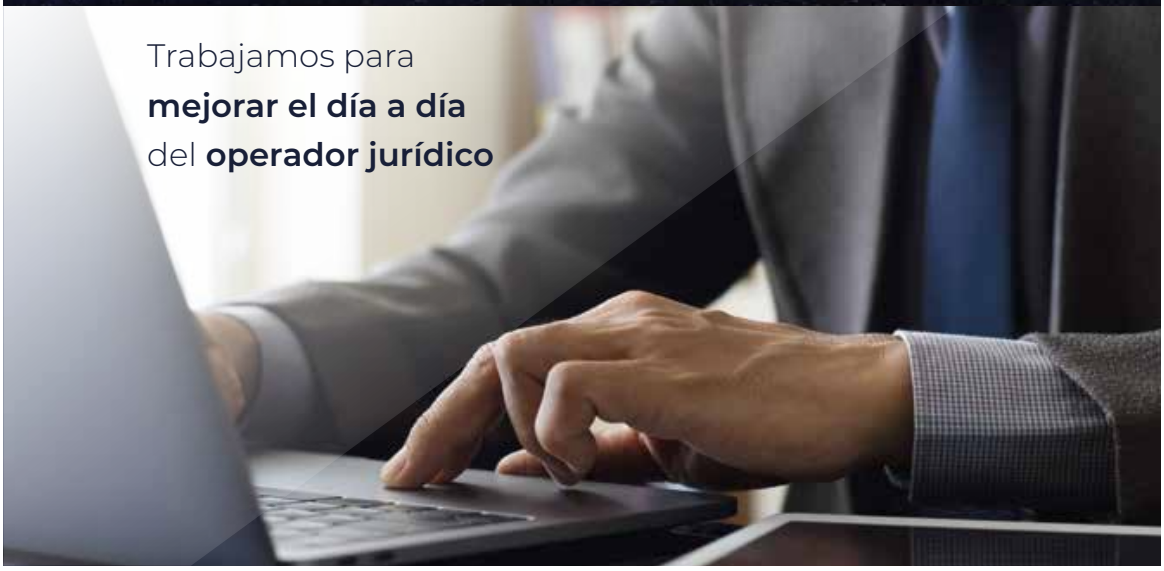
Ante esta situación la efectividad del derecho de defensa se erige como el núcleo de resistencia del proceso penal frente al automatismo tecnológico. La defensa no puede ejercerse si el investigado y/o encausado desconoce el método, los datos o el criterio del algoritmo que lo incrimina. Negar ese acceso vulnera el principio de igualdad de armas y la posibilidad real de contradicción. En un proceso donde interviene la IA, el derecho de defensa debe ampliarse para incluir el derecho a comprender la tecnología. El letrado necesita herramientas técnicas y jurídicas que le permitan impugnar los resultados algorítmicos con el mismo rigor con que impugna una prueba pericial humana. La defensa efectiva del siglo XXI será también una defensa tecnológicamente informada. En tal sentido la transparencia y la explicabilidad de los sistemas de IA han de concebirse como exigencias procesales básicas, pues no hay contradicción posible si no se conoce la lógica del funcionamiento del sistema. El juez, como garante, no puede valorar aquello que no comprende. La sentencia habrá de reflejar, mediante una motivación reforzada, cómo se ha integrado el resultado algorítmico en la convicción del juzgador, qué peso probatorio se le atribuye y por qué la considera fiable.

Entienda el lector que la modernización tecnológica de los sistemas de justicia penal no debe confundirse con deshumanización. La IA puede ser una poderosa aliada en la detección y persecución del «ciberodio», pero solo si permanece subordinada a un auténtico control humano, al principio de proporcionalidad y a las garantías procesales. El proceso no ha de oponerse al progreso sino, más bien, domesticarlo en el sentido de encauzar la innovación tecnológica dentro del marco

constitucional del debido proceso y el respeto de los derechos procesales fundamentales. Así pues, el futuro de nuestra justicia penal en este sentido dependerá de nuestra capacidad para mantener el equilibrio real entre eficiencia y garantías, entre el algoritmo y lo humano porque, en última instancia, ningún sistema, por avanzado que sea, podrá sustituir esa mirada crítica y racional del juez humano. Así entendemos que la tecnología podrá asistir al Derecho, pero el ser humano será quien habrá de impartir justicia.

tirant PRIME

Inteligencia jurídica en expansión



Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

96 369 17 28

atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/