



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL

RPIJ

REVISTA DEL PODER JUDICIAL

NÚMERO

91

QUINTA
ÉPOCA

AÑO **2011**



© 1986 by Consejo General del Poder Judicial

Editor: Consejo General del Poder Judicial

Director: Antonio Monserrat Quintana, *Vocal del Consejo General del Poder Judicial*

Directora Adjunta: Almudena Lastra de Inés, *Vocal del Consejo General del Poder Judicial*

Consejo de Redacción: Margarita Uría Etxebarria, Ramón Camp i Batalla, Miguel Collado Nuño, *Vocales del Consejo General del Poder Judicial*

Secretario: José Luis de Benito y Benítez de Lugo, *Jefe del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial*

ISSN: 1139-2819

Depósito Legal: M-12.338-1990

Diseño, maquetación e impresión: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado

La Revista no se identifica necesariamente con el contenido de los trabajos que se publican en ella.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Sumario

1	Editorial, ANTONIO MONSERRAT, Vocal del CGPJ y Director de la Revista del Poder Judicial	2
2	Tribuna, Tribunal Supremo/Tribunal de Casación. JUAN SAAVEDRA RUÍZ, Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo	4
3	Entrevista, JAVIER ROJO, Presidente del Senado	12
4	Reportaje, Incidencia de los informes a anteproyectos de leyes y disposiciones generales elaborados por la Comisión de Estudios e Informes y aprobados por el Pleno durante el actual mandato del Consejo General del Poder Judicial	15
5	Foro de opinión: «La cooperación judicial internacional»	
	<i>Cooperación judicial penal en Europa. De la escasez a la abundancia.</i> ANDRÉS PALOMO DEL ARCO, Presidente de la Audiencia Provincial de Segovia	27
	<i>Cibercrimen y cooperación judicial. Especial referencia a los ISP alojados en EE.UU.</i> JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ SISCART, Magistrado de la Audiencia Provincial de Tarragona	31
	<i>Intervención por videoconferencia internacional del imputado y crítica de la razón práctica.</i> MARÍA POZA CISNEROS, Magistrada del Juzgado de lo Penal 4 de Murcia	43
6	Comentarios jurisprudenciales, Sección coordinada por FERNANDO ROMÁN GARCÍA, Magistrado. Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo	51
	SALA 1ª.- INMISIONES Y DAÑO MORAL: Ruidos y vibraciones en viviendas por la actividad de industrias del mármol debidamente autorizadas y preexistentes a la adquisición o edificación de las viviendas. Improcedencia de indemnizaciones por pérdida de valor de las viviendas y por daño moral. Comentario a la STS (del pleno) 12/01/2011 (recurso de casación y extraordinario por infracción procesal nº 1580/2007. Ponente: Marín Castán). - Jaime Maldonado Ramos. Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo	51
	SALA 2ª.- LA EFICACIA DE LAS ACTUACIONES PROCESALES DECLARADAS NULAS PARA INTERRUMPIR LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO (Sentencia nº 1169/2010, de 3 de junio de 2011).- Miguel Ángel Encinar del Pozo. Letrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo	58
	SALA 3ª.- EL CUENTADANTE Y EL EXTRANEUS: AMBITO DE LA JURISDICCION DEL TRIBUNAL DE CUENTAS. Ramón Castillo Badal.- Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo	63
	SALA 4ª.- PAREJAS DE HECHO Y PRESTACION DE VIUDEDAD. (STS DE 3 DE MAYO DE 2011). Manuel Fernández-Lomana García. Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo	70
	SALA 5ª.- LA NO REVISABILIDAD DE LOS "CONSEJOS DE GUERRA".- Eduardo de Urbano Castrillo. Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo	77
7	Resumen de noticias	83
8	Bibliografía	90
	BAJO LA LUPA. <i>La justicia de la Unión Europea</i> (Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer), por GERVASIO MARTÍN MARTÍN. Magistrado. Letrado del CGPJ	101
9	Agenda	107



Antonio Monserrat Quintana. Vocal del Consejo General del Poder Judicial y Director de la Revista

La nueva etapa del Consejo General del Poder Judicial, en unas circunstancias absolutamente novedosas en el entorno político, económico y social, aconsejaban también un cambio en la Revista que sirve, entre otros, de medio de comunicación con la ciudadanía.

El Consejo inició su andadura bajo el lema, proclamado por el Presidente Carlos Dívar, de *Es la hora de la Justicia*. Poco después, como expresión del ánimo que nos inspira, acuñábamos otro: *La Justicia, a tu servicio*. De esta manera, se ponía el acento en el espíritu que ha de regir a los integrantes y titulares del Poder Judicial, que es, sí, *Poder independiente*, pero también *Administración*, es decir, que ha de servir a los ciudadanos. Si no es así, no sirve para nada.

Hemos pretendido que la Revista sea, ante todo, institucional, alejada de partidismos, abierta y dialogante, como un instrumento de concordia y consenso. Las restricciones presupuestarias han exigido aligerar el formato de la anterior; pero a la vez se ha aprovechado esta necesidad para intentar hacerla virtud, procurando un producto más

sugestivo y ágil. Al juicio de los amables lectores nos sometemos.

Echando una mirada atrás, salta a la vista que el nuevo Consejo y, por supuesto, los jueces y magistrados, y todos los integrantes del Poder Judicial, han trabajado mucho y bien, soportando cargas abrumadoras y en condiciones tantas veces inadecuadas. Sin embargo, el balance positivo es evidente. Basta considerar que los jueces y magistrados, en número aproximado de 5.000, están dando respuesta a no menos de 9.300.000 asuntos!

Otras cifras y datos significativos son que desde el inicio del actual Consejo se han producido 785 nuevos accesos a la Carrera Judicial; se han creado 445 nuevas plazas de jueces y magistrados; se han aprobado 1.541 medidas de refuerzo; se ha puesto solución a la cuestión de los riesgos laborales de la Judicatura; se está llevando a cabo un ambicioso y complejísimo Plan de Modernización, entre cuyos objetivos principales se halla la interoperabilidad de los sistemas informáticos, que haga posible la comunicación fluida no sólo en el seno de la Administración de Justicia, sino con las demás Administraciones, utilizando el fundamental *Punto Neutro Judicial*, verdadero *hub* por donde discurre toda la operatividad entre y dentro de las instituciones relacionadas con la Justicia.

Desde el inicio del actual Consejo se han producido 785 nuevos accesos a la Carrera Judicial; se han creado 445 nuevas plazas de jueces y magistrados; se han aprobado 1.541 medidas de refuerzo

El Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) ha experimentado también mejoras sustanciales, ofreciendo bases de datos jurisprudenciales y legislativos de altísimo nivel técnico, y que dan servicio incluso a

Instituciones Europeas que han sabido apreciar su excelencia.

En el área de los jueces y magistrados jubilados, se ha establecido un Convenio con el Consejo Superior de Cámaras, a los efectos de que puedan actuar como árbitros en los litigios administrados por ellas. Se ha aprobado un nuevo y mucho más beneficioso Reglamento de la Carrera Judicial, con la creación de la figura de los Jueces de Adscripción Territorial, que cubren con mayor agilidad las necesidades perentorias que surgen en los territorios de los distintos Tribunales Superiores de Justicia.

También, en materia de nombramientos discrecionales, se les ha dotado de mayor transparencia, con comparencias públicas, que, una vez superadas las primeras reticencias, han demostrado tener una gran utilidad al permitir a los candidatos la exposición de sus diversos currículos y del plan de actuación previsto para el puesto pretendido.

En el campo internacional, se ha consolidado el papel de España en la Cumbre Judicial Iberoamericana, de la que el Consejo sirve la Secretaría Permanente; hemos continuado y aumentado nuestra actuación en la Red Europea de Consejos de Justicia, ostentando la presidencia el Presidente de la Comisión de Relaciones Internacionales; la Escuela Judicial es modelo para muchos países; y son también muy notables las aportaciones a la Cooperación al Desarrollo, sin olvidar el continuo y complejo trajín del Auxilio Judicial Internacional, activo y pasivo.

Se ha venido hablando mucho de una supuesta politización de la justicia. Tengo el convencimiento de que más bien hay quienes desearían politizarla

Todo ello junto a las demás Comisiones y Servicios, en particular la Comisión de Comunicación, con la Portavocía del Consejo; la de Estudios e Informes; la Disciplinaria; la de Calificación; la de Inspección; Estadística; etc., amén de las que cubren áreas internas del propio Consejo, como la Presupuestaria, Secretaría General, y, cómo no, la de Modernización e Informática, que juega un importantísimo papel en la necesaria e inaplazable reforma de nuestro ya obsoleto sistema judicial.

Un último apunte: se ha venido hablando mucho de una supuesta *politización de la justicia*. Tengo el convencimiento de que más bien hay quienes desearían politizarla. Y si pretenden afirmar que los jueces dicen el derecho según sus particulares fobias o filias políticas, se equivocan de medio a medio. Los jueces y magistrados se someten a la ley, y sólo a la ley. Tal parece que algunos preferirían otra cosa y no vacilan en calumniar, sin comprender que la Justicia es el último y más poderoso bastión del Estado de Derecho. En cualquier caso, la realidad, demostrada por el incremento constante de los asuntos que llegan a los tribunales, manifiesta a las claras que los ciudadanos siguen confiando en sus jueces. A pesar de los pesares.

Es claro que queda mucho por hacer, y que no todo han sido aciertos. Pero, por elemental justicia, hay que reconocer que el balance es positivo, y que el impulso inicial no se ha desvanecido, en el común anhelo de mejorar nuestra Administración, al servicio de la ciudadanía.

tribunal **supremo**/tribunal **de casación**

Juan Saavedra Ruiz

Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo



Amable lector, las páginas que siguen son meras reflexiones del autor a propósito del título que antecede, no siendo por ello un estudio científico, sustantivo o procesal, de la cuestión. Ello significa que me siento liberado de incorporar citas o notas a pie de página o de adoptar una posición institucional.

I. No es ocioso recordar que la existencia de un Tribunal Supremo (en adelante T.S.) en los estados democráticos (y también en los no democráticos) se presenta como inexcusable en la organización política de los mismos. El T.S. encarna el vértice superior del poder judicial, con independencia de otras funciones coyuntu-

rales u oportunas como el enjuiciamiento de aforados o competencias gubernativas en el ámbito del mismo. Pero quiero subrayar su función jurisdiccional en relación con la legislación ordinaria, es decir, la que emana del poder legislativo ordinario y no del constituyente.

Desde esta perspectiva es insustituible e imprescindible. De lo contrario, los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad, comunes a todas las naciones civilizadas, aunque pueden hacerse todas las matizaciones que se quiera, no serían viables: el estado no podría subsistir como tal en el marco de un régimen democrático por muy laxos que sean los criterios para reconocer su existencia.

Sin embargo, si extendemos nuestro conocimiento al ancho mundo que nos rodea, no es posible afirmar lo mismo en relación con otros órganos o instituciones que tienen rango constitucional en unos países pero otros aparecen huérfanos de las mismas, sin que ello altere la calidad democrática de su estructura y funcionamiento. Podríamos establecer un cuadro comparativo de las principales naciones del planeta, o considerar más extensamente las que forman parte de las Naciones Unidas, para alcanzar la conclusión que se apunta: los TT. SS., como supremos árbitros de la legalidad ordinaria, no son prescindibles en el organigrama de ningún estado. Por el contrario, la atribución autónoma a otros órganos de la guarda de los valores constitucionales, de la constitucionalidad de las leyes o de la independencia y gobierno de los jueces, es fruto de decisiones políticas, históricas u oportunas.

Pongamos el ejemplo de cuatro estados próximos a nuestro ámbito político, como son, por una parte, EE.UU. y Francia, donde no existe corte constitucional, lo que no significa que la acomodación de la legislación al texto supremo no sea ejercida por los propios tribunales y por el T.S. o por el Consejo Constitucional, respectivamente, que tiene perfiles propios. Por el contrario, en Alemania e Italia sí existen Tribunales Constitucionales (T.C.), pero el segundo no abarca el recurso de amparo.

Es interesante componer un cuadro que alcance un significativo número de estados y comparar la presencia conjunta o parcial en su organización política del T.S., T.C. o Consejo de la Magistratura o similar, para admitir que solo el primero aparece constante en todos ellos.

También es significativo subrayar que el T.S. asume en muchos casos el control constitucional de la legislación ordinaria pero las cortes constitucionales no ejercen funciones en relación con la unidad de la interpretación de aquella.

Antes de seguir adelante debo hacer una matización importante. El T.S. puede ser concebido orgánicamente como la instancia judicial ordinaria superior a todas las demás, el vértice orgánico del poder judicial, con independencia de las competencias que le vengán atribuidas por la constitución o las leyes. Sin embargo, en estas reflexiones contemplo esencialmente su función o competencia más genuina, el recurso de casación, lo que diferencia cualitativamente su posición jurídico-procesal del resto de los tribunales, hasta el extremo que se ha afirmado que el recurso de casación es más que un remedio procesal una institución política del estado, tomando indudablemente como referencia los orígenes y el ulterior desarrollo de la casación. Sólo como depositario exclusivo de este recurso alcanza plenamente su función, que no es otra que la efectiva realización de los principios señalados más arriba: legalidad, seguridad e igualdad. De esta forma su trascendencia jurídico-política estriba en la vertebración jurídica del estado, lo que constituye una consecuencia de su función de garante de la unidad del orden jurídico, como se acepta en todos los derechos europeos que lo han acogido con una u otra denominación desde el siglo XIX.

Pero ello, hoy en día, no quiere decir que la función de garantizar la unidad del

Se ha afirmado que el recurso de casación es más que un remedio procesal una institución política del estado

ordenamiento jurídico deba entenderse exclusivamente referida a la «cuestión de derecho». Esta concepción de la casación clásica, separación rigurosa entre la aplicación del derecho y la premisa menor, se fue superando ya desde el primer tercio del siglo XX por no resultar aceptable desvincular el juicio casacional del caso particular y de su decisión justa. De esta forma, debe formar parte también de su ámbito la revisión del derecho procesal aplicable a la resolución del caso, es decir, del procedimiento aplicable para la fijación del hecho, incluyendo las reglas que disciplinan la prueba y su valoración.

No es fácil establecer un límite preciso entre el juicio de hecho y de derecho propio de la casación, pero parece que el criterio más seguro es utilizar como línea divisoria el principio de inmediatez. Todo ello implica que en el fondo el ámbito cualitativo de la casación no depende de la generalidad del recurso de apelación, con las matizaciones que expondré más abajo. Admitiendo que solo sean accesibles al T.S. las sentencias o autos dictados en grado de apelación, el ámbito de su conocimiento no puede variar excepto si volviésemos al concepto clásico de la casación desvinculado de la decisión justa del caso concreto. Por ello el instrumento necesario para hacerla sostenible cuantitativamente es el interés casacional. La unificación de doctrina para resolver las contradicciones de los tribunales inferiores no es satisfactoria. El recurso de casación es un recurso de infracción de ley, no solo sustantiva sino también procesal en los términos indicados, las reglas del procedimiento aplicable a la fijación de los hechos.

Cuestión distinta es cómo las leyes procesales organicen el recurso de casación, de lo que me ocuparé más adelante, bien a través del sistema de unificación de doctrina, de la casación caso a caso, del interés casacional o del planteamiento

de la cuestión prejudicial. Lo que es incompatible con la función casacional en el sentido apuntado, insisto en ello, es hacer del tribunal de casación una instancia meramente arbitral destinada a dirimir las diferencias interpretativas entre los tribunales inferiores, porque si ello fuese así serían éstos los que fijarían la doctrina aplicable.

II. Es evidente que historias y culturas diferentes, aun dentro de la misma civilización, arrojan resultados no homogéneos en la organización política de la comunidad. Pero ello no significa que la calidad del sistema democrático sea susceptible de graduaciones distintas en función del número de órganos concurrentes, bien entendido que el núcleo inabitable se sustenta en la división de poderes, aunque más desdibujado en la relación ejecutivo-legislativo, pero normativamente separados, y sólidamente impermeables en relación con el judicial.

Si no fuese así no sería posible la justicia de la solución de los conflictos intersubjetivos y de los ciudadanos frente a la administración. Ello se traduce en la independencia de los jueces como su cualidad más genuina, consecuencia lógica de la división de poderes. La independencia es un valor democrático que debe ser preservado en primer lugar por los otros dos poderes y el resto de las instituciones del estado de forma absoluta. Poner en cuestión esta cualidad judicial, incluso fuera del campo normativo, equivale a alterar gravemente el funcionamiento del régimen democrático.

Es cierto que la libertad de expresión en un régimen de opinión pública es consustancial al sistema democrático y abarca la crítica abierta a las actuaciones de los poderes del estado, incluido el judicial, pero ello no significa que en relación con el mismo no puedan deslizarse ciertas matizaciones, como ya hizo el T.E. D.H. en el caso de Haes y Gijssels contra Bélgica (S. de 24/2/97), donde se viene a sostener que la acción de los tribunales que son garantes de la justicia y cuya misión es fundamental en un estado de derecho, tiene necesidad de la confianza del público y conviene protegerla de los ataques sin fundamento, porque el deber de reserva impide a los magistrados reaccionar, lo que autoriza ciertas restricciones de aquella libertad, que constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial en la confianza del público.

También el T.C. (A.T.C. de 26/4/2001, número 100/2001) distingue si la crítica se dirige contra la resolución judicial o contra la persona o personas que la dictaron o si por su forma y contenido merece ser calificada como tal crítica o un escrito destinado a descalificar gratuitamente la función de los tribunales.

Desde luego estos razonamientos forman parte del comportamiento exigible en una sociedad democrática, basado en el respeto de las reglas del estado de derecho, siendo una de ellas la preservación por todos de la independencia de los tribunales.

A partir de lo que podríamos denominar superestructura de la independencia el resto del contenido de esta cualidad corresponde a sus destinatarios.

Por ello una cuestión especialmente delicada es la selección y designación de los jueces en su origen y destinos posteriores. Sin prejuzgar ninguno de los sistemas vigentes, cada uno es hijo de su propia tradición histórica y cultural, lo cierto es que la manoseada pauta del «mérito y capacidad» se nos presenta hoy en día como escasamente satisfactoria, pues si se tratase de un criterio verdaderamente eficiente los nombramientos no tendrían por qué dilatarse. Lo que sucede realmente es que el contenido de dicha pauta debe abarcar la globalidad de la personalidad de cada uno y hay motivaciones que no pueden manifestarse expresamente sin grave menoscabo de la convivencia. Cualquier sistema tiene que cumplir, en todo caso, dos premisas: debe generar la suficiente confianza en la sociedad y asegurar su imparcialidad, pues esta cualidad de los jueces en ejercicio debe retrotraerse a su designación. Por ello lo único verdaderamente decisivo, si fuese posible, sería abandonar las composiciones ideológicas.

Debo añadir algo más antes de concluir este apartado. El T.S. es el último eslabón de una cadena que constituye el camino procesal en aquellos supuestos en los que está previsto el recurso extraordinario de casación, casos que permiten al T.S. realizar su función casacional. Ello significa dos cosas:

En primer lugar, la recepción, análisis, control y decisión en relación con las resoluciones recurridas, lo que significa el conocimiento en profundidad de las razones y argumentos que integran las mismas, de forma que la

jurisprudencia tiene a las mismas como punto sustancial de referencia para su evolución. Ello constituye una verdadera interdependencia judicial que impide el aislamiento del T.S. Por ello la casación no es obra exclusiva del T.S.. La realidad judicial debe ser interdependiente y lo que hemos señalado hasta ahora alcanza al sistema judicial en su conjunto.

En segundo lugar, al T.S. no es posible que accedan todas las resoluciones dictadas por los jueces, audiencias y tribunales superiores. Sin embargo, la casación no puede quedar reducida a la decisión del caso concreto, sino que la doctrina del tribunal de casación debe vincular al resto de los órganos judiciales si queremos hacer efectivos los principios de legalidad, seguridad e igualdad, lo que hace posible, ya lo hemos indicado, la vertebración jurídica del estado. Si ello no fuese así la predictibilidad jurídica sería imposible y ello conllevaría el caos en las relaciones jurídicas pues no es posible que todas las causas sean revisadas por el T.S. De aquí surge la necesidad de la vinculación de la doctrina casacional no solo como argumento de autoridad sino como presupuesto para el correcto funcionamiento del estado de derecho. El T.S. no crea normas jurídicas sino interpreta y aplica las mismas complementando de esta forma el ordenamiento jurídico.

Se trata de la antigua discusión sobre la vinculación vertical de la jurisprudencia. Admitida hoy la necesidad de la interpretación de la ley para ser aplicada, agotada la gramatical propia de los orígenes de la casación, es evidente que pueden suscitarse distintas interpretaciones de la misma, de forma que surge el problema de su incompatibilidad con el principio de igualdad en la aplicación de la ley en el territorio donde está vigente, es decir, es preciso fijar una de ellas y aplicar la ley conforme a la misma.

De aquí surge la necesidad de la vinculación de la doctrina casacional no solo como argumento de autoridad sino como presupuesto para el correcto funcionamiento del estado de derecho

El problema está resuelto expresamente por el legislador en relación con la jurisprudencia constitucional, pero no por lo que hace al T.S. Lo que sucede es que admitiéndose generalmente que la casación es un recurso para la «unificación de doctrina», constituye una consecuencia impuesta por la práctica la vinculación de los tribunales inferiores a la doctrina del T.S.

Se arguye en contra de la vinculación que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley. Ello es cierto, pero la ley precisa ser interpretada como operación previa a su aplicación y no puede entenderse la vinculación dimanante de la interpretación jurisprudencial de la ley como contradictoria con la debida a ésta. La interpretación, vuelvo a repetir, es interdependiente y el T.S. recoge, analiza y decide en relación con la de los tribunales de instancia, debiendo prevalecer la igualdad y la unidad del ordenamiento. Con acierto en el proyecto de reforma del Gobierno de diciembre de 2005 se recogía expresamente la vinculación de la jurisprudencia del T.S., lo que creo que debe mantenerse en el próximo.

III. Vistos los planteamientos precedentes, vamos a proyectarlos sobre el estado actual de la casación, singularmente de la penal.

Cada rama jurisdiccional tiene sus peculiaridades y no es posible una regulación absolutamente homogénea para todas ellas, si bien hay que partir de un tronco común nuclear que defina y marque el desarrollo procesal de cada recurso. Los principios casacionales tienen un alcance jurídico-político porque la casación, debemos insistir en ello, antes que una regulación procesal, es una institución política del estado. Sentados los mismos con rango constitucional o cuasi constitucional, su desarrollo es esencialmente procesal.

Así, en el primer aspecto, la definición del tribunal atribuido y su posición de supremacía en relación con el resto de los órganos que integran el sistema judicial del estado; también, cuando existan otros órganos constitucionales (de control constitucional o de gobierno), la precisión del alcance de sus competencias y funciones respecto del de casación; el sistema de organización del recurso, sea unificación de doctrina, interés casacional o caso a caso; la vinculación de la doctrina del tribunal de casación; o el estatuto del tribunal y de los jueces que lo integran, precisando incluso su propia dimensión (si es un recurso extraordinario, ¿se integra directamente en la protección ordinaria de los derechos fundamentales ex. artículo 53 C.E., o ello permite que pueda cerrar el sistema de amparo en los casos en que así se estableciese, máxime generalizada la doble instancia?).

Su desarrollo procesal debe prestar especial atención a la fase de admisión. Es la más genuina de los tribunales de casación. Esencial porque se valora el interés casacional en abstracto y en el caso concreto, constituyendo el filtro que permitirá al tribunal realizar su ulterior función jurisprudencial en condiciones óptimas de trabajo. En materia de admisión/inadmisión las reglas procesales deben ser las justas atinentes al trámite, correspondiendo al propio tribunal establecer el interés casacional. El resto de competencias del T.S. son accesorias, a excepción quizá del recurso de queja por denegación de la preparación del recurso cuando ello corresponda al tribunal cuya resolución es la recurrida. En cualquier caso, siempre debe ser posible plantear al tribunal de casación cualquier cuestión que por su interés o trascendencia deba ser decidida por el mismo con efecto vinculante general, ya sea revisión, competencia o ejecución.

Por lo que hace a la competencia en materia de aforados nada tiene que ver con su función de tribunal casacional. Es una decisión política oportuna o coyuntural. En todo caso siempre debe tener la última palabra casacionalmente. Por ello es una competencia esencialmente perturbadora. Entendida la casación horizontalmente, con la máxima amplitud, las cuestiones de los aforados deberían reconducirse en todo caso por medio de la misma, con excepción de los supuestos constitucionalizados, donde tiene verdadero sentido, –y quizá de los magistrados del T.S. y T.C.–, de los artículos 71 (diputados y senadores) y 102 (Presidente y demás miembros del Gobierno) C.E., debiendo persistir el sistema vigente.

Lo que no es coherente es que los aforados al Tribunal Supremo, que han crecido desmesuradamente, puedan gozar de este singular estatuto procesal, un verdadero privilegio, que tiene naturaleza netamente política y oportuna, y al mismo tiempo se demande la plenitud de garantías ordinarias previstas para el resto de los ciudadanos, como si el principio de igualdad en la aplicación de la ley, del que parte el art. 14.1 P.I.D.C.P., estuviese en juego. Precisamente por ello el legislador solo ha previsto que el instructor no forme parte de la sala de enjuiciamiento (art. 57.2 L.O.P.J.), guardándose de establecer la posibilidad de la segunda instancia (que el anteproyecto de Lecrim. recientemente presentado mantiene). Lo evidente es que se pretende tratar igual a los originariamente desiguales, desenfocando el fondo de la cuestión, dando una respuesta judicial ordinaria a una decisión política, suplantando el papel del legislador.

El estado actual de la casación penal no es satisfactorio, no sólo por la deficiente posición constitucional del T.S. y la ausencia de un desarrollo estatutario adecuado, sino porque realmente funciona más como una tercera instancia que como un verdadero tribunal de casación.

En primer lugar, la falta de desarrollo de la segunda instancia penal, ha determinado que el propio T.S. haya tenido que asumir la cuestión de hecho desde la perspectiva de la presunción de inocencia en sentido lato, excesivamente obsesionado por asegurar la efectividad de las declaraciones de los pactos internacionales en materia de revisión de sentencias condenatorias.

La generalización efectiva de la segunda instancia penal cumple las condiciones de los pactos internacionales sin posible controversia. A partir de esta situación el recurso de casación debe tener el contenido apuntado con independencia de la segunda instancia, es decir, ello no significa que el T.S. no vaya a revisar la aplicación de las reglas procesales empleadas para la fijación del hecho. Por otra parte, la casación frente a las sentencias de segundo grado funcionalmente facilita de forma extraordinaria la labor del T.S., especialmente en fase de admisión del recurso.

El problema estriba hoy en día, cuantitativamente, en que las decisiones en este punto, cuestión de hecho, son muy numerosas, restando capacidad de decisión en materia de infracción de ley sustantiva o procesal, lo que exigiría mayor número de plenos jurisdiccionales. Cualitativamente,

porque el recurso de amparo se superpone al de casación en materia de derechos fundamentales. Es cierto que el recurso de amparo es subsidiario y por ello los tribunales de la jurisdicción ordinaria deben entender en primer lugar de la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la cuestión que cabe suscitar es la naturaleza y alcance de la casación como recurso extraordinario, no siendo desdeñable admitir que pueda cumplir la función última de protección de las garantías constitucionales que hoy se reconducen a través del recurso de amparo, quizá con algunas excepciones, como son los actos que emanan del parlamento o directamente del ejecutivo (ver el sistema italiano en el primer sentido o el austriaco en el segundo).

La constitucionalización plena de la casación en los términos antedichos, como vértice superior del poder judicial, no sólo la equipararía en este orden al legislativo y al ejecutivo, sino que reforzaría el vigor del estado de derecho y el funcionamiento de la democracia. Después de más de treinta años de la promulgación del texto constitucional, a la vista de la experiencia acumulada no sería ocioso reflexionar sobre estos aspectos esenciales de la constitución política del estado.

La cuestión que cabe suscitar es la naturaleza y alcance de la casación como recurso extraordinario, no siendo desdeñable admitir que pueda cumplir la función última de protección de las garantías constitucionales que hoy se reconducen a través del recurso de amparo

En segundo lugar, el conocimiento por el T.S. de los casos que acceden a la casación alcanza a todas las sentencias dictadas por los órganos colegiados de lo penal y otros supuestos concretos expresamente previstos en el código procesal. Pero, con exclusión de los juicios por jurado, que siempre pueden acceder al T.S. mediante el recurso frente a la sentencia dictada en apelación por

la sala de lo civil y penal correspondiente, lo cierto es que los demás juicios accederán o no según la atribución de competencia entre órganos unipersonales y colegiados en función de la pena establecida, de forma que el acceso a la casación se convierte en instrumento de política criminal sujeto a la oportunidad y coyuntura, lo que entiendo es un vicio generado por la organización del recurso de casación bajo el sistema del caso a caso y en principio solo con vinculación directa al debatido. Se trata de que el T.S. no resuelva multitud de casos idénticos sino que resolviendo un caso alcancen solución una pluralidad de ellos.

No es razonable que queden fuera de la casación parcelas del Código Penal en función de la pena atribuida a los delitos correspondientes, que sólo podrán acceder al T.S. por su conexidad con otros de mayor respuesta punitiva. Igual sucede en relación con las infracciones del libro III del Código y con todas las cuestiones penales cuya resolución no es susceptible positivamente de recurso de casación.

Con ocasión del proyecto de ley de reforma de Lecrim aprobado por el Gobierno en diciembre del 2005, cuyo trámite parlamentario muy avanzado caducó por la disolución de las cámaras en 2008, el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 24/1/2006 elaboró un informe, ratificado por la Sala de Gobierno, que se hizo llegar al Gobierno y al Congreso que contenía una serie de observaciones para mejorar el proyecto, reflexiones de la Sala Segunda que fueron aceptadas en su mayoría primero por el Gobierno y después por la Comisión Parlamentaria correspondiente.

Decíamos en el mismo que en relación con el proyectado artículo 847 Lecrim cabe decir, en primer lugar, que se advierte una importante insuficiencia dado que es necesario partir de la premisa de que la jurisprudencia del T.S. debe poder extender su ámbito sobre todo el Código Penal y sin embargo esta norma restringe el ámbito de la casación de manera excesiva, pues a su tenor van a quedar fuera del mismo un gran número de delitos. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que si el límite penológico que sirve para marcar el ámbito de la casación es la pena efectivamente impuesta en la sentencia, entonces la existencia o no del recurso puede quedar, en ocasiones, en manos de los órganos *quo*; por ello, es conveniente que no se utilice el criterio de la pena en concreto, sino el de la pena en abstracto,

es decir, el de la pena establecida en la ley para el tipo delictivo de que se trate.

También hay que subrayar que en el mismo informe, aparte de otras cuestiones que ahora no interesan, nos referíamos a la legitimación del ministerio fiscal para interponer el recurso en interés de la ley. La necesidad de cerrar el sistema del recurso de casación, permitiendo que mediante dicho recurso pueda la jurisprudencia abarcar todos los tipos delictivos del ordenamiento, trae consigo que sea preciso establecer la legitimación del ministerio fiscal para recurrir en cualquier caso, esto es, abarcando todas las posibilidades. Con ello, no solo se pretende cubrir todos los tipos penales que quedan fuera del proyectado art. 847, sino que también alcanza a aquellos casos en los que, aunque no haya contradicción, conviene que exista jurisprudencia al respecto, siendo esta legitimación del ministerio fiscal habitual en legislación comparada.

Como anexo segundo de dicho informe se incluía un estudio de las resoluciones susceptibles de recurso de casación teniendo en cuenta el límite de tres años de prisión establecido por el proyecto para acceder al mismo, donde se incluía un listado de tipos penales. Es cierto que el estudio se proyectó sobre el texto entonces vigente, sin tener por ello en cuenta las reformas producidas con posterioridad al año 2005 y, especialmente, la llevada a cabo por la L.O. 5/2010, pero en cualquier caso las variaciones en materia de tipos y penas no hacen perder al estudio su valor indicativo.

En relación con los tipos penales y el efecto del límite de los tres años a la hora de acceder o no al recurso resultaba lo siguiente: el número de tipos penales básicos descritos en el Código Penal era 333; el número de tipos penales básicos que tenían señalada una pena en abstracto que no supera los tres años de prisión o una pena de distinta naturaleza a la de prisión eran 198; el número de tipos penales básicos que podrían quedar fuera del recurso de casación en función de la pena concreta impuesta en la sentencia eran 79; como resumen, 333 menos 198, quedarían 135 tipos penales dentro del ámbito del recurso de casación penal, quedando fuera por lo tanto del total de 333, 198, y pudiendo quedar dentro o fuera 79. Si el corte se establece en los tipos penales que tienen señalada una pena abstracta de tres o más años se añadirían a los tipos penales que quedan dentro la suma de 48. Conviene recordar que

en todos los casos habría que añadir a los que quedan dentro los tipos penales que, aun quedando fuera por la pena, son competencia de la Ley del Jurado o de los tribunales superiores de justicia.

El anexo tercero se refería a los modelos europeos que contemplan un recurso de casación en interés de la ley (Austria, Francia, Holanda y Polonia). En el proyecto, el nuevo artículo 907 Lecrim, introducido en las enmiendas legislativas, establecía que el Fiscal General del Estado podrá interponer recurso de casación en interés de la ley contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales penales, en causas seguidas por delito. —El recurso únicamente podrá fundarse en la infracción de ley o de precepto constitucional.— El recurso se interpondrá en el plazo de tres meses directamente ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, acompañando copia certificada de la sentencia recurrida. La resolución del recurso corresponderá al Pleno de la Sala. Esta solución era suficiente en relación con los tipos penales excluidos del acceso a la casación, pero no recogía la posibilidad de acceso de otras resoluciones en materia penal decididas en forma de auto que por su trascendencia debieran acogerse al criterio de la casación en interés de la ley.

IV. El acceso a la casación debe extenderse potencialmente a todas las cuestiones penales y para ello es preciso organizarla de forma diferente.

No existen razones esenciales para desplazar del ámbito de conocimiento del tribunal de casación materias por razón de su penalidad, lo que puede ser un criterio funcional o económico, pero no esencial. La exigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley, así como el de seguridad jurídica o el de legalidad, no desaparece porque la pena sea más o menos grave o la materia penal se resuelva en forma de auto o de sentencia. Dichos principios por ello no son susceptibles de fragmentación según los casos.

Ahora bien, es indudable que el T.S. no puede conocer y decidir caso por caso toda la materia penal resuelta por los tribunales de instancia. Por ello tiene importancia, de entrada, la efectiva puesta en funcionamiento de la segunda instancia penal con carácter general, en el sentido ya explicado. A partir del establecimiento de dos grados jurisdiccionales, el tribunal de casación pide ser mucho más selectivo, de forma que cabe se-

guir diversos criterios que no tienen por qué ser excluyentes: unificación de doctrina, interés casacional e incluso planteamiento al T.S. de cuestiones prejudiciales. Desde un punto de vista negativo lo que no parece posible es limitar su intervención a los casos de resoluciones contradictorias de los tribunales de instancia o de apelación, pues entonces la jurisprudencia se fijaría por los mismos y el papel del T.S. sería meramente arbitral, lo cual es incompatible con su posición constitucional.

El recurso de casación debe ser un recurso de infracción de ley sustantiva o procesal y de precepto constitucional, incluyendo la individualización de la pena, que es una cuestión de aplicación del derecho, que corresponde decidir exclusivamente a la Sala Segunda del T.S., y que tiene como finalidad unificar la interpretación y aplicación de la ley y por ello la unidad del ordenamiento. Como criterios correctores y selectivos pueden establecerse cláusulas objetivas de admisión por razón del órgano que dicte la resolución, de la materia, de la pena, o del interés casacional, pero en todo caso aquellos asuntos que no alcancen el criterio objetivo no estarían automáticamente excluidos de la casación sino que podrían acceder a la misma por la vía del interés de la ley, bien por decisión justificada del propio T.S. o a instancia del Ministerio Fiscal. Esta es en el fondo la organización de la casación prevista en el proyecto del 2005, con las reservas apuntas más arriba.

La fase de admisión del recurso de casación, cuya idea inicial se remonta al año 1859, es tanto o más importante que la de decisión. Basta comprobar la estadística de autos de inadmisión y la de sentencias, de forma que a grandes rasgos de cada tres asuntos ingresados como recurso de casación ordinaria dos se inadmiten y uno se decide por sentencia. Pero es preciso subrayar que la sala de admisión también decide fundadamente la inadmisión del recurso trabajando sobre propuestas de resolución elaboradas por un cuerpo de asesores altamente cualificado. Este es el proceder ordinario en todos los TT.SS. y Cortes constitucionales del mundo. Para mayor garantía la inadmisión no se resuelve por mayoría sino por unanimidad de los magistrados que integran la sala de admisión.

Pero con independencia de la faz negativa atribuida a la misma, inadmitiendo el recurso, es preciso considerar el aspecto positivo atinente al interés casacional al que nos hemos referido más arriba. De la misma for-

ma que la ausencia de dicho interés debe ser causa de inadmisión, puede existir un interés positivo para la admisión en función de circunstancias que solo puede valorar en toda su dimensión el propio T.S. Por otra parte, este mecanismo puede operar como una cláusula subsidiaria activa para corregir la limitación objetiva de las resoluciones en casos excepcionales.

V. El T.S. para cumplir su cometido precisa del soporte adecuado, como oficina judicial y como gabinete de apoyo a la decisión en general. Lo que no es posible es pretender abarcar potencialmente el mayor número de casos restringiendo objetivamente el acceso de los mismos al recurso de casación. Por su propia naturaleza el mismo significa hacer efectivo el principio de igualdad y la unidad del ordenamiento, lo que equivale a la vertebración jurídica del estado. La cuestión estriba en organizar el recurso de forma que ello sea posible. Las salas del T.S., que no niego puedan redimensionarse, deben dictar un número de sentencias acorde con la función casacional, cuanto más reducido mejor, y preferentemente por los plenos.

Desde esta perspectiva la fase de admisión es importantísima, de forma que es preciso un gabinete técnico capaz de absorber todas las causas que accedan a la casación en un tiempo razonable y preparar los proyectos o borradores de resolución para que los magistrados puedan decidir con pleno conocimiento el verdadero interés casacional que justifica la admisión.

Pues bien, el T.S. desde hace unos cuantos años está empeñado en conseguir este objetivo sin grandes resultados definitivos, a excepción de los planes temporales de actualización de las salas que arrastraban mayor retraso. En la actualidad se trabaja sobre un borrador de estatuto orgánico del gabinete del T.S., aprobado por la Sala de Gobierno y entregado al Ministerio y al Consejo. Sin embargo, cuesta mucho avanzar y lograr una solución definitiva. Se trata esencialmente, en opinión de la Sala de Gobierno, más de una decisión política que técnica, que reconozca la importancia del tribunal de casación en la organización política del estado. Es cierto que está pendiente la reforma de la casación y probablemente ella debe llevar consigo otras reformas en el seno del T.S., ya apuntadas más arriba, pero ello solo refuerza la necesidad de la decisión política mencionada. A partir de ello corresponde al T.S. saber estar a la altura de las circunstancias.

entrevista con el presidente del senado, javier rojo garcía

por Agustín Zurita Pinilla

«LA JUSTICIA DEBE SER RENTABLE A LOS CIUDADANOS,
NO A LOS POLÍTICOS»

«LA REFORMA CONSTITUCIONAL PARA CONTROLAR EL DÉFICIT PÚBLICO ERA TOTALMENTE NECESARIA»

«LOS DEMÓCRATAS HEMOS GANADO LA BATALLA A ETA Y SU DISOLUCIÓN DEFINITIVA
ESTÁ HOY MÁS CERCA QUE AYER»

«LA CIUDADANÍA ECHA EN FALTA GRANDES CONSENSOS EN MATERIAS COMO LA SANIDAD,
LA EDUCACIÓN O LA JUSTICIA»

«LA REFORMA DEL SENADO ES UN CLAMOR EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA»

A Francisco Javier Rojo García, pamplonica de nacimiento, político de casta, se le aprecian dos sentimientos entrelazados: a la satisfacción doble, por un lado de la labor realizada en una legislatura marcada por la crisis y de otro, por el convencimiento de un cercano final del terrorismo etarra, se suma una sensación frustrante de no haber podido llevar a cabo, finalmente, la que considera inaplazable reforma de la Cámara Alta, que ha presidido desde las elecciones de marzo de 2008.

En este tiempo de complejidades, dice el Presidente del Senado, es cuando uno (él, en este caso) se permite soñar con que la política sea reconocida y respetada, sea humana y esté cargada de alma y fundamentada en unas instituciones en las que se respete el valor de la palabra.

Pregunta: Señor Presidente, ¿qué balance se puede hacer de la legislatura que acaba de concluir?

Respuesta: *Bueno, no hay duda de que ha sido una Legislatura muy complicada, marcada por la peor crisis económica de los últimos 80 años y en la que nuestro país ha sufrido muy duramente los efectos de la recesión y la falta de crédito. Además, los dos grandes partidos consensuaron una reforma constitucional para controlar el déficit público en el futuro, lo que también ha arrastrado cierta polémica, a pesar de que, en mi opinión, esta reforma era totalmente necesaria. Yo*

estuve de acuerdo con ella desde el principio. Por otro lado, es indudable que en relación con la lucha antiterrorista los demócratas hemos ganado la batalla a ETA y a su entorno, y que su disolución definitiva está hoy más cerca que ayer.

P: En relación con la Administración de Justicia y el Poder Judicial, ¿qué aspectos considera más importantes de los que han sido abordados en el Parlamento español durante este tiempo?

R: *Todos han sido importantes pero creo que el Plan de Modernización de la Justicia, con las nuevas regulaciones de la Ley Concursal, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la Ley de Medidas de Agilización Procesal, ha marcado esta Legislatura.*

P: Presidente Rojo, ¿qué decir a quienes consideran a la Justicia como la gran asignatura pendiente de la democracia? ¿qué le parece la opinión de quienes piensan que la Justicia no es un campo rentable para los políticos y, por ello, está más abandonada?

R: *Considero que tienen parte de razón aquellos que señalan a la Justicia como una asignatura pendiente. La Justicia debe ser rápida para ser justa, y para ello es necesario contar con todos los recursos, tanto humanos como materiales, que sean necesarios para una correcta protección de*



los ciudadanos y para que los procesos no se eternicen, con las consecuencias de todo tipo que ello conlleva.

Respecto a la segunda pregunta, no estoy de acuerdo con el concepto de partida. La Justicia debe ser rentable a los ciudadanos y no a los políticos. De cualquier forma, creo que entre todos debiéramos de trabajar para que se mejore en lo que necesite la Administración de Justicia. Está instalado en la sociedad que hay una justicia para ricos y una justicia para pobres. Hay que hacer pedagogía para que esa percepción se diluya, porque al final, el ciudadano termina por desconfiar, y eso es algo que hay que resolver.

P: A su juicio, ¿sería conveniente un nuevo Pacto de Estado en materia de Justicia entre las fuerzas parlamentarias?

R: *Por supuesto que sí. Los representantes públicos somos elegidos para sentar las bases de la solución a los problemas de la gente y para mejorar nuestro país, para garantizar los servicios públicos y para que España siga en la senda del progreso. Creo que la ciudadanía echa en falta grandes consensos en materias importantísimas como puede ser la educación, la sanidad, la política exterior o la Justicia.*

P: ¿Le preocupa al Presidente del Senado que las resoluciones judiciales sean objeto de confrontación política? ¿deberían existir algunos límites –legales, éticos, en su caso– a la crítica de las decisiones de juzgados y tribunales?

R: *Entiendo que sí. Los políticos somos ciudadanos y todos los ciudadanos debemos respetar a nuestras instituciones porque en democracia, si devaluamos las instituciones nos estamos devaluando nosotros mismos. Las decisiones judiciales, en un Estado de Derecho, hay que respetarlas siempre, aunque no se compartan. De todas formas, creo que esos límites deben ser éticos y estar sustentados en el sentido común y en la razón. Lo que no puede ser es que sólo se aplaudan las resolucio-*

nes judiciales cuando le dan a uno la razón y se critican de forma grave cuando son desfavorables.

P: En otra línea, Presidente, ¿considera que se abusa de la interposición de demandas y querellas con fines estrictamente políticos?

R: *Pues seguramente sí. Creo que a los políticos nos falta muchas veces un poco de cintura para dirimir nuestras diferencias sin necesidad de acudir a los tribunales. Pero bueno, esta es sólo mi opinión. Respeto a aquellos que entiendan que les asiste el derecho para convertir a los Tribunales de Justicia en una especie de tercera cámara, aunque no comparto su forma de proceder.*

P: Presidente, no podemos obviar en la entrevista una cuestión tan delicada como la renovación de los órganos constitucionales del Estado. ¿Qué puede decir el Presidente del Senado frente a las críticas de excesiva demora en los procesos de renovación de órganos esenciales para el Estado de Derecho como el Tribunal Constitucional o, como sucedió en su momento, el Consejo General del Poder Judicial?

R: *Que asumo mi responsabilidad en la parte que me toca en la demora de la renovación de los magistrados del Tribunal Constitucional. Creo que es lamentable que las fuerzas políticas seamos incapaces de ponernos de acuerdo en aquello que nos manda la Constitución y que además, repercute negativamente en la imagen de ambos poderes, el Legislativo y el Judicial. Es algo incomprensible pero que, lamentablemente se da y creo que tendremos que impedir que se repitan situaciones así.*

P: ¿Pueden arbitrarse algunos procedimientos excepcionales para evitar estas demoras que, por otra parte, dañan la imagen de las instituciones?

R: *Bueno, nuestra legislación impide que esos órganos queden desiertos en caso de desacuerdo político ya que los mandatos de los miembros que los integran quedan prorrogados automáticamente. Creo que debe imperar la cordura y el sentido común. Lo que hay que hacer es cumplir con los plazos de renovación establecidos en la Constitución. Es una exigencia constitucional que hay que cumplir, y punto. En cualquier caso, si es necesario modificaciones para que las prórrogas no se eternicen, hagámoslo, pongamos los instrumentos para poner límites a los mandatos prorrogados como ocurre en otros países.*

P: Quisiera plantearle para finalizar dos cuestiones muy concretas: de un lado me gustaría conocer la reflexión que hace el Presidente del Senado sobre la atención del Estado, en su conjunto, muy singularmente de las instituciones que representan a la soberanía nacional, en relación con las víctimas del terrorismo, que me consta es una de sus grandes preocupaciones durante este mandato...

R: Hemos avanzado mucho de un tiempo a esta parte. Las víctimas del terrorismo son el testimonio palmario de la sinrazón terrorista y la barbarie que nos ha hecho la vida muy complicada desde hace ya más de cuatro décadas. Es necesario protegerlas, resarcirlas y ayudarlas, porque ellos no eligieron estar en este colectivo. Creo que las víctimas del terrorismo deben ser nuestra guía para apostar siempre por la justicia frente al olvido y por la convivencia frente a la venganza.

P: Otra cuestión, Presidente, tiene que ver también con otra forma de terror, más doméstico pero igual de cruel: me refiero a la violencia de género y en este sentido, me gustaría conocer su opinión sobre la situación actual de la lucha contra esta barbarie y sobre las posibilidades de reformas de toda índole que mejoren ese frente abierto contra una lacra social preocupante...



R: Se aprobó una Ley Integral contra la violencia machista pero es evidente que queda mucho camino por recorrer. Debemos empezar por la educación de nuestros niños, es necesario enseñar a los jóvenes a convivir con respeto y teniendo siempre una máxima muy presente: los hombres y las mujeres somos iguales en derechos y en deberes. Durante muchos años en este país se ha considerado el maltrato a las mujeres como un problema de ámbito doméstico en el que nadie se podía meter. Creo que esa percepción ha cambiado y que la sociedad es consciente de la necesidad de poner todos los medios necesarios para acabar con esta forma de violencia que a mí me repugna. Lo que falta es pedagogía y que en todos los ciclos educativos se aborde este asunto de la igualdad de género, porque las leyes son instrumentos pero por sí mismas no resuelven los problemas.

P: Antes de acabar, una curiosidad...¿qué ha significado para usted, a nivel personal, la experiencia vital de presidir una institución que representa a todos los españoles?

R: Para mí ha sido un honor, un orgullo y ha supuesto una altísima responsabilidad, porque no siempre hay que gestionar momentos dulces sino que, en política, los problemas están ahí todos los días y hay que darles una solución para que los ciudadanos puedan vivir mejor. Dejo este cargo con la satisfacción del deber cumplido, aunque reconozco que me marchó con cierto mal sabor de boca al no haber podido culminar la reforma de la Institución, algo que, en mi opinión, es ya un clamor en la sociedad española. Espero que los que vengan detrás muestren la voluntad necesaria para hacer del Senado una auténtica Cámara Territorial. Desempeñar el cargo de Presidente del Senado me ha dado la oportunidad de conocer más en profundidad nuestro país y eso ha hecho que, a pesar de dejar el cargo, me siga considerando un servidor público a su país, porque España es más importante que lo que, a veces entre unos y otros, podamos trasladar desde la política.

P: Muchas gracias, señor Rojo, por su amabilidad al concedernos esta entrevista. Si desea añadir algo más, las páginas de la nueva Revista Poder Judicial están, por supuesto, a su disposición.

R: Gracias a ustedes por haber pensado en mí para esta entrevista. Me despido con el deseo de que entre todos podamos sortear esta crisis y podamos volver a situar a España en la senda del crecimiento y del progreso.

incidencia de los informes a anteproyectos de leyes y disposiciones generales elaborados por la Comisión de Estudios e Informes y aprobados por el Pleno durante el actual mandato del CGPJ

Documento elaborado por el Servicio de Estudios e Informes del CGPJ

I. Introducción

El artículo 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) atribuye al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) una función consultiva con relación a los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente a una serie de materias, efectuando a continuación una enumeración no cerrada de las mismas, a saber:

- Determinación y modificación de las demarcaciones judiciales y de su capitalidad.
- Fijación y modificación de la plantilla orgánica de Jueces, Magistrados, Secretarios y personal que preste servicios en la Administración de Justicia.
- Estatuto orgánico de Jueces y Magistrados, así como de Secretarios y resto del personal al servicio de la Administración de Justicia.
- Normas que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales.
- Normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los tribunales del ejercicio de derechos fundamentales.
- Leyes penales y normas sobre régimen penitenciario.

Por su parte, el artículo 109.3 LOPJ prevé que tanto las Cortes Generales como las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, cuando así lo dispongan sus respectivos Reglamentos, podrán solicitar informe al Consejo General del Poder Judicial sobre proposiciones de Ley o enmiendas que versen sobre materias comprendidas en el artículo 108.1 LOPJ.

En el ámbito interno, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 81 del Reglamento 1/1986, de 22 de abril,

de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial (ROF), la preparación de los Informes sobre anteproyectos normativos corresponde a la Comisión de Estudios e Informes, sin perjuicio del resto de competencias que, conforme a dicho precepto, corresponden a esta Comisión. En el desempeño de sus funciones la Comisión de Estudios e Informes recibe asistencia técnica del Servicio de Estudios e Informes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del ROF.

Con el objeto de realizar una valoración de la incidencia que los informes evacuados por la Comisión de Estudios e Informes y aprobados por el Pleno de este Consejo han tenido en el desarrollo posterior de los proyectos de normas sometidos a su conocimiento, la Comisión de Estudios e Informes, en su reunión de 16 de septiembre de 2010, encomendó al Servicio de Estudios e Informes la realización de un seguimiento de los anteproyectos informados, verificando el grado de atención que, bien el Ejecutivo al presentar los proyectos legislativos a las Cámaras parlamentarias, bien el Legislador al aprobar las leyes correspondientes, han concedido a las observaciones, recomendaciones y propuestas formuladas por el Consejo.

A tal fin, el Servicio realizó una selección de los informes más relevantes de entre los emitidos durante el presente mandato del Consejo, y sobre la base a su vez de los aspectos más destacables de cada uno, llevó a cabo un contraste entre el contenido del informe y el de la disposición informada, tal y como ésta había sido finalmente aprobada, o, en su defecto, tal y como había sido remitida en forma de proyecto legislativo al órgano parlamentario correspondiente, señalando en cada caso la adecuación del texto de la ley o proyecto a las indicaciones vertidas en el informe del CGPJ.

El reportaje que a continuación se ofrece está basado en el balance de ese seguimiento efectuado por el Servicio de Estudios e Informes, el cual fue cerrado a fecha 14 de marzo de 2011, si bien se han suprimido las referencias a varios de los informes que en él se contenían, añadiéndose en cambio el seguimiento de algún informe cuyo contraste con el proyecto correspondiente no se ha podido efectuar hasta fecha posterior. En el título de cada apartado se indican el anteproyecto informado, la fecha de aprobación del Informe por el Pleno y el término de comparación empleado en cada caso, ya sea el texto del ulterior proyecto de ley, ya el de la propia ley definitivamente aprobada cuando ésta exista.

El reportaje está elaborado sobre la premisa de que la valoración que cabe hacer de la incidencia de los Informes del Consejo es preferentemente cualitativa y no cuantitativa, como corresponde a una labor de análisis jurídico que, además, se proyecta sobre textos de diversa magnitud cuyo contenido no presenta un nivel de relevancia homogéneo.

II. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, aprobado por el Pleno de 26 de febrero de 2009, y contrastado con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal

Dada la envergadura de la norma informada, que comportó la evacuación de un informe notablemente extenso por parte del Consejo, centraremos la atención en cuatro aspectos de la reforma que pueden considerarse de la máxima relevancia, sobre los cuales hacía especial hincapié el informe del CGPJ. En cada apartado se irán desgranando de forma sintética las diversas sugerencias efectuadas y, en su mayor parte, atendidas.

I. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

a) El Informe proponía que en las correspondientes normas del Libro II en las que se van indicando las penas que en determinados delitos pueden imponerse a las personas jurídicas, la fórmula «*cuando los delitos*

comprendidos en este capítulo se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica...» se sustituyera por otra en la que la previsión de pena se condicionara únicamente a que proceda la declaración de responsabilidad de la persona jurídica de acuerdo con lo dicho en el artículo 31 bis. Esta sugerencia ha sido atendida, de tal forma que los diferentes preceptos relativos a las penas de las personas jurídicas (artículos 189 bis, 197.3, 261 bis, 264.4...) contienen todos ellos la fórmula: «*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo...*».

b) En cuanto a la pena de intervención judicial de la persona jurídica (artículo 33.7), el Consejo recomendaba no configurarla como de duración determinada, sino dotarla de mayor flexibilidad. En realidad se venía a proponer su configuración como medida de seguridad revisable por el juez en fase de ejecución. La ley aprobada ha agregado un párrafo al artículo 33.7 en el que se matiza, entre otras cosas, que el contenido exacto de la intervención será determinado por el Juez en la sentencia, «o, posteriormente, mediante auto», lo que introduce en cierto modo la flexibilidad que el Informe del CGPJ pedía, aunque se sigue manteniendo la duración determinada de esta pena y su configuración como pena y no como medida de seguridad.

c) El Informe puso de manifiesto el problema de configurar en el artículo 129 una serie de «medidas» que se podían aplicar en todo tipo de delitos cometidos por personas jurídicas, más allá de los definidos en el artículo 31 bis, y además a un mayor número de personas jurídicas fuera de las mencionadas en ese precepto. Ello quebraba la sistemática, pues hacía que las personas jurídicas del 31 bis pudiesen ser penadas conforme al artículo 33, y además recibir la imposición de las medidas del artículo 129 por la comisión de otro tipo de delitos, ya que no se establecía relación de exclusión entre ambos preceptos. Se sugería eliminar esa dualidad y concentrar en un único precepto todos los supuestos de delitos que pueden dar lugar a responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es más, se recomendaba que las asociaciones y sociedades desaparecieran del artículo 129, y se sometiesen sólo al régimen de responsabilidad del artículo 31 bis. Adicionalmente, se sugería que el artículo 129 indicara que las medidas en él previstas únicamente serían aplicables en los casos expresamente previstos en el propio Código, configurando así un *numerus clausus* de delitos cometidos por personas físicas que pueden llevar

aparejada la imposición de estas medidas a las organizaciones y empresas a las que se refiere el artículo. Ambas recomendaciones han sido atendidas, a tenor del texto definitivo del artículo 129 de la Ley.

2. Libertad vigilada

a) Se planteaba la duda de que, conforme al principio *non bis in idem*, el artículo 57 bis del Anteproyecto pudiera prever la imposición de la pena de libertad vigilada (en adelante LV) como accesoria junto con la pena privativa de libertad en determinados supuestos, en los que ya el artículo 57 prevé la imposición de una serie de penas accesorias. El artículo 57 bis ha sido finalmente eliminado de la Ley de reforma. Sin embargo, la previsión de imposición de la LV juntamente con la de privación de libertad aparece en el artículo 192.1, que se aplica a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, que son algunos de los enumerados en el artículo 57. Por tanto, al menos para este conjunto de delitos, el problema señalado en el informe del CGPJ se ha mantenido.

b) El informe se mostró crítico con que los requisitos básicos de ejecución de la pena de LV no se consignasen en el propio Código, dejándolos para una futura regulación reglamentaria (artículo 49 bis del Anteproyecto). En el artículo 106.3, donde se ha recogido la descripción del contenido de esta medida, configurada ahora como medida de seguridad y no como pena, ya no consta remisión a futura regulación reglamentaria y se ofrecen de hecho algunas pautas básicas sobre circunstancias de ejecución de esta medida, a valorar por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP).

c) El Informe señalaba la necesidad de prever dos condiciones para la ejecución de la pena de LV: a) que el penado no hubiese ya cumplido parte de la pena de prisión en régimen de libertad condicional, por no haber reunido los correspondientes requisitos; b) que se excluyese la posibilidad de ejecutar la pena de LV mediante obligaciones o sistemas de control más gravosos o restrictivos que los que se derivan de un tercer grado penitenciario, en caso de que el penado hubiese accedido a él. Si bien es cierto que no se han incluido previsiones expresas en este sentido, ha de tenerse en cuenta que la Ley finalmente ha configurado la LV como medida de seguridad y no como pena. Todo lo más, se puede señalar lo previsto en el artículo 106.3, en el sentido de que el JVP puede reducir la dura-

ción de la medida de LV, o incluso dejarla sin efecto *ab initio* si apreciare en el condenado un pronóstico positivo de reinserción que la haga innecesaria o contraproducente.

d) Para el correcto seguimiento del cumplimiento de la pena de LV, se recomendaba incluir la previsión de que, antes del comienzo de la ejecución de la misma, la Administración penitenciaria tenga que remitir informe sobre la peligrosidad del reo al JVP. También se recomendaba que el JVP tuviese que revisar periódicamente la ejecución de esta pena, conforme a los informes que se le vayan aportando. El Anteproyecto no fijaba una periodicidad a este respecto ni tampoco medios personales especializados que asistan al JVP para llevar a cabo el seguimiento de la ejecución de las penas de LV. Estas recomendaciones parecen haber sido atendidas, siquiera parcialmente, en tanto el artículo 98 obliga ahora al JVP a elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de LV, y prevé que para ello deba valorar los informes emitidos por los facultativos que asistan al sometido a la medida, o por las Administraciones Públicas competentes.

e) El Informe llamaba la atención sobre el modo de regular el quebrantamiento de la pena de LV, pues podía dar lugar tanto a la modificación de las obligaciones impuestas al condenado en virtud de dicha pena, como a la deducción de testimonio por posible comisión del delito del artículo 468 (quebrantamiento de condena), sin que se perfilase suficientemente en qué circunstancias la consecuencia sería una o la otra, lo que hacía que se resintieran los principios de seguridad jurídica y legalidad penal. En la Ley, finalmente, se ha retocado la redacción del artículo 106.4, de tal forma que en caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones impuestas, el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas, y sólo *«si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código»*.

3. Prescripción

a) Con respecto a la elevación a diez años del plazo de prescripción de los delitos contra la Hacienda Pú-

blica y la Seguridad Social, el informe del CGPJ decía que podía ser incongruente, desde un punto de vista político-criminal, elevar el plazo de prescripción únicamente para ese tipo de delitos, siendo así que además esa elevación supone generar una gran desproporción entre la gravedad de esos delitos (dada la pena impuesta) y el plazo de prescripción. En la Ley, finalmente, se ha eliminado la previsión del Anteproyecto de elevar a diez años el plazo de prescripción para los mencionados delitos.

b) A propósito del nuevo régimen de interrupción de la prescripción (artículo 132.2), el Informe señalaba que la nueva exigencia de que la persona que aparezca indiciariamente como penalmente responsable (y frente a la que debe dirigirse el procedimiento) esté «determinada», limitaba más allá de lo razonable la validez a efectos prescriptivos de muchos actos procesales que implican un impulso efectivo de la acción penal. En consecuencia, recomendaba que para delitos cometidos en el seno de organizaciones o colectivos se relativizara esa exigencia, bastando a los efectos de interrupción de la prescripción con dirigir el procedimiento contra un círculo cerrado de personas, o contra los integrantes de una colectividad u organización, o contra personas innominadas pero directamente conectadas con los hechos objeto de la instrucción. El definitivo artículo 132.2 ha tenido en cuenta esta recomendación, al admitir que la persona contra la que se dirija el procedimiento quede suficientemente determinada, ora mediante su directa identificación, ora *«mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho»*.

c) En relación con la suspensión del cómputo de la prescripción cuando se hubiere presentado denuncia o querrela contra persona determinada, el Informe del CGPJ señalaba que, al no estar limitada temporalmente dicha suspensión, la norma en proyecto permitía de hecho prolongar el plazo legal de prescripción durante ese tiempo añadido e indeterminado de suspensión, lo que podría conculcar el principio de seguridad jurídica y la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia. El definitivo artículo 132.2 establece que esa suspensión sólo tendrá efecto durante un plazo máximo de seis meses en caso de delito y de dos meses en caso de falta, a contar desde la fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

4. Agrupaciones criminales (artículo 385 bis del Anteproyecto) / Organizaciones y grupos criminales (artículo 570 bis quáter de la Ley Orgánica 5/2010)

Alertaba el Informe sobre la atribución de una pena similar a los integrantes de agrupaciones criminales transitorias que a los de asociaciones ilícitas no terroristas (artículo 517.2). Para evitar que ello fomentara la tendencia a crear asociaciones criminales estables, se proponía aplicar una pena menor para los casos de las agrupaciones transitorias. Asimismo, se sugería prever un tipo agravado para las agrupaciones transitorias creadas para cometer delitos de terrorismo. Finalmente, la Ley ha introducido una doble figura: organizaciones criminales por un lado y grupos criminales por otro, atribuyendo nuevas penas a aquéllas y a éstos, y reflejando en gran medida la diferencia de trato penológico que el informe del CGPJ reclamaba.

III. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la L. O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Pleno de 30 de abril de 2009, y contrastado con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L. O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

A continuación se exponen, de forma sucinta, algunos de los principales aspectos sobre los que se pronunciaba el Informe del CGPJ, verificando en cada caso la respuesta que han obtenido sus recomendaciones:

a) En relación al artículo 6, el Informe propuso mantener la mención a los «residentes» y no a los «que residen», en relación al ejercicio del derecho al sufragio por los extranjeros; sugerencia que ha sido atendida por la Ley aprobada.

b) En el artículo 17.c) del Anteproyecto se utilizaba el término «incapaces» para referirse a los familiares reagrupables. El Informe proponía la sustitución por otra expresión, más acorde con la normativa comunitaria, que no exige en este supuesto la incapacitación formal. La Ley ha atendido esta observación sustituyendo la mención a los «incapaces» por una referencia a *«los mayores de edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud»*.

c) El artículo 22 del Anteproyecto, en materia de asistencia jurídica gratuita, exigía a los extranjeros la formulación de una «nueva solicitud» en los procesos contencioso-administrativos, lo que introducía una exigencia más gravosa que a los nacionales. El texto de la Ley ha eliminado la referencia a una «nueva solicitud», en línea con lo recomendado por el Consejo.

d) En relación con el artículo 35.5 del Anteproyecto, se sugería incluir una mención expresa a la necesaria audiencia del menor en el procedimiento dirigido a su repatriación o permanencia en España; observación que ha tenido cumplido reflejo al disponer el texto definitivo que *«[a]cordada, la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio (...)»*.

e) A propósito del proyectado artículo 39, el Informe ponía de manifiesto que se había eliminado toda mención a la participación de las Comunidades Autónomas y organizaciones sindicales y empresariales en el procedimiento de contratación colectiva en origen. La Ley ha considerado esta observación, dando nueva redacción al artículo 39.

f) El artículo 57 regulaba el supuesto de sustitución de la sanción de multa por la de expulsión del territorio nacional. El Informe sugería que, dada la gravedad de la sanción, se incluyera en él una mención a la necesaria observancia del principio de proporcionalidad, así como la exigencia de motivación de la resolución sancionadora, además de la necesaria audiencia del interesado en el procedimiento sancionador. La Ley observa la sugerencia mencionada y contempla, en la nueva redacción del precepto, que la sanción podrá aplicarse *«en atención al principio de proporcionalidad»* y mediante *«resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción»*, garantizando la audiencia del interesado en la medida en que prevé la tramitación del oportuno expediente administrativo.

g) Por su parte, el artículo 62.2 establecía la posibilidad de suspensión del plazo de internamiento cautelar previo a la expulsión. El informe ponía de manifiesto que dicha suspensión, en cuanto comporta una prolongación de la privación de libertad, debía ser necesariamente concebida con un carácter restrictivo en su aplicación y expresamente tasado en cuanto a su duración. En la redacción definitiva del precepto la referencia a la suspensión del plazo de internamiento cautelar ha sido suprimida.

IV. Informe al Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, aprobado por el Pleno de 28 de enero de 2010, y contrastado con la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, de 4 de marzo

En este caso, se sometieron a informe del CGPJ únicamente determinados preceptos de la Norma en proyecto, y de manera particular la disposición final 1.^a del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible (LES) [convertida a la postre en Disposición final 43.^a de la LES], que modificaba la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI) y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJC-A). A continuación se desgranarán las principales recomendaciones efectuadas en el Informe con respecto a dicha disposición:

a) El Anteproyecto preveía que las medidas a adoptar por la Sección 2.^a de la Comisión de Propiedad Intelectual (S2.^a CPI) tendientes a interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de contenidos vulneradores de propiedad intelectual, procederían tanto cuando el responsable fuese un prestador con ánimo de lucro, directo o indirecto, como cuando se tratase de cualquier persona que *«pretenda causar un daño patrimonial»*. El Informe recomendaba que la expresión *«quien pretenda causar un daño patrimonial»*, fuera sustituida por otra referida al efecto causado o potencial de una conducta y no a las intenciones de un sujeto, proponiéndose dos redacciones alternativas: *«quien cause o pueda causar un daño patrimonial»*, o bien *«quien provea contenidos con capacidad para producir un daño patrimonial»*. La Ley ha introducido una modificación en este punto, refiriéndose ahora, además de al prestador que actúe directa o

indirectamente con ánimo de lucro, al que *«haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial»*.

b) El Informe aconsejaba no dejar a un futuro desarrollo reglamentario, como en cambio preveía el Anteproyecto, todo lo relacionado con el procedimiento para el ejercicio de las funciones encomendadas a la S2.^a CPI, siendo preferible que la propia Ley introdujera las directrices básicas de dicho procedimiento, para aclarar aspectos tales como si es un procedimiento de salvaguarda de concretos derechos de propiedad intelectual vulnerados o de defensa de intereses difusos, o si se iniciará de oficio o a instancia de parte interesada. El parecer del CGPJ fue suscrito por el Consejo de Estado, el cual observaba que como consecuencia de lo que había sido sugerido por el CGPJ, la versión del Anteproyecto sometida a dictamen del Consejo de Estado ya precisaba que el oportuno expediente había de iniciarse siempre a instancia del titular del derecho de propiedad intelectual que se considera vulnerado. Finalmente, el texto de la Ley, además de esta precisión, avanza diversas directrices sobre dicho procedimiento (principios inspiradores, aplicación de ciertos artículos de la Ley 30/1992, efectos de la falta de resolución en plazo).

c) Manifestaba también el Consejo que el proyectado artículo 158.4.II LPI podía suscitar la duda de si la S2.^a CPI tendría margen de discrecionalidad para valorar si en el caso particular era o no necesario recabar la autorización judicial para la ejecución de sus resoluciones, en cuanto que éstas pudiesen afectar a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 CE. El Consejo de Estado hizo suya de forma explícita esta observación, señalando que si bien el artículo 122 bis LJC-A parece abocar a la obligada consulta al Juzgado competente por parte de la S2.^a CPI para que aquél autorice la ejecución de sus medidas, convenía sustituir la previsión de que esa previa autorización al Juzgado competente se haría en tanto los actos de la S2.^a CPI *«puedan afectar a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución»*. El Proyecto de Ley modificó la redacción del pasaje, de forma que en lugar de *«en cuanto puedan afectar»*, subjuntivo que permitía pensar en un margen de apreciación para la CPI, decía *«en cuanto pueden afectar a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución»*, modo indicativo que expresaría la indeclinable afectación de tales derechos y libertades por las medidas acordadas por la CPI, y por tanto la ausencia de margen de apreciación por parte de ésta. La Ley aprobada, finalmente más contundente, señala que la ejecución

de las medidas de interrupción o retirada acordadas por la S2.^a CPI *«exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa»*.

d) A juicio del CGPJ, el Anteproyecto no dejaba claro a quién corresponde solicitar, en el marco del procedimiento ante la S2.^a CPI, la autorización del órgano judicial competente por la posible afectación de los derechos del artículo 20 CE. Tan sólo decía que *«[a]cordada la medida por la Comisión, se solicitará del Juzgado competente la autorización para su ejecución...»*. Por ello, el Informe recomendaba que el artículo 122 bis LJC-A señalase con exactitud el sujeto –la propia S2.^a CPI o los interesados– a quien corresponde solicitar del Juzgado competente la autorización para la ejecución de las medidas adoptadas en sede administrativa. La Ley ha eliminado el «se» que impersonalizaba el verbo relativo a la solicitud de autorización al Juzgado competente. De esta forma queda claro que es la CPI la que tiene que efectuar esa solicitud: *«Acordada la medida por la Comisión, solicitará del Juzgado competente la autorización para su ejecución, (...)»*.

e) Finalmente, el Anteproyecto preveía que fuesen apelables directamente y en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, los actos administrativos dictados, entre otros, por la Comisión de Propiedad Intelectual. El Informe hacía ver que esa previsión debía limitarse a los actos dictados por la S2.^a de la CPI, ya que para los dictados por la S1.^a CPI la LPI ya establece que son revisables ante el orden jurisdiccional civil. La Ley aprobada matiza, ahora sí, que los actos apelables directamente y en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, serán los dictados *«por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual»*.

V. Informe al Anteproyecto de Ley del Registro Civil, aprobado por el Pleno de 25 de febrero de 2010, y contrastado con La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Éstas son las principales aportaciones del Informe del CGPJ que han resultado atendidas, a juzgar por el texto de la Ley finalmente aprobada:

a) El Consejo consideraba conveniente modificar la redacción del artículo 25 del Anteproyecto, en el cual se definía a la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) como «*órgano superior directivo y consultivo del Registro Civil de España*», proponiendo en particular la eliminación del término «superior», por entender que, de conformidad con la LOFAGE, estaba en relación de exclusión con el de «directivo». En el texto de la Ley se observa la eliminación de dicho término en ese pasaje.

b) Se sugería en el Informe que en el artículo 15.3 del Anteproyecto no se exigiera a la persona que solicite información del Registro Civil que acredite un interés legítimo. Para ello se proponía que la expresión «*siempre que éste acredite un interés legítimo*» se sustituyera por otra que no hiciera referencia a la acreditación de ese interés, o bien se contemplase expresamente que el interés legítimo se presume en el peticionario. En el texto final del artículo 15.3 la expresión en cuestión se ha sustituido por la de «*siempre que exista un interés legítimo*».

c) Sobre el control de legalidad de los documentos judiciales, se recomendaba la necesidad de matizar que en esos casos dicho control estaría circunscrito a la competencia y clase de procedimiento, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio Registro. Esta puntualización ha sido recogida en un nuevo inciso del artículo 30.2 de la Ley aprobada.

d) El Informe sugería cohonstar lo previsto en el artículo 44.2, sobre los datos de los que «hará fe» la inscripción de nacimiento, y el artículo 49 del Anteproyecto, en el que se enumeraba el contenido de la inscripción de nacimiento. Así se ha hecho en el –modificado– artículo 49, en el que se puntualiza que también deberán constar en la inscripción de nacimiento «*el lugar, fecha y hora del nacimiento y el sexo del nacido*».

e) Se llamaba asimismo la atención sobre el hecho de que el Anteproyecto omitiese dar una regla supletoria para la determinación del orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores al respecto. La regla supletoria vigente (artículo 194 del Reglamento del Registro Civil) indica que el primer apellido de un español es el primero del padre y segundo el primero

de la madre. Puesto que la Memoria Justificativa decía que se había querido eliminar el residuo legal que seguía otorgando preferencia en base al principio de varonía, el Informe del CGPJ recordaba la necesidad de variar esa regla supletoria si se deseaba verdaderamente alcanzar el fin proclamado, y en esa línea se sugería, a modo de ejemplo, configurar como regla supletoria la de establecer el orden de los apellidos en función de la menor frecuencia de los mismos o según un criterio meramente alfabético. La Ley se ha hecho eco de esta advertencia en el artículo 49.2, en el que se establece que «*en caso de desacuerdo [de los progenitores] o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor*».

f) El Informe formulaba numerosas objeciones al texto del artículo 58, fundamentalmente por configurar en él una nueva forma de manifestación del reconocimiento de la filiación (a través de la declaración incorporada al formulario oficial previsto para practicar la inscripción de nacimiento), ajena y contrapuesta a las formas de manifestar ese reconocimiento ante el Encargado del Registro previstas en el artículo 120 del Código Civil. Finalmente, la Ley aprobada –y antes que ella el Proyecto remitido a Cortes– suprime por completo ese artículo 58 del Anteproyecto, lo que solventa de raíz los problemas señalados en el Informe.

g) El CGPJ llamaba la atención sobre que el Anteproyecto atribuyese a los Alcaldes, y a los concejales por delegación, no sólo la facultad de celebración de matrimonios, sino implícitamente también la de instrucción de los correspondientes expedientes matrimoniales, lo cual se consideraba inapropiado. También se advertía la necesidad de prever un trámite de recurso para impugnar las decisiones adoptadas por los Alcaldes en esta materia. La Ley ha introducido todo un precepto, que no existía en el Anteproyecto (el nuevo artículo 58), dedicado al expediente matrimonial, cuya tramitación se encomienda explícitamente al Secretario del Ayuntamiento (y no al Alcalde). Contra la resolución del Secretario autorizando o denegando la celebración del matrimonio cabrá recurso ante el Encargado del Registro

Civil, cuya resolución se someterá a su vez al régimen de recursos ante la DGRN.

h) Se señalaba la conveniencia de desarrollar de forma más detallada el artículo 80, a fin de concretar los medios o canales a través de los cuales se articulará el acceso a los datos del Registro por parte de las Administraciones y funcionarios públicos, aludiendo a la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, en la parte en que ésta contempla el derecho de los ciudadanos a no aportar datos o documentos que ya obren en poder de las Administraciones. El artículo 80 de la Ley se ha visto enriquecido con mayores detalles sobre el modo en que las Administraciones y funcionarios públicos podrán acceder a los datos del Registro Civil en el ejercicio de sus funciones, e incluye la previsión de que aquéllos sólo podrán exigir a los ciudadanos la presentación de certificados del Registro Civil *«cuando los datos objeto del certificado no obren en poder de aquéllas, o cuando fuere imposible su obtención directamente por medios electrónicos»*.

i) El Informe sugería agregar en el artículo 71.1 un inciso en virtud del cual los hechos que afecten a las relaciones paterno-filiales se inscribirán no sólo en el registro individual de la persona sujeta a patria potestad, sino también *«en el registro individual de su progenitor o progenitores»*, sugerencia que ha sido atendida.

j) En materia de recursos contra las resoluciones de la DGRN, se aconsejaba la concreción del órgano de la jurisdicción civil competente para conocer de los mismos, sugiriéndose la posibilidad de que dicho órgano fuese el Juzgado de Primera Instancia del partido judicial correspondiente. También se recomendaba modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para regular un procedimiento de «oposición a las resoluciones administrativas en materia de Registro Civil», siguiendo el modelo de los artículos 779 a 781 LEC, en los que se regula la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La nueva Ley concreta la competencia para conocer de los recursos frente a las resoluciones de la DGRN, haciéndola recaer en el Juzgado de Primera Instancia de la capital de provincia del domicilio del recurrente, modificando en paralelo el artículo 52.1 de la LEC. Al mismo tiempo prevé agregar un nuevo artículo 781 bis en la LEC para regular la oposición a las resoluciones y actos de la DGRN en materia de Registro Civil, a excepción de las resoluciones dictadas en materia de nacionalidad.

VI. Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aprobado por el Pleno de 19 de mayo de 2010, contrastado con el proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, Serie A, núm. 122-I, de 29 de ABRIL de 2011

En cuanto a las observaciones y recomendaciones del Informe del CGPJ que han encontrado reflejo en el Proyecto, cabe destacar las siguientes:

a) Sobre la definición de mediación, aunque no se ha acogido la definición alternativa completa que proponía el Informe, sí que se recoge al menos en el Proyecto (artículo 1) la sugerencia de que en lugar de definir la mediación como una «negociación estructurada» se la defina como un «medio de solución de controversias».

b) Siguiendo la recomendación formulada por el Consejo, los artículos 7 y 8 del Anteproyecto aparecen ahora refundidos en uno (artículo 7), relativo todo él al principio de voluntariedad y libre disposición. Asimismo, el artículo 13 del Anteproyecto resulta suprimido en el Proyecto, que ahora se limita a tratar las «condiciones para ejercer de mediador» (artículo 12), evitando dedicar un artículo al «concepto de mediador». Esta supresión también se corresponde con una de las observaciones formuladas en el Informe.

c) En el artículo 10 del Proyecto (artículo 11 del Anteproyecto), se ha invertido el orden de los dos primeros apartados, tal y como se recomendaba por el CGPJ. La razón era que el apartado segundo contenía la enunciación del principio de confidencialidad, mientras que el primero abordaba las consecuencias derivadas de dicho principio, por lo que el orden lógico era el contrario. En el Proyecto también aparece enmendada la parte del precepto relativa a los casos excepcionales en que cabe exigir la obligación de declarar en un procedimiento judicial o arbitral posterior, al mediador o a las personas que hayan participado en un procedimiento de mediación, llegando a

eliminar alguna de esas excepciones, todo ello en consonancia con las observaciones vertidas en el Informe.

d) Se suprime la referencia a que el mediador deberá comprobar la conformidad del acuerdo de mediación con el ordenamiento jurídico (artículo 28.3), así como la de que el mediador podrá denunciar por escrito en el acta final que los términos de la mediación son incompatibles con la ley (artículo 27.2.II del Anteproyecto), referencias que el Informe criticaba al ponerlas en relación con la no exigencia de conocimientos jurídicos al mediador, de acuerdo con las condiciones marcadas a su vez para ejercer como tal. El Proyecto de Ley no modifica las condiciones para el ejercicio de la función de mediador en el sentido de exigir que éste posea conocimientos jurídicos, pero en cambio sí elimina la referencia a que, para dar su aprobación al acuerdo de mediación, el mediador deba verificar su conformidad con el ordenamiento jurídico (vid. artículo 24 del Proyecto), así como la de que el mediador podrá denunciar en el acta final que los términos de la mediación son incompatibles con la ley (artículo 23 del Proyecto).

e) El artículo 13 del Proyecto («calidad y autorregulación de la mediación») recoge la sugerencia del Informe de que el fomento por parte de las Administraciones públicas competentes de la formación de los mediadores, no se limite únicamente a la formación *continua* de éstos sino también a su formación *inicial*.

f) La redacción del artículo 15 del Proyecto de Ley (sobre «responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación») ha sido modificada en la línea de lo sugerido por el CGPJ en su Informe. De un lado, esa responsabilidad ya no se condiciona –como hacía el artículo correspondiente del Anteproyecto– a que los daños y perjuicios causados se deban a «mala fe, imprudencia grave o dolo». De otro, en lugar de hablar de «acciones de resarcimiento», se habla de «acciones de reembolso». En fin, en coherencia con lo dispuesto en este precepto, se ha procedido a suprimir la previsión del artículo 6.3.II del Anteproyecto, conforme a la cual las instituciones de mediación estaban obligadas a suscribir un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente en nombre de los mediadores que en ellas se integren, pasando a exigir como requisito de todo mediador para poder ejercer como tal, el de tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

g) El artículo 5.1 del Proyecto deja claro, a diferencia de su antecedente en el Anteproyecto, que las instituciones de mediación podrán dedicarse a fines distintos

de la mediación, aclaración que recomendaba efectuar el Informe. En cuanto al Registro de mediadores y de instituciones de mediación, se acoge la propuesta de garantizar que dicho Registro sea susceptible de consulta telemática por parte de cualquier interesado, y que la información que contenga no se refiera sólo a las instituciones de mediación sino en general a todos los mediadores que en él se hallen inscritos, aunque sean mediadores independientes (artículo 6.1 del Proyecto).

h) Por lo que se refiere al procedimiento de mediación, el Proyecto de ley refleja diversos cambios, todos ellos conectados con otras tantas observaciones formuladas en el Informe del CGPJ:

- El artículo 17.1 precisa que, al iniciarse el procedimiento, las partes deberán determinar, entre otros extremos, «la lengua o lenguas de las actuaciones», previsión que el Anteproyecto no contenía a pesar de que las partes pueden manejar lenguas diferentes y acordar la utilización de más de una.
- En el artículo 23.1.II se especifica que el deber de conservación y custodia del expediente formado con toda la documentación del procedimiento de mediación que no deba ser devuelta a las partes, puesto a cargo del mediador o de la institución de mediación, se extenderá durante un lapso temporal de seis meses, previsión que estaba ausente en el texto del Anteproyecto.
- El plazo de caducidad de la acción de anulación se reduce de un año (artículo 28.6 del Anteproyecto) a treinta días naturales (artículo 24.4 del Proyecto). Asimismo, deja de especificarse la posibilidad de fundar la acción de anulación en el hecho de haberse aceptado el acuerdo de mediación bajo violencia o intimidación.

i) En cuanto al coste de la mediación y las costas procesales de un eventual proceso ulterior, el Informe recomendaba reconsiderar la inclusión de una regla como la del artículo 18.3 del Anteproyecto, en virtud de la cual «cuando la mediación no impida el planteamiento de un ulterior proceso con idéntico objeto, en caso de condena en costas de alguna de las partes se incluirá el coste de la mediación, (...)», al entender que en esos casos el coste de la mediación no podía integrarse en las nociones de «costas» o «gastos» del proceso, tal y como éstas vienen definidas en el artículo 241 LEC. El precepto correspondiente del Proyecto (artículo 16), ya no incluye esa previsión.

j) Por lo que se refiere a la ejecutividad del acuerdo de mediación, el Proyecto acoge las siguientes propuestas:

- El artículo 26.2, cuyo antecedente era el artículo 30.2 del Anteproyecto, suprime la previsión de que, cuando el acuerdo se haya alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciarse un proceso judicial, las partes podrán solicitar al tribunal su homologación mediante auto. El Informe del CGPJ había propuesto ora la supresión de este trámite de homologación, al entender que éste no servía para dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación, ora la generalización de un trámite de homologación para todos los casos de mediación, y no sólo para aquélla alcanzada una vez iniciado un proceso judicial. El Proyecto se decanta por la primera de esas dos opciones.
- En el artículo 28.1 se introduce la cautela de condicionar el reconocimiento de fuerza ejecutiva en España a los acuerdos de mediación que ya la hayan adquirido en otro Estado, a que esa fuerza ejecutiva provenga de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las de las autoridades españolas, además de admitir que la normativa comunitaria o los convenios internacionales vigentes en España dispongan otra solución.

VII. Informe al Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, aprobado por el Pleno de 22 de diciembre de 2010, y contrastado con el Proyecto de Ley publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, Serie A, núm. 110-1, de 25 de febrero de 2011.

Las principales observaciones y sugerencias recogidas en el Informe del CGPJ, las cuales han hallado reflejo en el texto del Proyecto de Ley remitido a las Cortes, son las siguientes:

a) En cuanto a la responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por

los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, el Informe advertía que su revisión jurisdiccional corresponde al orden contencioso-administrativo conforme a la disposición adicional 12.ª de la Ley 30/1992. El Proyecto de Ley incorpora un nuevo artículo 3.g), en virtud del cual no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de este tipo de reclamaciones.

b) Acerca del artículo 6 del Anteproyecto, que preveía atribuir competencia a los Juzgados de lo Social para conocer de las autorizaciones para la entrada en domicilios o lugares asimilados en los que sea exigible el consentimiento del titular, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o, en su caso, de la administración laboral competente, el Informe observaba que, aunque esta nueva atribución viene conferida en sede de *competencia objetiva* de los Juzgados de lo Social, es materia más propia de *jurisdicción*, y que de mantenerse esa opción de política legislativa, la coherencia normativa, la primacía de la LOPJ en materia de atribución competencial y la afectación a derechos fundamentales, exigiría que se añadiera al artículo 93 LOPJ —relativo a la competencia de los Juzgados de lo Social—, una previsión similar a la del artículo 91.2 LOPJ, que asigna estas autorizaciones a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo cuando proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración. Finalmente, el Proyecto de Ley ha suprimido esta previsión.

c) En cuanto al artículo 7, sobre la competencia objetiva de las Salas de lo Social de los TSJ, y en concreto respecto de su letra d), que les otorgaba el conocimiento de la «*revisión de las sentencias firmes de los Juzgados de lo Social de su territorio o de los laudos arbitrales firmes dictados en su circunscripción*», en conexión a su vez con el artículo 236, que desarrollaba la tramitación de esa revisión, el Informe señalaba que, contrariamente a lo que prevé la LOPJ respecto a las Salas de lo Civil y Penal, como Salas de lo Civil [artículo 73.1.b)], y de lo Contencioso-Administrativo (artículo 74.3) de los TSJ, que atribuyen de forma expresa el conocimiento de determinados recursos de revisión, el artículo 75 LOPJ, dedicado a la competencia de las Salas de lo Social de los citados Tribunales, no hace referencia a esa competencia, que el artículo 59 LOPJ atribuye a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, añadiendo que no parece a este respecto que la revisión pueda entenderse comprendida en la fórmula general del artículo 75.2.º LOPJ. Consecuentemente, de mantenerse esta opción de política legislativa, el Informe sugería la necesidad de adaptar la LOPJ

en este punto. Argumento que se extendía a la revisión de los laudos arbitrales firmes dictados en su circunscripción. En el Proyecto de Ley se ha suprimido la letra d) del artículo 7, y en el artículo 236 se suprime también el apartado 2 (relativo a la revisión de laudos arbitrales firmes). El apartado 1 se mantiene pero se establece que la revisión de cualquier sentencia firme dictada por los órganos del orden jurisdiccional social se solicitará *«ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo»*.

d) En relación con el artículo 9.d) del Anteproyecto, a propósito de las demandas de error judicial cuando el órgano al que se impute el error pertenezca al orden jurisdiccional social, salvo cuando éste se atribuyese a la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo o a alguna de sus secciones, el Informe recordaba que cuando el error se impute a una Sala del TS, la competencia corresponde a la Sala prevista en el artículo 61 LOPJ –artículos 61.1.5.º y 293.1.b) LOPJ–. El Proyecto de Ley agrega un inciso final en el artículo 9.d) a fin de reflejar la observación hecha por el Consejo.

e) A propósito de los procesos a que se refiere la Ley 10/1997, de 24 abril, de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, el artículo 10.3 del Anteproyecto se remite, según la modalidad procesal de que se trate, a lo dispuesto en el artículo 36 de dicha Ley, que en su apartado 2 reenvía a su vez a la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles del orden social, determinada de acuerdo con las reglas de competencia objetiva y territorial contenidas en los artículos 6 a 10 LPL. Esta aporía normativa, se decía en el Informe, debería ser salvada con una determinación exacta del fuero o fueros territoriales en el Anteproyecto; observación que ha sido atendida, como se refleja en el –enmendado– artículo 10.3 del Proyecto.

f) El Informe observaba que el artículo 17 del Anteproyecto habría de completarse con la mención al Ministerio Fiscal, cuya legitimación como parte se ve potenciada en la reforma (así, en el recurso para la unificación de doctrina en defensa de la legalidad del artículo 219.3). En la versión del Proyecto de Ley, el artículo 17.4 establece la legitimación del Ministerio Fiscal *«para intervenir en todos aquellos supuestos previstos en la presente ley»*.

g) Respecto del artículo 101 del Anteproyecto, que imponía al empresario la obligación de satisfacer el salario de trabajador siempre que su comparecencia a determi-

nados actos judiciales sea pertinente, con independencia del sentido del fallo futuro, el Informe proponía que esa obligación cesase en los casos en que se aprecie temeridad o mala fe por parte del trabajador. El Proyecto acoge esa propuesta y exige al empleador de retribuir las comparecencias del trabajador en el juzgado, cuando este último sea condenado por temeridad o mala fe.

h) El informe proponía, en relación con el artículo 139, un régimen jurídico uniforme para los derechos derivados de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y los derivados de situaciones de violencia de género. Asimismo, se proponía sustituir el término «contractualmente» por el de «convencionalmente». El Proyecto equipara el régimen de los derechos derivados de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral al previsto para el ejercicio de los derechos derivados de la situación de violencia sobre la mujer. También procede a la sustitución terminológica anotada.

i) Se aceptan, asimismo, las sugerencias relativas al artículo 154.d), sobre la conveniencia de prever, para evitar cualquier tipo de duda sobre el orden jurisdiccional competente, que la legitimación de la Administración pública para promover conflicto colectivo solamente opere cuando actúe en la condición de empleadora. Igualmente se acoge la sugerencia de que los órganos de representación legitimados para esta clase de proceso sean únicamente los que atañen al personal laboral al servicio de la Administración pública.

j) El Proyecto de Ley acoge la propuesta formulada respecto al artículo 163.4 del Anteproyecto favorable a que, cuando en la sentencia que ponga fin a un proceso individual o de conflicto colectivo se acuerde la ilegalidad de una cláusula convencional, se dé traslado al Ministerio Fiscal para que suscite la ilegalidad de dicha cláusula a través del procedimiento de impugnación de convenios colectivos. De forma análoga, el Proyecto refleja la sugerencia formulada con relación al artículo 178.2, en el sentido de que el Ministerio Fiscal también sea citado como parte en las modalidades procesales referidas en el artículo 184, al estar concernida la tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

k) El texto del artículo 177.2 del Proyecto recoge las propuestas vertidas en la conclusión 27.^a del Informe en punto a reconducir la intervención de los sindicatos y otras entidades legitimadas a la condición de coadyu-

vantes. Asimismo, se acepta la sugerencia de suprimir la mención del acoso en este precepto, al considerarlo como única legitimada a la víctima. Por otro lado, en la conclusión 31.^a del Informe se observaba que la previsión de que la víctima puede demandar al empresario y junto a él al causante directo de la lesión, pero no está obligada a hacerlo salvo que pretenda la condena de este último (artículo 177.4 del Anteproyecto), se avenía mal con la doctrina jurisprudencial y constitucional que, en estos casos, aprecia la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario. El Proyecto establece la obligación de demandar al autor material del acoso –cuando sea un tercero distinto del empleador– siempre que la sentencia pueda afectarle directamente.

l) En relación con el artículo 183.4, el Informe mantenía que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, el Anteproyecto debería prever, en el apartado correspondiente a la indemnización derivada de la lesión de los derechos fundamentales, que cuando el afectado haya ejercitado la acción civil derivada del delito en el procedimiento penal, no podrá reiterar la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social hasta en tanto no finalice el proceso penal, reservándose a la actora la acción por el resarcimiento de los daños si no resultase satisfecha su pretensión indemnizatoria en el orden penal. El Proyecto de Ley añade un apartado cuarto al artículo citado, en virtud del cual se impide el ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios en el proceso social en aquellos casos en que se haya ejercitado, por los mismos hechos, la acción civil derivada del delito en el proceso penal «ad hoc», hasta en tanto no se desista del ejercicio de esta acción o se acuerde el sobreseimiento o la absolución del acusado.

m) El Informe observaba que el Anteproyecto establecía una suerte de recurso de casación en interés de ley, que únicamente puede interponer el Ministerio Fiscal ante la presencia de un interés casacional en la producción de doctrina jurisprudencial uniforme, tanto si ésta no existe pero han recaído sentencias discordantes de Tribunales Superiores, como si no se prevé que pueda haberla al no cumplir la cuestión controvertida los requisitos de acceso a este recurso extraordinario. Según el Anteproyecto la sentencia que resolviese este recurso podría afectar a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, solución que se aparta del criterio general acerca del recurso en interés de la ley, plasmado tanto en la LEC como en la LJC-A. Haciéndose

eco de esta observación, el artículo 219.3 del Proyecto de Ley establece ahora que *«[e]n caso de estimación del recurso, la sentencia fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial y podrá afectar a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida conforme a las pretensiones oportunamente deducidas por el Ministerio Fiscal y por las partes comparecidas en el recurso que se hubieren adherido al mismo. En defecto de solicitud de parte o de no haber recurrido las partes, la sentencia respetará la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y en cuanto afecte a las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal, de ser estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, el fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado y (...)»*.

n) Respecto de los requisitos del recurso de casación para la unificación de doctrina, el Consejo observaba que el Anteproyecto exigía alternativamente –y no de forma cumulativa como en la actualidad– que se haya producido una infracción legal en la sentencia impugnada o que se haya producido un quebranto de la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia. Esta disyuntiva abría la posibilidad de que se estimase el recurso sin haberse producido una genuina infracción legal, y se sugería la supresión como requisito de recurribilidad de *«la producción del quebranto de la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia»*, al ser más propiamente una consecuencia de la existencia de contradicción y de infracción legal. De acuerdo con lo sugerido en el Informe, el artículo 224.1.b) del Proyecto de Ley dispone, en relación con el contenido del escrito de interposición del recurso, que deberá contener: *«[l]a fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.»*

o) Con respecto a la previsión de que, para dictar sentencia la Sala se constituya, además de en forma ordinaria con tres magistrados, con cinco magistrados por decisión del Presidente «o, motivadamente, en Sala General», el Informe objetaba que desde el punto de vista terminológico, la expresión «Sala General» no aparece en la LOPJ, por lo que debería sustituirse por «Pleno» si lo que se quiere expresar es que la Sala de justicia, como órgano jurisdiccional, pueda formarse con todos los magistrados que integran la Sala de lo Social del TS. En el artículo 227.2 del Proyecto la expresión «Sala General» ha sido sustituida por la de «Pleno de la Sala».

La cooperación judicial internacional

Cooperación judicial penal en Europa. De la escasez a la abundancia

opina Andrés Palomo del Arco
Presidente de la Audiencia Provincial de Segovia

I. Engavetar. Es un término de origen portugués muy utilizado en Hispanoamérica. En el idioma luso tiene una primera acepción, meter en el cajón; pero si está referida al proceso significa archivar. Hasta prácticamente el siglo XXI, parece que ese era el destino antinatural pero no infrecuente de las comisiones rogatorias internacionales que recibíamos en nuestro país, el archivo material a través de su remisión al fondo del cajón de los asuntos pendientes de tramitar en Secretaría; pues de otro modo resulta difícil comprender el «informe de evaluación de España sobre la asistencia judicial y las solicitudes urgentes de seguimiento y embargo preventivo o incautación de bienes» elaborado por el Consejo de la Unión Europea (DOC 5819/00) donde se describen las dificultades y demoras con que eran tramitadas. Las «muy» urgentes, conseguían a duras penas no superar el mes de tramitación; las urgentes excedían de ese plazo y las ordinarias...

II. Anomia. Una de las causas de dicha situación era el déficit normativo. Con excepción de algún convenio con origen en Naciones Unidas con mayor trascendencia en el Código Penal y Ley de Enjuiciamiento que sobre auxilio judicial, así como algún concreto convenio bilateral, esta materia se sustentaba principalmente por Convenios del Consejo de Europa, aprobados en la década de los cincuenta en el seno de la Europa amplia, pero no ratificados por España, hasta época constitucional, ya en la década de los ochenta: Convenio de Extradición de 1957 y Convenio de asistencia judicial en materia penal de 1959. En 1994 ratificamos el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y hasta 1998, no ratificaríamos el Convenio sobre Blanqueo.

Pero carecíamos entonces y seguimos careciendo ahora de una normativa general y sistemática que regule la cooperación judicial. El Proyecto de Ley Orgánica de

cooperación jurídica internacional en materia penal (BOGC, Serie A, n.º 61-1 de 28 de mayo de 1997) caducó sin aprobarse y el legislador desde entonces no ha entendido oportuno ocuparse de sistematizar esta materia.

III. Aluvión. Sin embargo la cooperación judicial, pasó a interesar a la Unión Europea; con el Acta Única Europea de 1987, donde surge la idea de un «espacio judicial europeo», al introducir en el Tratado originario de Roma la noción de una Comunidad europea sin fronteras y el paso decisivo se configura en el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992) que integró en su Título VI la cooperación judicial civil y penal como una cuestión de «interés común» para los Estados miembros; y desde entonces hasta el Consejo Europeo de Tampere (octubre 1999), en esa etapa intermedia, la generación normativa fue constante, con una implantación efectiva de las fuentes adoptadas de ritmo pausado, desigual y anárquico, pero con una nota característica, integrada porque los múltiples instrumentos que en el seno de la Unión Europea, regulan esta materia, se promulgaron como material de aluvión, y no tanto por su profusión de indudable incremento, como por su coexistencia con estos tratados primigenios, que sin derogarlos, se superponen sobre ellos, con mera voluntad de perfeccionamiento para singulares apartados.

IV. Con el Siglo arriba el vídeo. En este material de aluvión, especial impronta tiene el Convenio de 29 de mayo de 2000, *relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, donde se recogen de forma sistematizada los avances jurídicos que puntualmente iban añadiendo diversos instrumentos de cooperación en materia penal y a la vez regula diversas medidas procesales innovadoras, que tienen en consideración los avances sociales y

especialmente tecnológicos habidos en la última mitad del siglo pasado; y así contempla diligencias como la audición por videoconferencia (que dota de celeridad, evita molestias, traslados y costes), por conferencia telefónica, las entregas vigiladas, los equipos conjuntos de investigación, las investigaciones encubiertas y una detallada normativa sobre intervención de telecomunicaciones. Un Protocolo de 2001, regula las solicitudes para la obtención de datos bancarios.

Así llegamos al siglo XXI, con anomia interna sobre cooperación judicial penal, pero con profusión de diversos instrumentos de la Unión Europea de escasa vinculación jurídica (aunque de amplia efectividad en el caso de las «acciones comunes»), donde la base normativa de aplicación seguían siendo los instrumentos cincuentenarios del Consejo de Europa con algún aditamento relevante proveniente de «Schengen», como el contacto directo entre autoridades judiciales y del ajuste técnico del Convenio 2000.

Pero carecíamos entonces y seguimos careciendo ahora de una normativa general y sistemática que regule la cooperación judicial

V. Redes. Fruto de esas acciones comunes, son, los *Magistrados de enlace*, figura que permite enviar o intercambiar entre EEMM magistrados o funcionarios con experiencia en cooperación judicial, cuya tarea es la de impulsar o acelerar, especialmente a través de contactos directos con las autoridades del Estado de acogida, todo tipo de cooperación judicial. España tiene magistrados de enlace destacados en Francia e Italia; mientras que en nuestro país contamos con enlaces de Francia, Italia y Reino Unido. Con idéntica finalidad, más allá del ámbito europeo, España ha intercambiado Magistrados de enlace con Marruecos.

También, la *Red Judicial Europea* integrada por puntos de contacto, 400 en la actualidad distribuidos por toda la UE, así como en países candidatos a la adhesión y terceros países, con conocimiento de una len-

gua oficial además de la propia; son intermediarios activos, destinados a facilitar y agilizar la cooperación judicial entre los Estados miembros, fomentar la colaboración entre las autoridades nacionales competentes para la emisión y ejecución de solicitudes de cooperación judicial y promover el establecimiento de los contactos directos más apropiados entre las mismas. Así como lógicamente, ayudar a resolver las dificultades surgidas en la ejecución de tales solicitudes. En la actualidad cuenta con página web: <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/>, en inglés y francés, donde también se encuentran diversos útiles para el cumplimiento de sus fines, como un atlas judicial, y un resumen de la regulación y contenido de las diversas diligencias susceptibles de ser cumplimentadas por medio de cooperación judicial en cada país (conocidas como las fichas belgas) y el instrumento «compendium» de especial ayuda para conocer las equivalencias de los epígrafes de una comisión rogatoria en los diversos países de la Unión.

En nuestro país, se optó por número escaso de puntos de contacto pero se complementó, a través la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE), regulada en los artículos 81 a 85 del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, cuyo cometido es prestar la asistencia necesaria a los órganos judiciales para la correcta remisión y eficaz cumplimiento de las solicitudes de cooperación jurisdiccional, así como el apoyo que precisen los puntos de contacto de la Red Judicial Europea y de otras instituciones de análoga naturaleza (como la Red Iberoamericana, IberRed: <http://www.iberred.org/>); y cuenta en cada Comunidad Autónoma al menos con un miembro del ámbito penal y otro civil. También la Fiscalía General del Estado, ha creado la Red de Fiscales de Cooperación Internacional regulada por Instrucciones del Fiscal General del Estado 2/2003 y 2/2007. El último estamento en organizarse en red para cumplimiento de los fines de cooperación judicial han sido los Secretarios Judiciales (RESEJ), en virtud de Instrucción 6/2010 de la Secretaría General de la Administración de Justicia.

La experiencia de la red judicial penal, al igual que aconteciera casi una década después con las redes sociales, ha sido imaginativa, barata (sus miembros no son remunerados) y muy eficaz en la buena marcha de la cooperación judicial.

Otra institución personal clave en la cooperación judicial de nuestros días es la unidad de *Eurojust*, integrada por fiscales, magistrados, o funcionarios de policía, cedidos temporalmente por cada Estado miembro (apoyado por un suplente y un asistente), también como instrumento de facilitación de la cooperación penal judicial, pero con mayor impronta operativa, posibilitando actuaciones coordinadas de autoridades de dos o más países. Para el desempeño de sus funciones genéricas, Eurojust puede actuar colegiadamente o a través de uno o varios de los miembros nacionales afectados. El Tratado de Lisboa permite la creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust.

Destaca especialmente entre sus facultades la posibilidad de solicitar motivadamente a las autoridades competentes de los Estados miembros afectados, que: a) lleven a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos; b) reconozcan que una de ellas puede estar en mejores condiciones para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos; c) se coordinen entre las autoridades competentes de los Estados miembros afectados; d) creen un equipo conjunto de investigación; e) faciliten información; y f) tomen medidas especiales de investigación, o cualquier otra medida en relación con la investigación o las actuaciones judiciales.

Cuenta ya con una Célula de Coordinación de Emergencias el fin de cumplir sus funciones en casos urgentes a la que se podrá acceder permanentemente 24 horas al día y 7 días a la semana. En su condición de autoridades nacionales competentes, los miembros nacionales, en casos urgentes y siempre que no les sea posible saber con suficiente antelación cuáles son las autoridades nacionales competentes o ponerse en contacto con ellas, estarán facultados para autorizar y coordinar las entregas vigiladas en su Estado miembro y ejecutar en su Estado miembro las solicitudes y resoluciones de cooperación judicial.

VI. La quinta libertad de circulación. Personas, bienes, servicios, capitales... y resoluciones judiciales. Resulta poco comprensible que sin fronteras interiores, cualquier persona, delincuente o no, tarde unos instantes en pasar de un país europeo a otro, pero la autoridad jurisdiccional que persigue al delincuente inexorablemente sea detenida en esa frontera inexistente. Para superar esta disfunción, la cooperación judicial en el ámbito de la UE, construyó un nuevo entramado sobre una reconoci-

da piedra angular, el *reconocimiento mutuo*. Por tal, debe entenderse que una vez adoptada una resolución dictada por un juez en el ejercicio de sus competencias en un Estado miembro, en la medida en que tenga implicaciones extranacionales, será automáticamente aceptada en todos los demás Estados miembros, y surtirá allí los mismos efectos o, al menos, similares que en el Estado de su adopción. Aunque tal amplitud debe ser matizada, pues como el *cariño*, el reconocimiento mutuo admite intensidades muy variadas, siendo diversas en cada instrumento las causas de denegación. Pero en todo caso, sus logros y su eficacia, son evidentes, baste citar su primera y más conocida manifestación: el mandato de detención y entrega europeo, también conocido como *euroorden*. Baste alguna cita; en 2009 en España se emitieron 489 mandamientos, que dieron lugar a 99 entregas; y recibimos 1.629, que originó que detuviéramos a 1.239 personas y entregamos efectivamente a 999. El Estado más eficaz, seguido de Alemania que entregó a 982 personas, pero como consecuencia de un número de mandamientos de entrega recibidos muy superior.

A la *euroorden* seguirían otros instrumentos de reconocimiento mutuo, atinentes al período de instrucción, como el relativo a la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas; al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos; o a las medidas cautelares alternativas a la prisión provisional. Pero también atinentes a la ejecución de sentencias, donde se impusieron sanciones pecuniarias, decomiso, privación de libertad, o penas condicionales o sustitutivas. Sólo los relativos a las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el decomiso han sido ya incorporados a nuestro ordenamiento.

VII. Sombras, pero también luces. Tal ansia de eficacia es vista no pocas veces con recelo. Es lógico; y toda defensa de las libertades fundamentales, poca. En los instrumentos de reconocimiento mutuo, siempre se incluye la protesta de que su aplicación debe ser siempre sin merma de los derechos fundamentales reconocidos a las personas, pues su fin explícito es tanto facilitar la cooperación entre autoridades como la protección judicial de los derechos individuales. Al desaparecer los pilares tras el Tratado de Lisboa e integrar hoy la cooperación judicial penal, una materia comunitaria más, dentro del ámbito del espacio de seguridad, liber-

tad y justicia, se facilita su fiscalización por el Tribunal de Justicia, que cuenta ya con una incipiente jurisprudencia proveniente de la anterior etapa.

Pero también, a veces por caminos indirectos la cooperación penal sirve de avance en la garantía de derechos. Así, aún cuando la deseada libertad de circulación de resoluciones judiciales no resulta explicitada, aunque sería la manifestación más obvia del logro de un espacio judicial europeo único, en cuanto que se asocia desde el Tratado de Amsterdam, a la libre circulación de personas, posibilita que el Tribunal de Justicia en interpretación de un perdido artículo del Convenio de Aplicación del Convenio de Schengen, desarrolle una jurisprudencia sobre el *ne bis in idem* más garantista que nuestros tribunales internos (asuntos *Gözütok y Brügger*, *Miraglia*, *Van Esbroeck*, *Gasparini*, *Van Estraten*, *Kretzinger*, *Kraaijenbrink*, *Bourquain*, *Turansky*).

De otra parte, en cuanto el reconocimiento mutuo se asienta en la confianza entre Estados; y como instrumento de fomento y logro de la misma, se desarrolla una importante aproximación en materia procesal, donde la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, supone un ejemplo del camino emprendido (tarde pero al menos iniciado) en el logro efectivo de los derechos del acusado.

E incluso este desarrollo procesal de fomento de la confianza mutua, basamento del reconocimiento mutuo, sirve para que el Tribunal de Justicia pueda examinar si la imposición de medidas de alejamiento en contra de la voluntad de la víctima, resultan conformes con la normativa comunitaria plasmada en el Estatuto de la víctima de 2001 (asunto *Gueye y Salmerón* en cuestión de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona).

También la Europa amplia del Consejo de Europa, ha servido y sirve para formular avances en los ordenamientos internos a partir de la necesidad de su acomodación a los instrumentos de cooperación insertos en sus Convenios; baste examinar la regulación sobre obtención de pruebas electrónicas o las diligencias de la investigación de delitos cometidos por medio de un sistema informático previstas en el Convenio sobre Criminalidad firmado en Budapest en 2001 (instrumento de ratificación: BOE 17/09/2010).

VIII. EL PRONTUARIO como ejemplo. Si teclean en Google el término prontuario, con bastante probabilidad el primer enlace del listado resultado de la búsqueda será: www.prontuario.org/. Permítanme una cuña publicitaria: su visita es absolutamente recomendable y en el caso de que tengan que redactar una comisión rogatoria internacional, además, sumamente gratificante. Allí cuentan con un listado sistematizado de todos los instrumentos de cooperación judicial de nuestro ordenamiento; pueden examinar por la materia objeto de la diligencia o por Estados, la posibilidad de su solicitud y en caso afirmativo una explicación de su regulación. Directorio de las instituciones y redes de cooperación. Y también este año, se ha incorporado una guía asistida para redactar comisiones rogatorias, que permiten finalizarlas en unos cuantos minutos, traducción aparte.

Su logro ha sido ejemplo, de la tarea callada del CENDOJ, que en el transcurrir del tiempo, a través de la base de datos y correo corporativo, sustenta la vertebración de la carrera en su universalidad. Recuérdese que también dio cauce a una «acampada» virtual a través de los foros de debate y discusión.

Pero también el Prontuario ha sido ejemplo de generosa colaboración institucional, donde el Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ siempre ha contado con la Fiscalía General del Estado y con el Ministerio de Justicia para validar el producto. Así la Instrucción 2/2009 para el fomento de la cooperación jurídica internacional del Ministerio de Justicia, indica que los secretarios judiciales deben garantizar el acceso dentro de la Oficina Judicial al Prontuario, así como su utilización en la cumplimentación de comisiones rogatorias.

Ejemplo así mismo de coordinación, ha sido la incorporación y desarrollo de fichas que lo alimentan por parte de un amplio colectivo.

Pero sobre todo es muestra del desarrollo normativo y trascendencia que en la última década ha tenido la cooperación judicial penal, consecuencia directa de un mundo globalizado al que de modo participativo nos hemos incorporado; y manifestación de que el olvido de las comisiones rogatorias y el desorden y desconocimiento que hace diez años se informaba, se ha superado, o al menos se han puesto los mimbres para su consecución.

Cibercrimen y cooperación judicial. Especial referencia a los ISP alojados en EE.UU.

opina José Manuel Sánchez Siscart
Magistrado de la Audiencia Provincial de Tarragona

La sofisticación cada vez mayor de los ataques cibernéticos supone un reto de primer orden, que no sabemos, a ciencia cierta, si estamos debidamente preparados para afrontar. La capacidad de los ciberdelincuentes para ocultarse detrás de otras identidades, moverse electrónicamente de una red a otra con gran facilidad, o acceder a las bases de datos sitas en distintos países o continentes, supone un desafío al marco normativo y un obstáculo a su persecución penal, al involucrar en su persecución a distintas soberanías y jurisdicciones.

Se constata la irrupción de una ciberdelincuencia cada vez más especializada y peligrosa, dirigida a objetivos concretos y difíciles de detectar, como los ordenadores domésticos, para infectarlos en masa con virus o troyanos que ceden a los ciberdelincuentes el control de millones de ordenadores, provocando que un simple e inofensivo internauta pase a convertirse, sin saberlo, en un atacante en potencia, formando parte de vastas redes, las botnets, controladas a distancia por los cibercriminales. Algo ni siquiera imaginado hace una década y hoy convertido en la principal plaga del ciberespacio, parte esencial de la mayoría de cibercrímenes y estafas como el phishing o robo de cuentas bancarias, cuya curva de crecimiento desde mediados de la primera década del siglo XXI es alarmante.

Valga como ejemplo un caso de cierta sofisticación en el que los ciberdelincuentes compraron números robados de tarjetas de crédito con los que adquirían cuentas de pago de Skype y las instalaban en una botnet. De forma automática llamaban con Skype desde la red de ordenadores a un número premium en las Bahamas de su titularidad. Así transferían el dinero desde las cuentas de Skype a la compañía en Bahamas.

Supuestos como el anterior convierten al cibercrimen en una empresa criminal mucho más rentable que el propio tráfico de drogas, que requiere muchos intermediarios hasta la obtención del beneficio final: cultivo, transformación, transporte, distribución, etc. El cibercrimen es menos peligroso y más fácil. El negocio formado alrededor de las botnets, que pueden alquilarse o venderse para controlar y extraer información de miles de ordenadores en todo el mundo, ha dado lugar a un nuevo mercado negro, donde se compran y venden programas maliciosos por decenas de miles de euros.

La lucha contra este fenómeno requiere ineludiblemente una intensa, ágil y eficaz cooperación internacional en materia penal, que en buena medida dependerá de las previsiones normativas sobre cibercrimen y sobre cooperación judicial aplicables en cada país, y, por supuesto, del buen uso que las autoridades involucradas hagan de estos instrumentos. Por eso consideramos prioritario, a través de este artículo de opinión, difundir, dar a conocer, y lograr una cierta familiaridad con las nuevas formas de cooperación en materia de cibercrimen, superando claramente los esquemas en los que la cooperación judicial se ha desenvuelto en el pasado.

El Convenio sobre cibercrimen del Consejo de Europa (STE 185), ratificado por España recientemente, ofrece un instrumento que pretende dar respuesta a los desafíos expuestos y en buena medida lo consigue. Ha sido desarrollado por el Consejo de Europa en cooperación con Canadá, Japón, Sudáfrica y los Estados Unidos de América y fue abierto a la firma en Budapest en 23 de noviembre de 2001 y entró en vigor el 7 de enero de 2004 (1).

(1) Hasta el momento (junio 2011) ha sido ratificado por los siguientes países: Albania, Alemania, Armenia, Azerbaijón, Bosnia-

Entre sus objetivos principales se encuentra la armonización de las legislaciones nacionales tanto en materia sustantiva como procedimental, definiendo las conductas que deben ser sancionadas, así como asegurando la existencia de mecanismos legales que faciliten la investigación del cibercrimen y en general los delitos cometidos por medio de sistemas informáticos o cuya prueba pueda obtenerse en formato electrónico, creando a su vez mecanismos de cooperación urgentes y efectivos para que unos Estados y otros puedan prestarse diversas formas de asistencia específicamente diseñadas por razón de la materia.

La sofisticación creciente del cibercrimen supone un desafío al marco normativo internacional

En la sección 1.^a del capítulo II se definen, en primer lugar, nueve tipos de delitos agrupados en cuatro categorías diferentes: acceso ilícito de sistemas informáticos; interceptación ilícita de datos o transmisiones electrónicas; destrucción de datos informáticos; ataques a sistemas informáticos; abuso de programas o dispositivos informáticos; falsedades y fraudes informáticos; delitos relacionados con la pornografía infantil; y delitos relacionados con los derechos de autor, con una finalidad armonizadora de las diversas legislaciones nacionales (2).

En la sección 2.^a del capítulo II, se recogen cuestiones procesales cuyo alcance va más allá de los delitos definidos en la Sección 1.^a, dado que se aplicarán a cualquier delito cometido por medio de un sistema informático o cuando la evidencia se encuentre en formato

Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Macedonia, Moldavia, Montenegro, Noruega, Portugal, Rumanía, Serbia, Ucrania.

(2) En el ámbito de la Unión Europea también resulta de aplicación la *Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información*, cuya implementación en nuestro ordenamiento interno se ha producido mediante la *LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Existe en trámite una Propuesta de Directiva sobre ataques a los sistemas de información de fecha 30.9.2010 que reemplazará a la referida Decisión Marco.

electrónico, determinando las garantías aplicables, y asegurando las siguientes facultades procesales: conservación inmediata de datos informáticos almacenados, preservación y divulgación inmediata de datos de tráfico, registro y confiscación de datos informáticos almacenados, recogida en tiempo real de datos informáticos, e interceptación de datos de contenido, así como diversas disposiciones en materia de competencia territorial y conflictos de jurisdicción.

En el capítulo III, que analizaremos a continuación con más detalle con el fin de lograr una cierta familiaridad con sus disposiciones, se contienen las normas relativas a la asistencia judicial mutua y extradición, y distingue dos situaciones: cuando no hay base normativa aplicable (tratados, leyes, o criterios de reciprocidad, etc.) entre las partes, en cuyo caso las disposiciones del propio convenio servirán de base normativa en la que fundar una petición de auxilio o extradición; o cuando ya existen previos tratados o acuerdos vigentes, supuesto en el que las previsiones del convenio complementarán sus disposiciones. Además, se diseña una red 24/7 para garantizar la prestación inmediata de asistencia entre las partes.

Principios generales de la asistencia judicial relativa al cibercrimen (art. 23 del Convenio):

- **Ámbito objetivo.** La cooperación judicial que se diseña en este convenio deberá abarcar todos las infracciones penales relacionadas con sistemas y datos informáticos, así como la obtención de pruebas en formato electrónico relacionadas con cualquier tipo de delito, aunque no se hayan cometido por medios informáticos (p.e. homicidio).
- **Principio de máxima cooperación posible.** El artículo 23 del convenio establece que las Partes deberán prestarse entre sí *la más amplia cooperación posible*. Ello requiere eliminar los obstáculos a una fluida e inmediata circulación de informaciones y pruebas en el ámbito internacional, de tal forma que los posibles motivos de denegación y ralentización en la respuesta a las solicitudes de asistencia deben ser restringidos o limitados (*principio pro cooperatione*).
- **Principio de doble incriminación.** Podrá supeditarse la asistencia judicial a la exigencia de doble incriminación, que se entenderá cumplida cuando la

conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita la asistencia constituya un delito en virtud de su derecho interno. En concreto, no podrá rehusarse la colaboración en relación con las infracciones previstas en los artículos 2 a 11 del convenio bajo el pretexto de tratarse de una infracción de carácter fiscal, lo que en ocasiones algunas legislaciones vienen a contemplar como motivo genérico de denegación.

- **Transposición de las disposiciones del Convenio en los respectivos ordenamientos internos y principio de salvaguarda.** Cada Estado contratante deberá adoptar las medidas legislativas o de otro tipo que en cada ordenamiento interno resulten necesarias para cumplir las obligaciones establecidas en los artículos 27 a 35 (disposiciones sobre cooperación judicial, extradición y creación de Red 24/7).

La lucha contra el cibercrimen requiere una intensa, ágil y eficaz cooperación internacional, que supere los esquemas hasta ahora vigentes

Expresamente se establece que determinadas modalidades de asistencia podrán denegarse cuando la solicitud vaya referida a un delito que la Parte requerida considere como *delito político*, o cuando la ejecución de la solicitud pudiera *atentar contra la soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido*. También deberá garantizarse, al tratarse de un requisito de orden público, el respeto de los derechos fundamentales. En esta materia resulta frecuente la invocación de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, que pueden convertirse en motivos de denegación, pues los Estados, en virtud de tratados internacionales, o sus propios textos constitucionales o leyes internas, vienen obligados a garantizar su salvaguarda, de tal modo que la ejecución de una solicitud podrá

ser denegada en los mismos supuestos en los que lo sería en un caso nacional de las mismas características, como analizaremos posteriormente.

- **Principio de agilización y eficacia.** Con el objeto de acelerar el cumplimiento de la solicitud de asistencia judicial, así como para asegurar la efectiva obtención de la prueba y evitar su pérdida o destrucción, dada la volatilidad de estos datos electrónicos, el convenio permite, por un lado, que en casos de urgencia, cada parte pueda transmitir las solicitudes de asistencia o comunicaciones relacionadas con las mismas por los medios de comunicación más rápidos posibles, incluidos el fax y el correo electrónico, si ofrecen las debidas garantías de seguridad y autenticidad, con confirmación oficial posterior si la parte requerida lo exige; y por otro lado que la parte requerida deberá dar respuesta a la solicitud por cualquiera de estos mismos medios urgentes de comunicación.

Formas específicas de cooperación previstas en el Convenio sobre cibercrimen:

El Convenio introduce modalidades específicas de asistencia judicial en atención a las características propias del fenómeno del cibercrimen, así como de la prueba electrónica relacionada con el resto de tipologías delictivas:

a) Preservación urgente de datos informáticos almacenados (art. 29).

Un Estado contratante podrá solicitar a otro que asegure la conservación urgente e inmediata de datos almacenados en un sistema informático que se encuentre en el territorio de ese Estado, respecto de los cuales el Estado requirente tenga intención de presentar una solicitud de asistencia mutua dirigida a la averiguación de esos datos almacenados. En las solicitudes de conservación deberá indicarse:

- La autoridad que solicita dicha conservación;
- el delito objeto de investigación y un breve resumen de los hechos relacionados con el mismo;
- los datos informáticos almacenados que deben conservarse y su relación con el delito;
- cualquier información disponible que permita identificar a la persona o servicio encargado de la

- custodia de los datos informáticos almacenados o la ubicación del sistema informático;
- e) la necesidad de la conservación; y finalmente,
 - f) indicación expresa de que la autoridad solicitante se propone presentar una solicitud de asistencia mutua para la obtención de los datos informáticos almacenados cuya conservación se solicita.

Dicha solicitud, que podrá remitirse de forma urgente a través de la Red 24/7 que prevé el propio Convenio, provoca la obligación en la parte requerida de adoptar las medidas necesarias para conservar de forma inmediata los datos especificados de conformidad con su derecho interno.

Cuando la parte requerida considere que la conservación por sí sola no bastará para garantizar la futura disponibilidad de los datos o pondrá en peligro la confidencialidad de la investigación de la parte requirente o causará cualquier otro perjuicio a la misma, informará de ello sin demora a la parte requirente, la cual decidirá entonces si pese a ello debe procederse a la ejecución de la solicitud.

A estos efectos, no se requerirá la doble tipificación penal como condición para proceder a la mera conservación de los datos almacenados, respecto de los delitos previstos en los artículos 2 a 11 del presente Convenio, aunque sí podrá exigirse cuando se trate de delitos distintos, en cuyo caso podrá denegarse la solicitud de conservación si se tienen motivos para creer que la condición de la doble incriminación no podrá cumplirse en el momento de la revelación de los datos a cuya conservación se dirige la solicitud.

Las medidas de conservación adoptadas en respuesta a la solicitud tendrán una duración mínima de sesenta días, con objeto de permitir a la Parte requirente presentar la solicitud de auxilio judicial para la obtención de los datos conservados. Cuando se reciba dicha solicitud, seguirán conservándose los datos hasta que se adopte una decisión sobre el fondo de la solicitud.

b) Revelación urgente de datos de tráfico almacenados (art. 30).

En ocasiones una misma transmisión electrónica involucra a varios servidores en cadena situados en dife-

rentes países, dificultando así la investigación, siendo preciso rastrear y revelar el camino seguido por el ciberdelincuente.

Por eso el artículo 30 del Convenio establece una obligación positiva en los casos en los que, con motivo de la ejecución de una solicitud para la conservación de datos sobre el tráfico en relación con una comunicación específica presentada de conformidad con el artículo 29, la parte requerida descubra que un proveedor de servicios de otro Estado ha participado en la transmisión de la comunicación. En ese caso, la Parte requerida deberá comunicar inmediatamente a la Parte requirente los datos de tráfico para identificar al proveedor de servicios sito en un Estado diferente y la vía por la que se transmitió la comunicación.

c) Acceso a datos informáticos almacenados (art. 31).

En virtud de esta modalidad de asistencia un Estado podrá requerir a otro el descubrimiento, registro, incautación o decomiso de datos almacenados en un sistema informático sito en su territorio, entre los que pueden encontrarse lógicamente aquellos que hayan sido objeto de una previa orden de conservación.

Se dará respuesta lo más rápida posible a la solicitud cuando existan motivos para creer que los datos pertinentes están especialmente expuestos al riesgo de pérdida o modificación.

d) Acceso transfronterizo a datos almacenados, con consentimiento o cuando estén a disposición del público (art. 32).

Un Estado podrá, sin precisar la autorización de otro Estado:

- a) Tener acceso a datos informáticos almacenados que se encuentren a disposición del público (fuente abierta), con independencia de la ubicación geográfica de dichos datos; o
- b) Tener acceso o recibir, a través de un sistema informático situado en su territorio, datos informáticos almacenados situados en otro Estado, si obtiene el consentimiento lícito y voluntario de la persona legalmente autorizada para revelar los datos a la Parte por medio de ese sistema informático.

e) Asistencia mutua para la obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico (art. 33).

Las partes se prestarán asistencia mutua para la obtención en tiempo real de datos de tráfico asociados a comunicaciones específicas llevadas a cabo en su territorio, transmitidas por medio de un sistema informático. Cada parte prestará dicha asistencia como mínimo, respecto de los delitos por los que se podría conseguir la obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico en un caso similar en su país, salvo reserva.

f) Asistencia mutua relativa a la interceptación en tiempo real de datos sobre el contenido (art. 34).

Las partes se prestarán asistencia mutua para la obtención o grabación en tiempo real de datos sobre el contenido de comunicaciones específicas transmitidas por medio de un sistema informático, en la medida en que lo permitan sus tratados y el derecho interno aplicables, salvo reserva.

g) Transmisión espontánea de información (art. 26).

Dentro de los límites de cada derecho interno, y sin petición previa, una parte podrá comunicar a otra parte información obtenida en el marco de sus propias investigaciones cuando considere que la revelación de dicha información podría ayudar a la parte receptora a iniciar o llevar a cabo investigaciones o procedimientos en relación con delitos previstos en el presente Convenio.

Antes de comunicar dicha información, la parte que la comunique podrá solicitar que se preserve su confidencialidad o que se utilice con sujeción a determinadas condiciones. Si la parte receptora no puede atender esa solicitud, informará de ello a la otra parte, que deberá entonces determinar si a pesar de ello debe facilitarse la información o no. Si la parte destinataria acepta la información en las condiciones establecidas, quedará vinculada por las mismas.

h) Creación de red de puntos de contactos permanente. Red 24/7 (art. 35).

Para facilitar las actuaciones urgentes, en concreto la urgente conservación de datos en otro país, el Convenio crea una red de puntos de contacto sobre una base de 24 horas al día, 7 días a la semana, con objeto de

garantizar la prestación de ayuda inmediata para los fines de las investigaciones o procedimientos relacionados con delitos vinculados a sistemas y datos informáticos, o para la obtención de pruebas electrónicas de un delito.

Cada Estado contratante deberá establecer un punto de contacto de estas características para la cooperación en los casos urgentes, así como asegurar la disponibilidad de personal debidamente formado y equipado, en coordinación con las autoridades responsables de la asistencia mutua internacional o extradición, lo cual viene a complementar los canales de cooperación ya existentes.

Dicha asistencia incluirá los actos tendentes a facilitar las siguientes medidas o su adopción directa, cuando lo permitan la legislación y la práctica internas:

- a) El asesoramiento técnico;
- b) la conservación de datos en aplicación de los artículos 29 y 30;
- c) la obtención de pruebas, el suministro de información jurídica y la localización de sospechosos.

Asistencia mutua en ausencia de acuerdo internacional (art. 27). Cuando entre Estado requirente y requerido que hayan ratificado el Convenio sobre cibercrimen no exista vigente ningún tratado de asistencia mutua, el propio Convenio regula de forma subsidiaria la prestación de la asistencia requerida:

- **Vía de transmisión.** Cada parte designará la autoridad central encargada de enviar solicitudes de asistencia mutua y de dar respuesta a las mismas. Dichas autoridades centrales se comunicarán directamente entre sí.

En casos de urgencia, las solicitudes de asistencia mutua o las comunicaciones podrán ser enviadas directamente por las autoridades judiciales de la parte requirente a las autoridades correspondientes de la parte requerida. En tal caso, se enviará al mismo tiempo copia a la autoridad central de la parte requerida a través de la autoridad central de la parte requirente. En estos casos también podrá efectuarse el envío a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL). Cuando como consecuencia de la remisión directa, la autoridad

receptora no sea competente para tramitarla, remitirá la solicitud a la autoridad nacional competente e informará directamente a la parte requirente de dicha remisión.

- **Confidencialidad.** La parte requirente podrá solicitar a la parte requerida que preserve la confidencialidad de la solicitud y del objeto de la misma, salvo en la medida necesaria para su ejecución. Si la Parte requerida no puede cumplir esta petición de confidencialidad, lo comunicará inmediatamente a la parte requirente, que determinará entonces si pese a ello debe procederse a la ejecución de la solicitud.
- **Ejecución de las solicitudes.** Las solicitudes de asistencia mutua, en defecto de convenio sobre asistencia mutua aplicable, se ejecutarán de conformidad con los procedimientos especificados por la parte requirente, salvo que sean incompatibles con la legislación de la parte requerida. Con ello se trata de garantizar que la información pueda servir de prueba en el proceso penal seguido en el Estado requirente.

La parte requerida informará sin demora a la parte requirente del resultado de la ejecución de una solicitud de asistencia, así como de cualquier motivo que haga imposible la ejecución de la solicitud o que pueda retrasarla.

- **Denegación o aplazamiento de la ejecución de la solicitud.** Antes de denegar o posponer la asistencia, la parte requerida estudiará, previa consulta cuando proceda con la parte requirente, si puede atenderse la solicitud parcialmente o con sujeción a las condiciones que considere necesarias. Deberá motivarse cualquier denegación o aplazamiento de la asistencia solicitada.

Se recogen con motivos específicos de denegación de la asistencia si:

- a) La solicitud se refiere a un delito que la parte requerida considera delito político o delito vinculado a un delito político;
- b) la parte requerida considera que la ejecución de la solicitud podría atentar contra su soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales.

La parte requerida podrá posponer su actuación en respuesta a una solicitud cuando dicha actuación pudiera causar perjuicios a investigaciones o procedimientos llevados a cabo por sus autoridades.

- **Imposición de condiciones específicas por la autoridad requerida.** La parte requerida podrá supe- ditar la entrega de información o material en res- puesta a una solicitud a la condición de que:
 - a) Se preserve su confidencialidad cuando la solicitud de asistencia judicial mutua no pueda ser atendida en ausencia de esta condición,
 - b) no se utilicen para investigaciones o procedimien- tos distintos de los indicados en la solicitud.

Si la parte requirente no puede cumplir esas condi- ciones, informará a la otra parte, que determinará en tal caso si pese a ello debe facilitarse la infor- mación. Cuando la parte requirente acepte la con- dición, quedará vinculada por ella.

Cualquier parte que facilite información o material con sujeción a una de las condiciones expuestas, podrá requerir a la otra parte que explique, en rela- ción con dicha condición, el uso dado a dicha infor- mación o material.

Extradición. El artículo 24 del Convenio regula los prin- cipios generales aplicables en materia de extradición:

- **Principio pro extradictione,** en virtud del cual se obliga a las partes contratantes para que todos los delitos informáticos recogidos en los artículos 2 a 11 del Convenio puedan dar lugar a extradición en las respectivas legislaciones nacionales, siempre que sean punibles bajo la legislación de ambos Es- tados implicados y tengan prevista una pena priva- tiva de libertad de una duración máxima al menos de un año, o que estén sancionados con una pena más grave, sin perjuicio de que en virtud de otros Tratados de extradición que también resulten apli- cables entre las partes, o de criterios de reciprocidad, puedan rebajarse esos mínimos, en cuyo caso estos últimos serán de aplicación.
- **Principio de subsidiariedad,** según el cual, en de- fecto de Tratado de extradición vigente entre las partes contratantes, podrán aplicarse las disposi-

ciones del presente Convenio para fundamentar la petición de extradición respecto de cualquier delito de los comprendidos en los artículos 2 a 11, siempre que estén castigados en la legislación de las dos Partes implicadas con una pena privativa de libertad de una duración máxima de como mínimo un año, o con una pena más grave.

- **Principio aut decere aut judicare** (*entregar o juzgar*). La extradición quedará sujeta a las condiciones establecidas en el derecho interno de la Parte requerida o en los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la extradición. Pero cuando se deniegue la extradición únicamente por razón de la nacionalidad de la persona buscada, o porque la Parte requerida se considere competente respecto de dicho delito, la Parte requerida deberá someter el asunto, a petición de la Parte requirente, a sus propias autoridades judiciales para su persecución penal en el país requerido, y deberá informar del resultado final a la Parte requirente.

Investigación del cibercrimen y derechos fundamentales como causa de denegación

Como ya hemos mencionado, el propio Convenio sobre cibercrimen prevé la denegación de la asistencia cuando la ejecución de la solicitud pudiera *atentar contra la soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido*. En este aspecto cobra especial relevancia el respeto a los derechos fundamentales proclamados en los respectivos textos internos, normas constitucionales, o tratados internacionales, que puede convertirse en motivo de denegación en los mismos casos en los que también sería denegada la medida en un supuesto nacional de las mismas características.

En este sentido la investigación del cibercrimen aboca principalmente, como métodos principales de investigación u obtención de pruebas, al registro del equipo o sistema informático, o a la interceptación o averiguación de datos de conexiones electrónicas. Ambos inciden en planos abarcados por la protección del derecho a la intimidad, inviolabilidad del domicilio, o secreto de las comunicaciones (art. 18 de la Constitución Español-

la), lo que determina en nuestro ordenamiento interno la necesidad de autorización judicial habilitante, debidamente motivada, que deberá ponderar la necesidad y proporcionalidad de estas medidas injerentes, como presupuesto de la solicitud de asistencia judicial que se dirija a otro Estado para acceder tanto al lugar físico en el que se encuentren los equipos informáticos, como para averiguar las comunicaciones u obtener la cesión de datos por parte de los proveedores de servicios, debiendo adjuntar a la solicitud una copia de la resolución judicial que acuerde dichas injerencias.

En sentido inverso, en las solicitudes de asistencia pasiva, esto es, cuando la autoridad judicial española es la requerida para llevar a cabo la asistencia también deberá dictar una resolución motivada que justifique la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones cuya salvaguarda le compete, por hallarse el sujeto investigado, su domicilio o el proveedor de servicios en territorio de su competencia, comprobando la concurrencia de los mismos requisitos legales y constitucionales exigibles en un caso nacional de las mismas características. Para ello la solicitud deberá explicitar los indicios de criminalidad en los que se base, el delito que trate de investigarse, la justificación de la solicitud, y los demás datos que resulten imprescindibles para que la medida pueda llevarse a efecto.

En principio, y en relación con la petición de registro o de intervención de las comunicaciones que otro Estado dirija a España no se precisa que venga ordenada por autoridad judicial, exigiéndose tan solo que venga dictada por la autoridad judicial que en el Estado requirente sea competente para dictar ese tipo de medidas. Con ello queremos indicar que cada Estado es soberano para decidir qué autoridad interna le corresponde dictar este tipo de órdenes injerentes. Cuestión distinta es que emitida esa petición por la autoridad competente de un Estado (Juez, fiscal, agente de policía, etc.), una vez recibida en España, deba validarse judicialmente, de forma motivada, por exigencias de nuestro propio ordenamiento constitucional, por el Juez competente para la salvaguarda del derecho a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones. En modo alguno una autoridad judicial española podría acordar una medida que contraviniera el orden público que se deriva de nuestro ordenamiento jurídico, por más que la petición haya sido válidamente acordada en el Estado requirente, debiendo comprobar la concurrencia de

los mismos requisitos que se exigirían para su concesión en un caso nacional de las mismas características.

En la ejecución de solicitudes de auxilio dirigidas a España para la averiguación de datos de tráfico o relativos a conexiones electrónicas, debemos citar la importante *Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*, que regula esta materia, dictada en trasposición de la *Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE*. Tal y como se establece en el artículo 1 de la Ley 25/2007, para la averiguación de dichos datos, se precisará, en todo caso, autorización judicial previa, en el marco de una investigación penal por delitos graves, precisando en el artículo 7 del mismo texto legal, que la resolución judicial determinará, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, los datos conservados que han de ser cedidos.

La restricción legal de la posibilidad de averiguación de dichos datos que aparece concretada a los supuestos de delitos graves, parecería dejar fuera de juego, a primera vista, la mayoría de solicitudes de auxilio en materia de cibercrimen (fraudes en operaciones de comercio electrónico, sabotajes informáticos, delitos contra la propiedad intelectual, amenazas, coacciones o injurias producidas por estos medios, etc.). En este sentido, en nuestra opinión, no parece que el concepto de «gravedad» que delimita el ámbito investigativo en la Ley 25/2007 deba ceñirse únicamente a aquellos delitos que tienen previstas penas graves (art. 33 CP), esto es, castigados con pena de prisión superior a 5 años u otras que se detallan en el precepto, sino más bien parece que debemos atender a un criterio de gravedad determinable en atención a las circunstancias concretas del hecho y al grado de injerencia en el derecho fundamental, en el mismo sentido en el que se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en sendos supuestos de contrabando (STC 14/01 y 299/00), en los que establece que la gravedad del delito investigado, a efecto de acordar una medida injerente en el derecho al secreto de las comunicaciones, no ha de determinarse únicamente por la calificación de la pena legalmente

prevista, sino que también ha de tenerse en cuenta el bien jurídico protegido y la relevancia social de la actividad (STC 166/99), lo que, en definitiva nos reconduce a las exigencias propias del principio de proporcionalidad. A mayor abundamiento, en dichos supuestos examinados por el TC, se trataba, además, de validar la intervención de las comunicaciones, esto es, una injerencia en el contenido de lo comunicado, de mayor entidad que la averiguación de meros datos externos, por lo que en el juicio de proporcionalidad aún cabría admitir, cuando se trata de averiguar datos de tráfico, un ámbito de delitos de menor rigor punitivo, sin quebra del principio de proporcionalidad.

La investigación del cibercrimen aboca principalmente, como métodos principales de investigación u obtención de pruebas, al registro del equipo o sistema informático, o a la interceptación o averiguación de datos de conexiones electrónicas

Quizá lo deseable hubiera sido, al igual que en otros países europeos, por ejemplo Alemania, que el Legislador hubiera determinado el catálogo de delitos que posibilitarían, en atención al bien jurídico protegido, la relevancia social de la conducta, o en función del medio comisito empleado, la averiguación de los datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas.

Especial referencia a los ISP alojados en EE.UU.

La obtención de datos de registro de conexión o de suscriptores que guarde un proveedor de servicios (ISP) alojado en EEUU puede obtenerse, bien a través de una solicitud de asistencia judicial, o bien incluso directamente del ISP en algunos supuestos, como a continuación veremos. En cualquier caso cuando se trate de averiguar el contenido de correos electrónicos,

se requerirá siempre que la solicitud de auxilio judicial dirigida a EEUU exprese una «causa probable» (3) que justifique la expedición de una orden de registro.

Obtención de datos directamente del ISP mediante mandamiento judicial (4)

En algunos casos los ISP alojados en los Estados Unidos o sus afiliados en el país extranjero pueden proporcionar directamente a las autoridades extranjeras ciertas formas de asistencia, sin necesidad de presentar una solicitud formal de asistencia judicial a los Estados Unidos, cuando se trate de averiguar los siguientes datos, justificando siempre la sospecha de que se tengan esos datos por parte del proveedor de servicios:

- Datos de registro, teléfonos, titularidad, o posible cuenta alternativa.
- Posibles datos de pago o domiciliación bancaria.
- Números de conexión IP de los accesos a las bandejas de correo.
- Lista de contactos de la cuenta.

(3) El término proviene de la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual dispone que: «no se emitirá ninguna orden, salvo si existe causa probable corroborada por juramento o afirmación, y con una descripción específica del lugar que debe ser registrado y las personas que serán detenidas o los objetos que serán embargados». El Tribunal Supremo de los Estados Unidos estableció que esta norma se cumple si «los hechos y las circunstancias de los cuales [el Gobierno] tiene conocimiento y sobre los cuales [el Gobierno] tiene información razonablemente digna de confianza fueran suficientes por sí mismos para justificar que una persona con cautela razonable pueda creer que se cometió o se está cometiendo un delito» y que las pruebas del delito se encuentran en el lugar que se va a registrar.

(4) Si el proveedor es MICROSOFT CORPORATION (actualmente presta los servicios Hotmail, MSN, Windows Live, y sus servidores se encuentran en EEUU), el Juez español podrá solicitar estos datos a:

Microsoft Corporation One Microsoft Way,
Redmond WA 98052-6399 Estados Unidos

pero remitiendo directamente el Mandamiento judicial por correo electrónico o fax a: v-memedi@microsoft.com o por fax: 91 391 90 01 (teléfono: 985 23 69 23).

A continuación se enviará su original a:

MICROSOFT IBÉRICA (DEPARTAMENTO LEGAL),
Paseo del Club Deportivo. Centro Empresarial La Finca-Edificio 1.
28223-POZUELO DE ALARCÓN (MADRID)

indicando si se ha adelantado la petición por fax o email.

Microsoft Ibérica gestionará la petición y contestará directamente al Juzgado o grupo policial que haya gestionado el Mandamiento.

Microsoft conserva 60 días las IPs de acceso a las bandejas de correo electrónico, y los datos de Windows Live ID (unas 15 IPs guardadas aleatoriamente de cualquier servicio) durante 365 días, pero a medida que se use la cuenta se irán sobrescribiendo.

- Nombre de un espacio creado por una cuenta de correo.
- Nombre de un perfil creado por una cuenta de correo.
- Nombre de grupos a los que pertenezca una cuenta de correo.
- Windows Live Records o números de conexión IP Passport.

En estos casos basta expedir un mandamiento judicial que concrete correctamente la denominación de la cuenta de correo, URL, etc., e indicar expresamente los datos que de los mismos se soliciten.

Obtención de datos mediante solicitud de asistencia judicial

Para obtener de un ISP que se encuentre en EEUU la divulgación de contenidos podrá dirigirse una solicitud formal de asistencia que incluya una descripción precisa de los datos que se tratan de obtener y una explicación detallada de las razones por las que la obtención de estos datos ayudaría a la investigación, pues únicamente podrá emitirse una orden del Tribunal competente para su divulgación si se ofrecen hechos específicos y claramente expresados que demuestren que existen motivos razonables para creer que el contenido, o los registros, u otra información buscada son pertinentes e importantes para la investigación en curso.

Si se concede la orden de divulgación, el ISP o el servicio de hospedaje de sitios web copiarán los datos solicitados y los entregarán en un medio electrónico o impreso en papel, o de ambas formas, a la autoridad de los Estados Unidos que ejecuta la solicitud para el país extranjero.

En el caso de España, para las solicitudes de auxilio judicial dirigidas a Estados Unidos podrá invocarse tanto el *Convenio sobre Cibercrimen*, como el *Texto integrado de las disposiciones del Tratado de Auxilio Judicial en Materia Penal entre los EEUU y España de 20 de noviembre de 1990 y del Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y EEUU de 2003*, y se transmitirá la solicitud a través del Ministerio de Justicia. Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional, Calle San Bernardo núm. 62, 28071-Madrid. Fax 91.390.44.57.

En concreto, será imprescindible cumplimentar una comisión rogatoria cuando se trate de averiguar:

- El contenido de una cuenta de correo electrónico.
- El contenido de alguno o algunos mensajes
- De sus destinatarios
- Las denominaciones de los asuntos de los mensajes
- Las IP logs
- El contenido existente en grupos, espacios, skydrive, perfiles, etc.

Estas informaciones podrán obtenerse siempre que los e-mails existan en las bandejas de un correo electrónico, pues los que no estén, por lo general, no podrán recuperarse por el ISP.

Para conseguir esta información es preciso definir detalladamente la existencia de indicios de criminalidad suficientes («causa probable») y la concreta relación o nexo causal entre los hechos delictivos y las cuentas de correo y los concretos mensajes enviados.

Sin estos datos expuestos con la necesaria profusión de detalles la autoridad judicial requerida puede denegar la «orden de registro» de cada cuenta o de cada mensaje.

La cantidad de prueba necesaria para conseguir una orden de registro se conoce como «causa probable» (5).

(5) Los siguientes ejemplos han sido extraídos de la *Guía breve para la obtención de asistencia legal mutua y extradiciones de los Estados Unidos*, publicada por la Oficina de Asuntos Internacionales, División Penal, del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, de fecha 8 de febrero de 2011, y permiten considerar que la información aportada es suficiente para justificar que existe causa probable para el registro de un lugar o de una cuenta de correo electrónico:

Ejemplo 1.- La policía acudió a un museo y vio que una pintura ya no estaba en el lugar que le correspondía; posteriormente, un testigo informó a la policía que, en fecha reciente, él vio la pintura robada en un lugar específico; una persona confesó a la policía que él cometió un delito y que las ganancias de ese delito se encuentran actualmente en un lugar específico; la policía realizó recientemente la vigilancia electrónica del teléfono de un individuo y lo oyó hablar acerca de cometer delitos con otra persona, y ponerse de acuerdo en seguir comunicándose por medio de una dirección de correo electrónico.

Ejemplo 2: Hubo un robo nocturno en un banco local. El día siguiente, J se presenta en la comisaría para informar que él vio a K entrar en el banco y volver a su automóvil con el dinero robado. J explica que, la noche del robo, él era el conductor del automóvil utilizado para la huida. Él y K planificaron juntos la operación la noche anterior, y la única responsabilidad de J era conducir el automóvil durante la huida. Aunque J sabe que se está incriminando él mismo al acudir a la policía, expresó remordimiento de conciencia por su participación en el delito. Cuando le muestran una serie de fotografías, J identifica a K como el asaltante y explica que, durante la fase de planificación del robo, K le envió comu-

nicaciones electrónicas utilizando su cuenta de Gmail, K@gmail.com, las cuales J había borrado de su propia cuenta de Yahoo! Como medida preventiva. J declara que, la noche del robo, K vestía pantalón y chaleco de color negro, y que tenía un tatuaje de una serpiente roja. La policía tiene cierta información que vincula a J y a K con el delito, incluido el hecho de que varios otros testigos vieron a dos personas que huían del lugar del delito en el tipo de automóvil que describió J.

En segundo lugar, para justificar la emisión de una orden de registro en los Estados Unidos, la solicitud no debe afirmar simplemente que la persona está implicada en la actividad delictiva y las pruebas de ello se encuentran en cierto lugar o cuenta de correo electró-

nicaciones electrónicas utilizando su cuenta de Gmail, K@gmail.com, las cuales J había borrado de su propia cuenta de Yahoo! Como medida preventiva. J declara que, la noche del robo, K vestía pantalón y chaleco de color negro, y que tenía un tatuaje de una serpiente roja. La policía tiene cierta información que vincula a J y a K con el delito, incluido el hecho de que varios otros testigos vieron a dos personas que huían del lugar del delito en el tipo de automóvil que describió J.

En este caso, aunque J es un delincuente, su declaración es suficientemente confiable porque, al hacerla, se está incriminando él mismo como cómplice del delito. Además, otra información que obtuvo la policía corrobora la declaración de J, por lo que existe prueba suficiente para concluir que, en efecto, fue K quien cometió el robo y llevó las pruebas y ganancias del delito a su casa, y que existe prueba relacionada con la planificación del robo en la cuenta Gmail de K (y, al parecer, en la cuenta Yahoo! de J también).

Ejemplo 3: Después de ser arrestada por prostitución el 31 de julio, P ofreció al detective Q información acerca de un presunto traficante de heroína. Aunque P ya ha sido arrestada muchas veces por prostitución ilícita y delitos relacionados con drogas, anteriormente, también ha proporcionado a la policía información valiosa y precisa acerca de los narcotraficantes del vecindario. En este caso, ella informa al detective Q que R es un traficante de heroína en el vecindario, y que él le dijo el día anterior que acababa de recibir un envío de 100 kilogramos de heroína en su apartamento número 3B ubicado en 23 Spruce Street. P explicó además que R afirmó que conserva ahí registros detallados de todas sus transacciones de drogas y que cuadra sus cuentas con sus proveedores de drogas a través de correos electrónicos utilizando su cuenta R@msn.com. La policía consultó con la oficina del gobierno local y determinó que en 23 Spruce Street, hay un edificio de 10 apartamentos, y que R no era el arrendatario registrado del apartamento 3B ni de ningún otro apartamento en el edificio. La policía consultó con MSN, y confirmó que R es el suscriptor de esa dirección electrónica.

En este caso, aunque P es delincuente reincidente y la policía no puede confirmar que R es el inquilino registrado del apartamento 3B, anteriormente, P ha proporcionado de manera constante a la policía información precisa y útil. Por lo tanto, debe considerarse como confiable. La base de su información también es suficiente, ya que ella afirma que R le confirmó que él acababa de recibir un envío de drogas ilícitas, y que conserva las pruebas de sus operaciones de narcotráfico en el apartamento. El apartamento y la cuenta electrónica que se van a registrar se describen con precisión, así como los elementos de prueba que se encontrarán ahí. Conviene añadir que si P hubiera dicho que R le informó de esto hace un año, no existiría causa probable porque sería improbable que las drogas y los registros estuvieran todavía en el apartamento o en la cuenta electrónica. También es importante señalar que si P no hubiera sabido en qué apartamento vivía R, un juez de los Estados Unidos no autorizaría el registro de todos los apartamentos del edificio ubicado en 23 Spruce Street.

nico. Esto sería considerado como una conclusión desprovista de base objetiva y sería rechazada. Para que sea viable, debe incluirse una descripción detallada del origen de las pruebas.

En suma, para obtener una «orden de registro» en los Estados Unidos, la descripción de los hechos en la solicitud de asistencia legal debe, en la medida de lo posible, cumplir lo siguiente:

1. Debe describirse el lugar específico que se ha de registrar y los objetos específicos que deben obtenerse.
2. Debe aportarse información confiable que demuestre que es probable que se encuentren las pruebas del delito en el lugar que se va a registrar.
3. La información no puede ser demasiado antigua, pues de lo contrario, puede considerarse que ya no es probable que existan pruebas en el lugar que se va a registrar.

También debemos tomar en cuenta la dificultad de obtener auxilio judicial de EEUU en temas relacionados con la libertad de expresión (injurias o calumnias a través de Internet). Los límites constitucionales relacionados con la Primera Enmienda son muy altos lo que eleva la protección de la libertad de expresión en todas las conductas que no estén directamente relacionadas con un delito muy grave tal como el asesinato o el atentado terrorista.

La cantidad de prueba necesaria para conseguir una orden de registro se conoce como «causa probable»

Por último, los EEUU no suelen otorgar prioridad a las peticiones de auxilio judicial relacionadas con delitos menos graves, o cuya cuantía económica no exceda de una determinada cantidad, lo que debe tomarse en cuenta y valorarse antes de emitir una solicitud de auxilio judicial, por ejemplo, en los abundantes supuestos de estafas menores cometidas a través de internet.

Interceptación de telecomunicaciones o datos informáticos en tiempo real

Actualmente, las leyes de los Estados Unidos no permiten la interceptación en tiempo real del contenido de mensajes informáticos o de telecomunicaciones, ni tampoco el reenvío del volcado a una cuenta de correo alternativa controlada por el Juzgado o la policía, conforme a una solicitud de asistencia relacionada únicamente con un delito cometido en el extranjero. Esta medida sólo se aplica si existe una investigación de los Estados Unidos y el asunto que se está investigando constituye un delito especificado en los Estados Unidos.

No obstante, en ciertos casos pueden llegar a obtenerse la interceptación en tiempo real de datos que no sean de contenido, como los números de teléfono que marca una persona o los datos de conexión que muestran las direcciones de Protocolo de Internet (IP) a las que se enviaron o de las que se recibieron mensajes de correo electrónico. Este tipo de datos puede ser útil para determinar, por ejemplo, la ubicación de los integrantes de un grupo delictivo.

Orden de preservación (6)

Si una autoridad extranjera tiene intención de dirigir una solicitud a los Estados Unidos para la obtención de datos informáticos almacenados, resulta aconsejable

(6) En el caso de MICROSOFT la Orden de Salvaguarda va dirigida a *Microsoft Corporation One Microsoft Way, Redmond WA 98052-6399 Estados Unidos*, y puede avanzarse a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en cuyo caso se contestará directamente al Grupo que lo remita), o bien remitirla directamente el Juzgado, por correo electrónico o fax a v-memedi@microsoft.com o por fax: 91 391 90 01 (teléfono: 985 23 69 23).

Microsoft Ibérica gestionará la petición y contestará directamente al Juzgado o grupo policial, asignando un código a dicha gestión, que deberá hacerse constar en el trámite de la comisión rogatoria.

Cuando se haya iniciado el trámite de la comisión rogatoria Microsoft Corporation aceptará una única solicitud de salvaguarda de contenido por parte de las Autoridades competentes, que habrá de ser remitida por escrito firmado oficialmente, dirigido y enviado como previamente se ha indicado y expresando con exactitud los datos y las cuentas requeridas. Basta con informar en dicho escrito que está en trámite una comisión rogatoria internacional y que por ello, se solicita la salvaguarda del contenido existente en las bandejas de la cuenta de correo electrónico.

Cuando Microsoft Corporation procesa dicha salvaguarda, hace un volcado puntual (sólo ese día) del contenido existente en todas las bandejas de la cuenta de correo, asigna un código a la gestión y es la propia compañía la que conserva el archivo (lleno o vacío, según esté) 180 días.

solicitar en primer lugar y de forma urgente la preservación de los datos, antes de dirigir la solicitud de averiguación. La preservación de los datos será gestionada de forma inmediata, y garantiza que el Proveedor de Servicio de Internet (ISP) que guarda la información no la destruya como acontece de forma periódica, o que el titular de la cuenta u otra persona que tenga acceso a los datos no los borre ni los transfiera. Los ISP en los Estados Unidos no están obligados a guardar datos y con frecuencia borran los registros de transmisión así como el contenido de los mensajes de correo electrónicos una vez que ya no son necesarios por motivos comerciales.

A continuación, describiremos los diversos métodos para la preservación de datos:

- En algunos supuestos los ISP en los Estados Unidos cuentan con afiliados en otros muchos países extranjeros. En estos casos, existe la posibilidad de que las autoridades extranjeras contacten directamente con esas oficinas para preservar los datos, sin necesidad de dirigirse a las autoridades estadounidenses, lo que agiliza los trámites.
- Asimismo, algunos ISP en los Estados Unidos también permiten que las autoridades extranjeras soliciten directamente la preservación de cuentas, siempre que las solicitudes se presenten con el sello oficial del organismo que busca la información.
- Las autoridades extranjeras también pueden dirigirse directamente a las autoridades de los Estados Unidos para que preserven los datos informáticos almacenados (por ejemplo, registros de transmisión, información del suscriptor, contenido de los mensajes de correo electrónico e información en sitios web).

La solicitud de preservación a las autoridades de los Estados Unidos se puede presentar por diversos conductos. Se puede emplear el punto de contacto de la red 24/7, o también puede presentarse la

solicitud a la OIA o a la Sección de Delitos de Informática y Propiedad Intelectual (CCIPS) del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Un fiscal de enlace de los Estados Unidos o el agregado del orden público de los Estados Unidos en el país extranjero (por ejemplo, la FBI, la DEA, el ICE o la oficina del Servicio Secreto de los EE.UU.) también pueden obtener la preservación de los datos informáticos almacenados en los Estados Unidos.

Si se usan estos conductos, los datos pueden preservarse durante 90 días en espera de recibir la solicitud de asistencia legal mutua del país extranjero que busca la divulgación de esa información. El período de 90 días puede prolongarse a petición y justificación de la parte requirente.

La solicitud de preservación de datos debe incluir una descripción breve del delito correspondiente, una descripción precisa de los datos que deben preservarse, una descripción breve de la relación de los datos con el delito y una declaración de que esa petición irá seguida de una solicitud de asistencia judicial mutua para la obtención de los datos que se desea preservar.

En virtud de dichas órdenes de preservación, el ISP conservará los datos (es decir, realiza una copia de los datos existentes a la fecha de la solicitud de preservación). Cuando se presente la solicitud formal de asistencia judicial mutua para la obtención de datos informáticos, el Estado solicitante debe indicar si los datos ya fueron preservados, indicando la referencia que proporcione el ISP.

A modo de conclusión, a riesgo de que en un intento de clarificación hayamos podido generar en algunos aspectos aún mayor confusión, nuestro propósito a la hora de confeccionar las anteriores líneas se ha dirigido simplemente a la concienciación de los variados y urgentes problemas que el fenómeno del cibercrimen cierra sobre la sociedad en su conjunto, en una dimensión transnacional, desconocido en sus potenciales y verdaderas dimensiones hace tan sólo 10 años, tratándose de una materia en la que la cooperación judicial debe «espabilarse» y romper los esquemas con los que tradicionalmente ha venido operando, pues sólo una cooperación judicial ágil, intensa y eficaz capaz de utilizar todos los medios a su alcance permitirá combatir este fenómeno delictivo del siglo XXI. Pongamos nuestras imprescindibles manos en la labor.

Por ello, si la tramitación de la comisión rogatoria se prolongase durante más tiempo, para que no caduque dicho archivo, hay que mandar otro escrito oficial solicitando la extensión de la salvaguarda. Como máximo se pueden tramitar dos solicitudes de extensión de la salvaguarda [máximo 2, total 540 días]

Cuando se cumplimente la comisión rogatoria directamente por Microsoft Corporation (USA), Microsoft facilitará el volcado que se hizo en atención a la solicitud de salvaguarda (si no caducó) y otro volcado puntual que realiza el día en el que contesta.

Intervención por videoconferencia internacional del imputado y crítica de la razón práctica

opina María Poza Cisneros
Magistrada del Juzgado de lo Penal 4 de Murcia

«La comunidad -más o menos estrecha- que ha ido estableciéndose entre todos los pueblos de la tierra ha llegado ya hasta el punto de que una violación del derecho, cometida en un sitio, repercute en todos los demás; de aquí se infiere que la idea de un derecho de ciudadanía mundial no es una fantasía jurídica, sino un complemento necesario del código no escrito del derecho político y de gentes, que de ese modo se eleva a la categoría de derecho público de la humanidad y favorece la paz perpetua, siendo la condición necesaria para que pueda abrigarse la esperanza de una continua aproximación al estado pacífico».

Immanuel Kant, «La paz perpetua».

Sobre globalización, cooperación y tecnología

Transcurridos más de dos siglos desde que se escribieran estas palabras, la sucesión de múltiples conflictos bélicos y, en particular, la experiencia, en apenas cincuenta años, de dos guerras mundiales, no ha venido a confirmar, precisamente, el pronóstico, transido de esperanza en el Derecho internacional como instrumento de pacificación universal, que aquéllas expresaban. Sin embargo, sería difícil discutir el carácter profético de un planteamiento inicial que anticipaba el fenómeno de la globalización y su necesario impacto en la regulación jurídica de las relaciones entre ciudadanos de distintos Estados y entre los propios Estados. En fechas recientes, trágicos, pero puntuales acontecimientos, como los atentados del 11-S, han impulsado, ciertamente, en los países de nuestro entorno, un Derecho Penal, sustantivo y procesal, en el que las pretensiones de eficiencia se imponen sobre la preocupación garantista. Pero, a su vez, estos acontecimientos han obligado a reforzar los instrumentos de cooperación jurídica internacional, superando o mitigando el apego soberanista de los Estados, especialmente acusado en materia penal.

En esta «comunidad involuntaria fundada sobre los riesgos corridos por todos» (Habermas), las innova-

ciones tecnológicas, en particular las que han revolucionado las comunicaciones, sin las cuales no es posible entender el fenómeno de la globalización, representan un recurso más de facilitación de la cooperación. Siempre, claro está, que exista la habilidad y, sobre todo, la voluntad de los Estados para reconocerles su lugar en el espacio, receloso a los cambios, en el que se desenvuelve el Derecho Público Internacional. Y aunque, en ocasiones, la negociación política ha subvertido el orden lógico aparente, no cabe duda de que la apertura a las tecnologías ha de iniciarse en el ámbito del Derecho interno. Con la cautela, en ambos casos, prestada de nuevo del campo filosófico, de evitar un postulado extremo del racionalismo crítico que utilice la tecnología como paradigma de la racionalidad práctica. En otras palabras, bajo la inspiración aristotélica de distinguir habilidad o técnica y bondad ética, habremos de ser conscientes de que el uso de una novedosa tecnología, como la videoconferencia internacional, no representa sino un instrumento al servicio de un fin, en este caso la asistencia judicial internacional, cuya bondad será evaluada por otros criterios y a cuya consecución puede coadyuvar dicho instrumento, en determinadas condiciones.

Sobre la discutida y discutible corrección de las normas nacionales repuladoras del uso de la videoconferencia

En nuestro país, la peligrosa confusión de medios y fines, la seducción tecnológica como heredera penúltima del mito del progreso, ha propiciado, entre otras cosas, en el ámbito normativo, una entusiasta, pero acaso poco realista y, sobre todo, escasamente meditada, acogida, a un uso de nuevas tecnologías en el proceso penal que,

tan tangible y vistoso como artificioso, se ofrece como canon de virtud, marginando el complicado ejercicio de equilibrio entre eficiencia y garantía que únicamente podrá revelar la bondad intrínseca del sistema.

En esta línea, por ejemplo, el legislador español estuvo ciertamente pronto al reconocimiento normativo de la intervención de sujetos procesales a distancia, en principio, a través de la cobertura legal genérica que proporcionaba el artículo 230.1 LOPJ, desde su reforma por LO 16/1994, y, más tarde, con la reforma de la LECrim. operada por LO. 13/03, a través de su regulación expresa en el nuevo artículo 731 bis, que prevé que *«por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, se podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3.º del art. 229 de la L.O.P.J.»*, introducido por la misma LO. 13/03 y que regula las condiciones de dichas declaraciones, *«asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa»*, debiendo acreditar, además, el Secretario Judicial del Juzgado o Tribunal que haya acordado la medida, *«desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo»*.

Desde este avanzado planteamiento patrio, en una extrapolación arriesgada de la formulación del imperativo categórico, el legislador español habría de salir al ruedo internacional convencido de que su máxima, la aceptación de la videoconferencia

**El uso de una
novedosa
tecnología,
como la
videoconferencia
internacional,
no representa
sino un
instrumento
al servicio
de un fin**

en el proceso penal, también respecto de la intervención del imputado, debiera convertirse fácilmente en ley universal. Claro está que su convicción universalista, hipotéticamente válida en el reino de las ideas, encontraría de inmediato refutación en el Derecho, esencialmente relativo, que impera en el terreno de la práctica. Porque, obviamente, el legislador español no era el único que había traducido a normas positivas nacionales sus particulares postulados sobre la intervención a distancia del imputado en el proceso penal. En Italia se admitía el uso de videoconferencia, de forma genérica, desde 1992 y, posteriormente, por leyes de 7 de enero de 1998 y 19 de enero de 2001, se contempla, de manera específica, pero restringida, para detenidos y presos que, por su acreditada peligrosidad, no sea aconsejable someterlos a un traslado arriesgado. Previsiones semejantes se incorporan en Francia y Estados Unidos.

Las provisiones son semejantes, pero, por supuesto, en absoluto idénticas a la solución española. La diversidad normativa de los ordenamientos nacionales constituye un necesario presupuesto del Derecho Internacional Público y un obstáculo elemental, pero superable, en la asistencia judicial internacional, desde la confianza en la posibilidad de una racionalidad comunicativa, frente a la exageración de la absoluta contextualización de las normas. La facilidad o dificultad del hallazgo de un punto de encuentro, de un acuerdo comunicativo, dependerá del sector del ordenamiento de que se trate y del grado de afectación de los principios rectores de ese sector, en relación con una institución o tipo de cooperación. Si nos referimos a la participación de un imputado por videoconferencia internacional, entramos en un sector, como el Derecho Penal, defendido con singular celo soberanista por los Estados. Pero, además, más allá de la apariencia, no se trata de una simple opción dependiente del desarrollo tecnológico de los sistemas de justicia interesados.

Las diferencias trascienden lo puramente tecnológico, procedimental y ritual, para hundir sus raíces en el terreno de principios esenciales del proceso penal, como la intermediación, el derecho de defensa o los límites de exigencia de presencia en juicio del acusado. Principios supuestamente comunes en los sistemas democráticos, pero susceptibles de traducciones concretas muy dispares, incluso dentro de nuestro propio entorno cultural.

Sucede, además, que la aparente claridad de nuestra «máxima» en la materia, verbalizada en los artículos citados, se ha visto cuestionada sin necesidad de traspasar fronteras. Las primeras experiencias de intervención del imputado a través de videoconferencia, en ausencia todavía de previsión legal expresa, recibieron en España, como es bien conocido, una seria reprobación en determinadas instancias.

Así, el conocimiento de que «en algún Tribunal Superior de Justicia se celebran juicios orales en materia penal a través de videoconferencia» fue el antecedente invocado por la Fiscalía General del Estado para dictar la Instrucción 1/2002, de 7 de febrero, que cuestionaba esta práctica, en cuanto la afectación de derechos fundamentales que comportaba se entendía reclamaba un desarrollo por ley, no necesariamente orgánica, expreso, reputándose insuficiente la previsión genérica del art. 230.1 LOPJ. Unos días después, sin embargo, para la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, el art. 230.1 LOPJ encarna ya un «principio general de autorización» que «sólo debe ceder en casos de afectación de derechos fundamentales (que exige cobertura legal ex art. 53.1 de la Constitución), de inidoneidad del medio para los fines que se persiguen, o de falta de proporcionalidad.» Pese a que se había razonado (sucintamente, bien es cierto) que la videoconferencia afectaba los principios de intermediación, publicidad y contradicción y en consecuencia, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, con mayor motivo, razonablemente, cuando suplía la presencia física del acusado, la nueva Instrucción venía a admitir esta práctica, parece que sin esperar mayor desarrollo normativo. Se mencionaba, precisamente una normativa internacional que ya deparaba esa cobertura expresa, desde la firma del Estatuto de Roma y del Convenio 2000, con la referencia a los casos en que la «*persona que debe intervenir en una actuación reside fuera de la sede del órgano jurisdiccional*», si bien sus argumentos sugieren que se está aludiendo a diligencias de investigación y no de prueba en juicio oral. Incluso en el ámbito nacional, la Fiscalía asumía ahora una defensa entusiasta de los beneficios, en términos de seguridad y costes, que deparaba este

medio, respecto a la alternativa de traslado desde centros penitenciarios de «*la persona –nuevamente sin distingos– que debe comparecer ante un Juzgado o Tribunal, para la práctica de algún acto procesal*». El único complemento exigido a la previsión genérica era la motivación de la idoneidad y proporcionalidad de la medida.

Por otra parte, a finales del mismo año 2002, comenzaba en Alicante la celebración del primer juicio con presencia virtual de los acusados, a través de videoconferencia establecida con los centros penitenciarios de Fontcalent y Picassent en que se encontraban internados. Los extensos argumentos anticipados por el tribunal para autorizar esta modalidad de celebración del juicio del denominado «motín de Fontcalent», en auto de 29 de julio de 2002, reproducidos, en parte, en su sentencia de su Sección Primera, de 2 de diciembre de 2002, serían rebatidos por la STS 678/2005, de 16 de mayo. Con cierta ironía, tras recordar los argumentos de los Juzgadores a *quibus*, el Ponente de esta sentencia comenzaba por preguntarse «*por qué no se celebran ya en la actualidad todos los Juicios orales, al menos aquellos en los que los acusados se encuentran en situación de prisión preventiva, mediante el sistema de videoconferencia pues, según se afirma, todo lo que ofrece esta innovadora fórmula son múltiples ventajas, sin merma alguna de los derechos fundamentales y garantías propios de nuestro enjuiciamiento penal*». Las objeciones planteadas, que conducirían a la anulación del juicio, no se centraban, ahora, en la ausencia de cobertura legislativa expresa, introducida con posterioridad a la celebración de aquél y recogida en la propia sentencia de casación, sino en los mismos principios y garantías procesales que, para la Audiencia, permanecían incólumes.

En particular, entre los principios invocados en casación (tutela judicial efectiva, legalidad, publicidad, contradicción, defensa, intermediación y proscripción de indefensión), el Tribunal Supremo se limita a justificar la vulneración del derecho de defensa, reivindicando el protagonismo del acusado en el juicio oral, como sujeto y no mero objeto de la prueba y motivando, en concreto, la nulidad, de un lado, por la ausencia de una garantía que, confundiendo deseos con realidad, considera habitual en todo juicio, esto es, la «*posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado*», y, de otro, por la falta de motivación suficiente, en términos de proporcionalidad, del sacrificio de esa garantía en el caso concreto. Se rechazan, a estos efectos, los argumentos genéricos y los «*planteamientos de índole funcional, como el ahorro de*

gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparencias». Las razones puramente prácticas, en definitiva. Se admiten, en general, los argumentos de imposibilidad absoluta de asistencia personal del acusado, perturbación del orden que motive la expulsión de sala y la elevada peligrosidad del acusado, debidamente motivada en concreto y para el caso, improbable, de que no se estimen suficientes medios de neutralización como los utilizados en órganos especializados (el Tribunal se refiere, sin nombrarla, a la Audiencia Nacional). En realidad, salvo el caso de expulsión de sala, que presupone la presencia física inicial del acusado y una justificación sobrevenida, en el que el seguimiento mediante videoconferencia es una garantía adicional al sistema habitual que impedía esta forma de presencia virtual en estos casos, la presencia virtual del acusado se admite, sólo, como expediente para permitir, como garantía, una asistencia que, de exigirse presencial, sería imposible.

En fechas más recientes, la STS de 10 de octubre de 2008, concluye que la cuestión, *«no versa sobre la cobertura legal sino sobre las decisiones concretas que se adopten según la fase del proceso y la incidencia que pudieran tener sobre derechos fundamentales, como la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, todos ellos en función de la causación de una verdadera y efectiva indefensión que afectaría al derecho a un juicio con todas las garantías»*. A continuación, insiste en lo que denomina «distinta dimensión» de la declaración del acusado por videoconferencia en el juicio oral, respecto de su empleo para testigos y peritos y en el criterio jurisprudencial restrictivo, que admite sólo razones de seguridad por extrema peligrosidad o serio riesgo de alteración de la sesión.

Esta concepción remite, en realidad, a un requisito de la autorización de la presencia del acusado por videoconferencia, habitual en los textos convencionales, esto es, al consentimiento de aquél. No se trata de un requisito exigido por la norma procesal interna, pero, aunque no soluciona todas las posibles objeciones, ni excluye la necesidad de motivación en el caso concreto, representa una derivación casi inevitable de una doctrina jurisprudencial, como la expuesta, acorde con la única posible interpretación del derecho de defensa conforme con la realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, en SSTEDH de 16 de diciembre de 1999 (casos T y V contra Reino Unido), que recuerda cómo aquél comporta la posibilidad de que el acusado pueda dirigir realmente su defensa, dando instrucciones a su Aboga-

do, sugiriendo preguntas a testigos, etc., en definitiva, rescatando la autodefensa como contenido protegido propio, que, como también ha reconocido, por ejemplo, la STC 91/2000, no se ve suplantado por la defensa técnica, complementaria, por más protagonismo que a ésta se le otorgue en el modelo español. Con carácter general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido en la importancia de la presencia del acusado como garantía de un juicio justo, en SSTEDH de 28 de agosto de 1991 (caso Colozza contra Italia); de 23 de noviembre de 1993 (caso Poitrimol contra Francia), etc.

Esta Jurisprudencia no ha impuesto, sin embargo, a salvo el enjuiciamiento por Jurado y el loable criterio de algunas Audiencias, una ubicación del acusado en sala que garantice la permanente y fluida comunicación confidencial de aquél con su Letrado. Ni ha impedido la legitimidad de juicios in absentia, admitida, con ciertas garantías, por el propio TEDDHH y objeto de versiones nacionales tan aparentemente irreconciliables que alentaron una discutible doctrina del Tribunal Constitucional español que paralizó, durante meses, las extradiciones a Italia, en un ejercicio de «imperialismo jurídico» que ejemplifica las limitaciones de una ética kantiana pura, frente al modelo discursivo, según el cual *«una norma sólo será correcta si todos los afectados por ella están dispuestos a darle su consentimiento tras un diálogo, celebrado en condiciones de simetría, porque les convencen las razones que se aportan en el seno mismo del diálogo»* (Cortina, citando a Alexy y Habermas).

El diálogo, necesario en la negociación de los tratados y en la práctica de la cooperación, no es, en este punto, sencillo. Porque, al margen del derecho de autodefensa, que poco parece preocuparnos de ordinario y que puede ser facilitado con recursos imaginativos en la práctica de la videoconferencia, cabe preguntarse si la presencia del acusado puede suplirse con su presencia virtual o si a ello se oponen exigencias de inmediación, considerando al acusado no ya como sujeto procesal, sino como medio y eventualmente, objeto de prueba, por ejemplo, en una identificación personal. En este sentido, la Jurisprudencia española se ha pronunciado en términos muy categóricos. Excesivamente categóricos, a mi entender. Espoleado por la necesidad de defender nuestro sistema casacional frente a los reproches del Comité de Derechos Humanos, en relación con las exigencias del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre la doble instancia penal y con la ratificación del Protoco-

lo n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE 15 de octubre de 2009), con el respaldo de la reforma del art. 791 LECrim, por Ley 13/2009, el Tribunal Supremo, DVD «en mano», en STS de 30 de diciembre de 2010, procede a revisar, literalmente, la prueba practicada ante la Audiencia Provincial y casa su pronunciamiento absolutorio. Y lo hace superando la objeción de vulneración del principio de inmediación reiterada por el Tribunal Constitucional, desde su STC 167/2002, y oponible, según STC 120/2009, aun contando con grabación del juicio. Al efecto, el Tribunal Supremo invoca, sin más, el argumento del acceso al proceso penal de las nuevas tecnologías *«que no sólo permiten la declaración por medio de videoconferencia, sino que imponen que el acto del juicio oral sea grabado en su integridad»* y concluye con lo que califica de doctrina unánime de la Sala, afirmando que *«la audición y la visión de la persona que declara, suple y sustituye, en igualdad de circunstancias, la intermediación física del declarante»*. Pero el muy evidente voluntarismo del intérprete no debiera oscurecer, al tiempo, una evidencia: la presencia virtual determina una cierta pérdida de intermediación. Sin llegar a sacralizar el principio, sin convertirlo en un pretexto para la ausencia de verdadera motivación, sin necesidad de exagerar las virtudes de la percepción olfativa, en el estado actual de la técnica y con los limitados medios disponibles, la presencia virtual no es equiparable a la presencia física. Afirmar lo contrario, como pretenden resoluciones como la que se comenta, no permitiría explicar por qué nos empeñamos en viajar, sin contentarnos con los documentales de viaje, por qué la tridimensionalidad y la interactividad centran las investigaciones de la industria cinematográfica y del videojuego o por qué el sexo virtual no ha acabado, todavía, con su ancestral práctica presencial. En una decisión ponderada, rigurosamente motivada, podrá justificarse el relativo sacrificio de la intermediación, en garantía de otros principios, como sucede, por ejemplo, en la STS de 10 de marzo de 2009 y, con criterio discrepante, en el voto particular que la acompaña. Pero no habrá de negarse, sin perjudicar la solidez de la argumentación, la real existencia de ese sacrificio.

Cabe preguntarse, igualmente, si esa presencia física del acusado es imponible por el Estado coactivamente, incluso mediante la privación de libertad del sujeto, en garantía de un proceso justo, sólo a partir de un determinado umbral, variable de país a país, de momento a momento y hasta de caso a caso. Y, siendo esa coacción posible, si ha de emplearse, incluso, contra la voluntad

manifiesta de aquél que interesa, a lo sumo, una asistencia virtual. O en qué medida la presencia física es exigible en relación con declaraciones o audiencias del imputado o del penado, distintas a su asistencia al juicio oral (audiencia de habeas corpus, declaración sumarial, incidencias de la ejecución, visitas del Juez o Fiscal de Vigilancia...) o puede constituir un paliativo razonable de un uso abusivo de la OED. Contestar a éstos y otros muchos interrogantes, de manera satisfactoria, por ejemplo, tanto para una tradición anglosajona que insiste, a efectos de intermediación, en el valor de «oler el miedo» del testigo, que admite sólo la declaración del acusado a instancia de su Defensa, como testigo y bajo exigencia de decir verdad, como para una tradición continental todavía lastrada por resabios inquisitivos, supone todo un desafío para el universalismo más moderado.

Sobre las manifestaciones del principio de universalización de la intervención del imputado por videoconferencia internacional

La respuesta a este reto, exhortada por la necesidad de fortalecer la cooperación en un mundo interrelacionado y amenazado por el terrorismo y la delincuencia organizada, se encuentra, en lo que respecta a España, en numerosos convenios multilaterales y bilaterales, que admiten la declaración del acusado mediante videoconferencia internacional. Para el ámbito de la Unión Europea y con la única excepción de Italia, Grecia e Irlanda, que no lo han ratificado hasta la fecha, el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, prevé, en el último párrafo de su artículo 10, la audición por videoconferencia del acusado o, más exactamente, la extensión a éste de las normas previstas para la audición de testigos o peritos por este medio en los párrafos precedentes, con importantes matizaciones:

- a) No se trata, en este caso, de una asistencia debida, sino facultativa, dependiente del acuerdo de los Estados, cuando se considere *«apropiado»*, expresión todavía más ambigua que la utilizada en relación con testigos y peritos (*«cuando no sea oportuno o posible»* que comparezcan personalmente).
- b) Se exige el consentimiento del acusado, pero no el de testigos o peritos.

- c) La decisión y la forma de práctica de la diligencia se supedita al acuerdo en cuestión, de conformidad con el Derecho interno de los Estados y los correspondientes instrumentos internacionales, incluido el Convenio Europeo de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En el caso de testigos y peritos, por el contrario, se acoge con máxima amplitud, sin necesidad de solicitud expresa, a diferencia de lo previsto en el art. 4, el principio *locus regit actum*.
- d) Esta posibilidad se somete a eventual declaración contraria a su aplicación de cualquier Estado miembro, si bien puede retirar esta declaración en cualquier momento. Se oponen, por haber realizado declaración al respecto, a la audición de acusados por videoconferencia, países como Dinamarca, Francia (para el acto del juicio oral, lo que sugiere que se admitirá en otras fases), Países Bajos, Polonia (que expresa su voluntad contraria tanto en auxilio pasivo como activo) y Reino Unido. Hungría exige constancia por escrito del consentimiento del acusado. Especialmente oscura resulta la declaración de Alemania, que, sin excluir la posibilidad de audiencia por videoconferencia, indica que sólo se realizarán «voluntariamente», lo que no parece añadir nada a la exigencia de acuerdo de los Estados y consentimiento del acusado.

Lamentablemente, España no ha firmado el Segundo Protocolo Adicional al Convenio sobre Asistencia Judicial en materia Penal de 1959, de 8 de noviembre de 2001. Como Convenio del Consejo de Europa, otorgaría cobertura a declaraciones por videoconferencia de acusados, en relación con Estados a los que les sería aplicable el Convenio 2000, en cuanto, pese a formar parte de la Unión, no han ratificado aquél (caso de Irlanda), o, pese a ser europeos, no forman parte de la Unión Europea (Albania, Armenia, Bosnia Herzegovina, Croacia, Montenegro, Serbia, Suiza, Macedonia) o, finalmente, en cuanto países no europeos (Chile e Israel).

De aplicación subjetiva potencial mucho más extensa, en cuanto son 163 los Estados parte, entre ellos Irlanda y Grecia, que no han suscrito el Convenio 2000, aunque limitada a la materia de delincuencia organizada, definida, en términos ciertamente amplios, el Convenio de Palermo (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, firmada en Palermo, suscrita por España (BOE 29.9.03), no prevé expresamen-

te la audición por videoconferencia del acusado, aunque sí la de testigos o peritos, con especial referencia a su virtualidad como instrumento de protección de testigos en su artículo 24, con mayor motivo si se tratare de víctimas, objeto de mención expresa, sin aludir a la videoconferencia, en el art. 25. La extensión de la protección deparada en el art. 24, a los partícipes en grupos delictivos organizados cooperadores, prevista en el art. 26, sugiere la opción de extender, a estos casos, la posibilidad de declaración por videoconferencia de quienes son o pueden ser, en rigor, imputados, eventual, pero no necesariamente, beneficiados por un pacto de inmunidad.

Con redacción idéntica, la Convención de NU contra la corrupción hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (BOE 19-7-06), de la que son parte 154 Estados, prevé también la declaración de testigos y peritos mediante videoconferencia, con similar posibilidad de extenderla a imputados colaboradores, si bien, en la redacción de este convenio, posterior, se matiza que la protección deparada a aquéllos será la prevista para testigos «*mutatis mutandi*», lo que indica la posible exclusión de este medio.

Aunque anterior a los textos relacionados previamente y citado con frecuencia como precursor en la admisión de la declaración del acusado por videoconferencia, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (BOE 27-5-2002), tras reafirmar el principio de que el acusado estará presente en el juicio, sólo se refiere, genéricamente, en su artículo 63, a la posibilidad de recurrir a «tecnologías de comunicación» para el caso concretísimo de permitir el seguimiento del juicio al acusado expulsado, como última, temporal y excepcional medida que se adoptará, por perturbar continuamente aquél su desarrollo. El mayor interés de esta previsión, ajena a la asistencia judicial, reside en la vinculación de la presencia virtual con la garantía de que el acusado «ausente» pueda dar instrucciones a su Defensa.

También las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, objeto de sucesivas reformas, incorporan numerosas referencias al uso de la videoconferencia. Con carácter general, la Regla 81 bis permite al Juez o a la Sala acordar, de oficio o a instancia de parte, en interés de la Justicia, que el juicio se lleve a cabo por videoconferencia. Previamente, se contienen referencias a la audiencia preliminar que, con consentimiento escrito del acusado y previa posibilidad de asesoramiento legal de su Defensa, admite la celebra-

ción con participación videoconferencia del acusado y/o su abogado y a las «declaraciones preconstituidas» («depositions») prestadas por este medio. Específicamente, en materia de asistencia judicial, la Regla 75 bis impone que, en caso de que otra autoridad judicial solicite la asistencia del Tribunal Internacional para oír a una persona acusada o condenada, presa a disposición de éste, la audiencia se realice mediante videoconferencia, bajo la dirección de la autoridad requirente y según las normas de su Derecho interno. España desarrolló su cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia por LO 15/1994, de 1 de junio, a la que se sumaron la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda y la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional).

Se encuentra, por último, en trámite de presentación de enmiendas en el Senado, la autorización del Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia y del Protocolo Adicional al Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia relacionado con los costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010, que prevé expresamente el examen por videoconferencia de un procesado o imputado, de conformidad con el derecho interno de cada Parte, y respeto de todos los derechos y garantías procesales, en especial el derecho a contar con asistencia letrada, pero con posibilidad de declaración de no aplicación por las Partes.

En el ámbito bilateral, de los numerosos tratados suscritos por España en materia de asistencia judicial penal internacional, sólo prevén expresamente la declaración del acusado mediante videoconferencia, los recientemente celebrados con Brasil, Cabo Verde, China, Emiratos Árabes Unidos y México. Con carácter general, se remiten al convenio de las partes sobre el particular y, en algún caso (Tratado bilateral con Emiratos Árabes Unidos), se especifica que la diligencia se regirá por la ley del Estado requerido. Únicamente el Convenio con México incorpora, en su artículo 18, una regulación detallada, aunque genérica para todo declarante y similar a la prevista en el art. 10 del Convenio 2000. Son, por el contrario, más numerosos, los convenios bilaterales que no prevén la prestación de

auxilio judicial por este medio. Así sucede con los celebrados con Argelia, Argentina, Australia, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Canadá, Chile, Colombia, El Salvador, EE.UU., Filipinas, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Túnez. Puede afirmarse que, a partir de 2005, fecha del Tratado con China, todos los convenios bilaterales posteriormente suscritos por España incorporan esta posibilidad, no así los anteriores a esa fecha. Sin embargo, como excepción, no la contemplan dos convenios posteriores a 2005, los celebrados con Mauritania e India, con alguna matización en el segundo de ellos y el muy reciente e importante Convenio con Marruecos limita el recurso a la videoconferencia a la declaración de testigos y peritos.

Al margen de las previsiones expresas, obviamente imposibles en fechas en las que esta tecnología no era conocida, nada impediría la solicitud de declaración de un imputado o, en su caso, la presencia del acusado en juicio, por videoconferencia, al amparo de las cláusulas genéricas de compromiso de prestación de la más amplia cooperación o asistencia que frecuentemente incorporan los tratados o, incluso, de la reciprocidad que corresponde ofrecer al Ministerio de Justicia.

Con todo, no cabe ignorar la modestia del marco convencional, las limitaciones que impone en relación con la declaración de testigos o peritos por el mismo medio y las dificultades reales para alcanzar un consenso entre los Estados, en cada caso concreto en que se pretenda este tipo de asistencia. Pero, ¿es posible o previsible un escenario universal más proclive a la presencia virtual del imputado, suponiendo, para empezar, que se confirme nuestra elección, la apuesta de nuestro sistema procesal por esta alternativa?

A modo de conclusión: Sobre la reivindicación de la razón práctica frente al dogma y las razones prácticas

Ese escenario cada vez más virtualizado es, a mi juicio, posible y previsible. Se trata de un pronóstico enunciado en términos neutros, sin prejuzgar si ese escenario probable es, a su vez, un escenario deseable. Probablemente, porque no se trata de una opción que admita un juicio incondicionado, positivo o negativo. En buena parte, el juicio dependerá de las razones que, en abstracto y en concreto, pretendan justificar nuestra opción.

Y es que, a salvo las posiciones «marginales» representadas por el escepticismo, el emotivismo, el dogmatismo o ciertas modalidades del relativismo, existe una cierta coincidencia, desde los griegos, en la necesidad de una racionalidad práctica para dar cuenta o razón de nuestras elecciones. A partir de esta coincidencia, no obstante, se produce una escisión entre una racionalidad instrumental y una razón verdaderamente práctica, en el sentido kantiano, hoy evolucionada hacia la razón comunicativa o discursiva de las éticas procedimentales. En ellas, a diferencia de la ética kantiana, se entiende que no es una sola persona quien ha de comprobar si una norma es universalizable, sino que han de comprobarlo los afectados por ella, aplicando procedimientos racionales. Extrapolando estos conceptos al limitado ámbito objeto de estas líneas, no seremos nosotros, como autoridades judiciales requirentes o requeridas, quienes únicamente podamos juzgar la corrección de la norma que autoriza la intervención del imputado por medio de videoconferencia. Sólo un diálogo entre las autoridades implicadas, en el que, de algún modo, participe el propio imputado, como verdadero afectado, promoverá la «búsqueda cooperativa de la justicia». En este diálogo, la actitud de autorrenuncia frente a los propios intereses y convicciones, de reconocimiento del derecho de los interlocutores a exponer sus puntos de vista y justificarlos, de compromiso y esperanza en el consenso definitivo que Pierce predicaba del buen científico, resulta, de todo punto, recomendable.

Descendiendo a esferas más terrenales, la intervención del imputado a través de videoconferencia internacional es, como sabemos, ciertamente posible, en la actualidad, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, en virtud de las previsiones expresas, pero sujetas a importantes limitaciones, de determinados convenios multilaterales o bilaterales, o, en su defecto, al amparo del ofrecimiento convencional genérico de cooperación, o, finalmente, del principio de reciprocidad. Siendo posible, incluso en el más propicio de los escenarios, se impone un diálogo entre las autoridades implicadas, en el que no debiera sorprendernos la invocación de principios esenciales que comprometerían su efectiva realización. En ocasiones, como hemos visto, esa invocación se ha anticipado en forma de declaración obstativa a su práctica. Los términos de este diálogo, como cauce para ese «acuerdo progresivo» que representa la versión

posible del universalismo, pueden verse favorecidos por una cabal comprensión del estado del debate en el ámbito interno. En efecto, la tentación del «imperialismo jurídico» cederá más fácilmente al comprobar la fragilidad del supuesto «dogma nacional». La autorrenuncia y el compromiso no habrían de ser tan ajenos donde, como sucede en España, una magnánima dicción de la norma positiva vigente, convive con reformulaciones jurisprudenciales y doctrinales que imponen un criterio restrictivo que, entre otras consecuencias, prácticamente excluyen la posibilidad de presencia virtual no consentida. Donde, por otra parte, se anuncia la exclusión o drástica limitación de este instrumento, en el art. 12.4 del Anteproyecto de LO de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal o en el Anteproyecto de LE-Crim., cuyo art. 584 establece que la declaración del acusado, ahora sometida a instancia de su Defensa, no podrá realizarse mediante videoconferencia, relegada a un uso excepcional, para intérpretes, testigos o acusados expulsados.

En el trance de decidir respecto de una asistencia judicial activa o pasiva, que implique la posible intervención de un imputado mediante videoconferencia internacional, como en el caso de autorizarla en el ámbito interno, otros instrumentos, como el Prontuario de Auxilio Judicial Internacional, ofrecen respuestas técnicas y efectiva ayuda práctica. La capacidad e inclinación personal de la autora de estas líneas y las características de este foro, no permiten sino instar, en ese trance, a una seria reflexión. Una reflexión que aspire a prevenir, entre otros males, la incompreensión frente a posibles objeciones de orden público opuestas por las autoridades de otros países, el entusiasmo irreflexivo por ensayar nuevas tecnologías, el afán economicista obsesionado por los costes de traslado o de seguridad o la cortedad de miras que desconozca que la voluntad del imputado ha de ser tomada en consideración, o que su presencia virtual es preferible a la celebración del juicio en su ausencia. Una reflexión que, en especial, cuestione las deslumbrantes «razones prácticas» e intente rescatar la «razón práctica», que, a través de un diálogo en el que todos somos reconocidos como interlocutores válidos, «*conserve –por terminar con las palabras de Cortina, reputada especialista en ética neokantiana– el mínimo de unidad e incondicionalidad necesarios para superar argumentativamente el dogmatismo de lo vigente, de lo socialmente dado.*»

comentarios jurisprudenciales

Sección coordinada por Fernando Román García.

Magistrado. Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Texto completo de las sentencias en www.poderjudicial.es

SALA 1.^a

INMISIONES Y DAÑO MORAL: Ruidos y vibraciones en viviendas por la actividad de industrias de mármol debidamente autorizadas y preexistentes a la adquisición o edificación de las viviendas. Improcedencia de indemnizaciones por pérdida de valor de las viviendas y por daño moral.

Comentario a la STS (del pleno) 12/01/2011 (recurso de casación y extraordinario por infracción procesal n.º 1580/2007. Ponente: Marín Castán).

Jaime Maldonado Ramos

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Introducción

Tradicionalmente se ha utilizado la expresión *responsabilidad extracontractual* para referirse a la parte del Derecho que estudia la producción de daños a las personas por infracción del principio que veda perjudicar a otro, así como quién responde de ellos y cómo se resarcan. Actualmente, se abre camino la expresión *Derecho de daños*, quizá por influencia del Derecho anglosajón (*tort law*), en el que esta materia se contempla sin prejuicios que impidan la innovación en los mecanismos de reparación. La sentencia que comento se ocupa de una de las vertientes del Derecho de daños: los producidos por inmisiones o emanaciones que parten de un predio y perjudican al titular del predio ajeno.

Más concretamente, en el Derecho civil se ha entendido comúnmente por inmisión «toda injerencia en la esfera jurídica ajena que, siendo consecuencia de actividades que tienen lugar en fundo propio, repercuten negativa-

mente en el ajeno, de forma que lesionan, en grado no tolerable por el hombre normal, el disfrute de sus derechos personales y patrimoniales» (SAP León 29/10/1992).

El estudio y regulación de las inmisiones tiene honda raigambre en nuestro Derecho. Así, como recoge la STS 16/03/2007, en Las Partidas se recuerda que «segund que dixeron los sabios antiguos, maguer [aunque] el ome aya poder de fazer en lo suyo lo que quisiere; pero deue lo fazer de manera que non faga daño, nin tuerto a otro» (Partida 3.^a, Título 32, Ley 13).

La regulación positiva de las inmisiones se contiene, en primer lugar, en el artículo 590 del Código Civil (dentro de la regulación de las servidumbres legales) que, con vetusta redacción, prohíbe construir cerca de una pared ajena o medianera, sin guardar las distancias prescritas reglamentariamente y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias según la normativa aplicable, «pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas» (repárese en la expresión «artefactos que se mueven por el vapor»: si llevásemos hasta sus últimas consecuencias la analogía, se podrían prohibir las fábricas de automóviles, pues construyen lo que en la actualidad han sustituido a los anteriores «artefactos»; aunque, para lenguaje decimonónico en el Código Civil, véase el contenido del artículo 1800).

A su vez, el artículo 1908 del mismo Código, en su apartado 2.º, dice que los propietarios responderán «por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades». Este precepto, según la STS 16/03/2007 antes aludida, ha de interpretarse teniendo en cuenta la significación social y jurídica del medio ambiente (artículo 45 de la Constitución Española) y los cambios operados en la realidad industrial y tecnológica. Dice también que regula supuestos de responsabilidad por daños causados por las cosas, que se caracterizan por un

«facere in suo» [hacer algo en lo propio] que se proyecta en un «immittere in alieno» [afectar a lo ajeno], ya que la lesión directa de la propiedad de los demás («facere in alienum») [hacer algo en lo ajeno] no necesita de norma especial para ser sancionada.

Si subimos el último peldaño de la pirámide normativa, el artículo 18 de la Constitución Española garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar y proclama la inviolabilidad del domicilio, bienes que se vulneran con las inmisiones. También puede destacarse, como conectado con las inmisiones, la protección que la Constitución hace de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10), la integridad física y moral (artículo 15), el descanso necesario (artículo 40), y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45) y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (artículo 47). Asimismo, la Constitución proclama que «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos [...]» (artículo 51.1).

También los textos normativos internacionales sobre derechos humanos impiden las ingerencias arbitrarias en la vida privada de las personas (artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) y reconocen el derecho al descanso (artículo 24 del mismo texto) y el derecho al respeto de su vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Vemos así que, partiendo de las normas anteriores, debe acogerse un concepto amplio de las inmisiones. Estas pueden ser tangibles, como los humos, líquidos, sustancias, etc., o intangibles, como los gases, vibraciones ... y los ruidos, que son, precisamente, el objeto de este comentario.

Pero, antes de entrar en el examen concreto de la sentencia escogida para este comentario, puede ser interesante hacer alguna referencia a la regulación del ruido.

El ruido desde el punto de vista jurídico

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el ruido es un «sonido inarticulado, por lo general desagradable», mientras que el sonido es la «sensa-

ción producida en el órgano del oído por el movimiento vibratorio de los cuerpos, transmitido por un medio elástico, como el aire». Así que para los académicos el sonido es una «sensación» y el ruido es algo «desagradable». Además, etimológicamente, la palabra «ruido» procede del latín «rugitus» (rugido). En la poesía, para trasladar la imagen de la furia y poder devastador del viento en la mar, así como del temor que ello infunde en los marinos, se ha aludido al «ruido con que rueda la ronca tempestad» (José Zorrilla, *La Tempestad*).

En cuanto a su regulación normativa, la Directiva 2002/49/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre evaluación y gestión del ruido medioambiental, dispone en su artículo 1.1 que su objeto es «establecer un enfoque común destinado a evitar, prevenir o reducir con carácter prioritario los efectos nocivos, incluyendo las molestias, de la exposición al ruido ambiental». El artículo 3 define, entre otros conceptos, el ruido ambiental como «el sonido exterior no deseado o nocivo generado por las actividades humanas, incluido el ruido emitido por los medios de transporte, por el tráfico rodado, ferroviario y aéreo y por emplazamientos de actividades industriales». Los efectos nocivos son «los efectos negativos sobre la salud humana», y la molestia es «el grado de molestia que provoca el ruido a la población, determinado mediante encuestas sobre el terreno».

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, traspone al Derecho español la Directiva 2002/49/CEE, pero se circunscribe a la prevención, vigilancia y reducción de la contaminación acústica (artículo 1), con el fin de evitar daños a la salud, los bienes y el medio ambiente. Ha sido desarrollada por el RD 1513/2005, de 16 de diciembre, sobre evolución y gestión del ruido ambiental y por el RD 1362/2007, de 19 de octubre, sobre zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas. Se ha promulgado también la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, no aplicable, por razones temporales, al supuesto de hecho de que conoce la sentencia que se comenta. Además, no resulta aplicable a los daños a particulares pues dicha la Ley «no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica, ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan

origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación» (artículo 5).

En la legislación autonómica, puede destacarse, por el ámbito geográfico donde ocurren los hechos del pleito, la Ley de la Comunidad Valenciana 7/2002, de 3 de diciembre, de protección contra la contaminación acústica. Ha sido desarrollada por el Decreto 266/2004, que regula los mapas acústicos, los índices y las infracciones y sanciones.

En cuanto a la jurisprudencia, merecen destacarse las siguientes sentencias de la Sala Primera sobre esta materia:

STS 27/10/1988: responsabilidad extracontractual por culpa del propietario cuando se causan daños a heredades o edificios vecinos. Sostiene que aunque el artículo 1908 CC no habla de ruidos o inmisiones acústicas, lo previsto para los humos excesivos es perfectamente aplicable por analogía (ante el vacío legal y la identidad de razón entre ambos supuestos).

SSTS 16/1/1989 y 24/5/1993: la no infracción de reglamentos no es suficiente para descartar la culpa.

STS 3/12/1987: en materia de medio ambiente, además de ser competente la jurisdicción civil cuando el conflicto se da en el ámbito privado, en relaciones de vecindad, se establece la doctrina de que dichas relaciones son un límite al derecho de propiedad hasta el punto de ser irrelevante la concesión de licencia administrativa para el ejercicio de una actividad si ésta perjudica a otros, siendo la acción civil la ejercitable para solicitar el resarcimiento del quebranto patrimonial sufrido y el cese de la actividad dañosa, con aplicación de la doctrina sobre el abuso de derecho en materia de inmisiones en finca ajena que exceden de la normal tolerancia.

STS 29/4/2003: protección contra inmisiones intolerables.

STS 31/5/2007: la responsabilidad es objetiva, y la autorización administrativa no exime de responsabilidad. Es encuadrable en el artículo 1908.2º CC la contaminación por ruidos, por analogía a los «humos excesivos».

STS 26/11/2010: no es preciso que la pared sea ajena o medianera, sino que el artículo 590 del Código Civil se aplica a cualquier zona colindante o próxima. La proxi-

midad se determina en función de la influencia que ejerce una finca sobre otra.

Dada la vertiente de derecho fundamental de esta materia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado también, generalmente sobre ruidos procedentes de discotecas, al resolver recursos de amparo, en las SSTC 119/2001, 224/2002 y 16/2004.

Finalmente, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la materia, en, entre otras, las siguientes sentencias:

STEDH, Powell y Rayner, 21-10-1990: ruido de despegue y aterrizaje en el Aeropuerto de Heathrow. Se refiere expresamente a la contaminación acústica e impone una indemnización por daños morales.

STEDH, López Ostra, 9-12-1994: incluye en el núcleo de la intimidad la protección del domicilio contra las intrusiones sonoras. Destaca que se reconoce la producción de «un daño moral innegable porque la recurrente, además de las molestias provocadas por las emanaciones de gas, los ruidos y los olores procedentes de la depuradora, había soportado la angustia y la ansiedad propias de ver cómo la situación se prolongaba en el tiempo y la salud de su hija se resentía».

STEDH, aeropuerto de Heathrow, 2-10-2001: el Tribunal aborda el problema de la reparación del daño y acuerda fijar equitativamente una suma de cuatro mil libras para cada recurrente.

STEDH, Hatton, 9-7-2003: ruido producido por tráfico aéreo nocturno. Justo equilibrio de intereses particulares y económicos del país.

Precisado ya el objeto de nuestro estudio, se puede comenzar el comentario de la sentencia escogida.

Los hechos

Una Asociación de Vecinos de Novelda (Alicante), que agrupa a los propietarios de diversas viviendas, formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Mármoles del Mediterráneo, S.L., Mármoles Levante, S.A., y Levantina de Mármoles, S.A., solicitando la condena de las demandadas, como responsables de las inmisiones descritas en la demanda, al pago de la suma de 125.280.000

pesetas (cifra que se obtenía multiplicando la renta media hipotética del arrendamiento de las viviendas durante los últimos nueve años), otras 13.680.000 pesetas anuales hasta que las inmisiones se eliminasen, así como la condena a comprar sus viviendas a los vecinos que lo pidiesen a precio de mercado, con la prohibición de no destinar esos terrenos a su actividad industrial.

Tras los trámites oportunos, y desestimadas las excepciones de falta de jurisdicción y litisconsorcio pasivo necesario opuestas por las demandadas, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que desestimó íntegramente la demanda al entender que los miembros de la Asociación no habían acreditado residir de manera permanente en las viviendas que se decían afectadas por las inmisiones, a lo que se añadía la circunstancia de que las industrias estaban instaladas en esa zona con anterioridad.

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, revocó la resolución recurrida y, en su lugar, estimó parcialmente la demanda, condenando a las demandadas a que abonasen a la actora la cantidad de 70.000 euros, así como la cantidad que pericialmente se determinase en ejecución de sentencia por la pérdida de valor de las viviendas propiedad de los miembros de dicha Asociación.

Los principales argumentos de la sentencia de apelación son los siguientes:

1.º El ejercicio de las acciones promovidas en la demanda no exige la prueba de la residencia continuada de los miembros de la asociación demandante en las viviendas de que se trata.

2.º Debe considerarse acreditado que éstos son propietarios de viviendas en la zona en cuestión, las cuales están aparentemente habitadas y sus titulares figuran inscritos en el padrón de habitantes.

3.º La parte demandada perfectamente podía haber desvirtuado la presunción de residencia que confiere la inscripción en el padrón de habitantes, sin que ello constituya ni prueba de hecho negativa ni *probatio diabólica* (prueba imposible), pues solo eran doce las personas cuya residencia se cuestionaba.

4.º Las situaciones similares a las descritas en la demanda son encuadrables, fundamentalmente, en los

artículos 590 y 1908, números 2.º y 4.º, del Código Civil, dándose la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del mismo Código cuando se ocasiona un daño, siendo aplicable analógicamente el citado artículo 1908 a inmisiones como ruidos y olores y cabiendo también tener en cuenta la doctrina del abuso del derecho incorporada al artículo 7 del Código Civil.

5.º Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el acatamiento y la observancia de las normas administrativas no exonera de responsabilidad al causante de las inmisiones, y los Reglamentos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplen, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en realidad para evitar eventos lesivos, lo que a su vez debe ponerse en relación con la tendencia hacia una apreciación más objetiva de la responsabilidad extracontractual.

6.º Las sociedades demandadas, cuya actividad industrial se centra en la manipulación, cortado y preparación de mármol, se constituyeron en 1964, la primera, y 1984 y 1985 respectivamente las otras dos, habiendo procedido las tres a sucesivas ampliaciones de la industria en los años siguientes.

7.º En las empresas hay tres turnos de trabajo que cubren las veinticuatro horas del día, si bien el número de trabajadores es más alto entre las 08.00 y las 15.00 horas.

8.º El ejercicio de la actividad industrial de las demandadas implica la utilización de grandes grúas para mover los bloques de mármol, empleándose sierras para su corte, admitiéndose en la contestación a la demanda que las serradoras funcionan también por la noche, aunque se dice que con menor intensidad.

9.º Los informes acompañados con la demanda, debidamente ratificados por sus autores, confirman las inmisiones que soportan las viviendas, procedentes sobre todo del ruido que produce la maquinaria de corte, que se encuentra al aire libre, así como el transporte de los bloques de mármol y el vertido de los residuos, destacándose en dichos documentos que los niveles de ruidos superan notablemente, tanto en horario diurno como nocturno, los niveles permitidos por la ordenanza municipal, siendo menor la afectación por vibraciones, que se constató solo en una vivienda. Estas conclusiones no se ven desvirtuadas por las conclusiones del informe aportado por las mercantiles demandadas, que intenta, sin éxito, atribuir los ruidos a la proximidad de una carretera.

10.º En la actualidad no se discute que las molestias generadas por la percepción de inmisiones acústicas superiores a los niveles de tolerancia constituyen un daño moral extrapatrimonial indemnizable.

11.º La cuantificación del daño moral por ruidos molestos es compleja, y la parte actora no ha consignado argumentos bastantes ni practicado pruebas que permitan asimilar el presente caso al resuelto por una sentencia de Audiencia Provincial que citaba en su demanda.

12.º No procede la condena al pago de 125.280.000 pesetas, primera petición de la demanda, cuya base era multiplicar la renta media hipotética del arrendamiento de las viviendas durante los últimos nueve años, pues no se razona el por qué de esa precisión temporal, cuando, además, muchos de los miembros de la Asociación actora no contaban con vivienda en el paraje en esa fecha y tampoco se practicó prueba relativa al importe de esa renta.

13.º En consecuencia, se opta por fijar prudencialmente la indemnización en un tanto alzado que, teniendo en cuenta la persistencia y entidad de la inmisión, la actitud del emitente y el hecho de preexistir la industria, e incluso las ampliaciones a la construcción de las viviendas, se concreta en 70.000 euros.

14.º Además, se ha producido una merma en el valor de las viviendas y, por ello, procede una indemnización autónoma cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia.

15.º Finalmente, no se acoge ni la pretensión de que se compren forzosamente sus viviendas a todos los miembros de la Asociación que lo soliciten ni la condena al pago de 13.680.000 pesetas anuales mientras persista la actividad industrial de las demandadas, pues en la demanda no se pidió ninguna medida concreta para la supresión de las inmisiones más allá de la solicitud genérica de cese de la actividad industrial.

Contra la anterior resolución formalizaron las sociedades demandadas recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, el último al amparo de los ordinales 2º y 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque el cauce adecuado es solo el del ordinal 2º, al tratarse de un procedimiento tramitado en atención a la cuantía que supera el límite para el acceso a la casación.

Los argumentos impugnatorios de la parte recurrente

Centraré principalmente la atención en el recurso de casación, pues el recurso extraordinario por infracción procesal fue desestimado íntegramente por la Sala Primera, aplicando a cada una de las cuestiones procesales que se plantean en él la jurisprudencia reiterada de la Sala sobre ellas.

El recurso de casación se articula en tres motivos. El primero invoca la infracción de los artículos 18 de la Constitución Española (en su vertiente de protección del derecho a la intimidad) y 40 del Código Civil (domicilio de las personas naturales), en relación con los artículos 590 (prohibición de las inmisiones) y 1902 (principio de la responsabilidad civil extracontractual) del mismo Código. El segundo motivo invoca la infracción de los artículos 7 (abuso del derecho), 590, 1902 y 1908 (responsabilidad del propietario emitente de los daños causados por las inmisiones) del Código Civil. El tercero invoca la infracción de los artículos 1101 (principio de responsabilidad contractual), 1106 (indemnización del daño emergente y el lucro cesante) y 1107 (daños de los que se responde según actúe el agente de buena fe o con dolo), también del Código Civil.

El contenido del recurso

En el primer motivo se alega que la sentencia yerra al haber establecido un concepto de domicilio distinto del establecido legal y constitucionalmente y vuelve a insistir en los argumentos sobre la falta de legitimación activa alegada en el motivo sexto del recurso extraordinario por infracción procesal, redundando en que los miembros de la Asociación demandante no tienen su domicilio en la zona próxima a las instalaciones de las demandadas-recurrentes.

Adelanto ya que la Sala desestima este motivo por las mismas razones utilizadas para desestimar el motivo sexto del recurso extraordinario por infracción procesal, al incurrir así en el defecto casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, ya que «no tiene en cuenta que la acción por inmisiones en una vivienda no está necesariamente supeditada a que tal vivienda sea el lugar de residencia habitual a que se refiere el artículo 40 CC, citado también en el alegato del motivo, pues no hay razón alguna para entender que el ordenamiento jurídico

impide reaccionar contra inmisiones perjudiciales en viviendas destinadas a segunda residencia».

La primera conclusión que se puede extraer de la sentencia es, por tanto, que los propietarios de segunda residencia, que no viven permanentemente en ella, también están legitimados para entablar la acción contra las inmisiones.

El segundo motivo divide su alegato en cuatro apartados.

El primero aduce la inexistencia de acción u omisión culpable por parte de las recurrentes, cuyas instalaciones «se encuentran ubicadas en una zona que tiene la clasificación y calificación de suelo urbano-zona industrial y, por ende, está destinada al desarrollo de actividades industriales», contando además las demandadas-recurrentes con todas las licencias y autorizaciones administrativas necesarias. También alega que las empresas demandadas «vienen desarrollando su actividad industrial desde mucho antes de que los vecinos de la Asociación de Vecinos adquirieran sus propiedades, por lo que éstos conocían perfectamente, al adquirir aquéllas, la existencia de las instalaciones y la actividad que en las mismas se desarrolla, consintiendo y asumiendo las condiciones de la zona; es más, las parcelas que la parte actora manifiesta que sufren las supuestas inmisiones antijurídicas se encuentran ubicadas en suelo no urbanizable-común rústico (incluso una de ellas en suelo urbano-zona Industrial), según las normas subsidiarias de Novelda de 1992, no estándolo, por tanto, en una zona de uso residencial». Por ello, no habría en las recurrentes el menor asomo del elemento de la culpa exigible para poder aplicar en su contra los artículos 1902 y 1908 del Código Civil.

En definitiva, lo que se viene a alegar es que, como las empresas demandadas no infringen la normativa urbanística y realizaban su actividad antes de que se adquirieran las viviendas, no tienen culpa del daño sufrido por los demandantes, que ubicaron sus viviendas en una zona no apta urbanísticamente para ello.

El segundo apartado niega el carácter antijurídico de las inmisiones, pues, conforme a los preceptos que invoca, no todas las inmisiones son ilícitas sino que, por el contrario, «serán lícitas siempre que estén dentro de un criterio de tolerabilidad, según los usos, reglamentos y circunstancias del caso concreto». Aduce también que, en el caso enjuiciado, «si se valora el conjunto de circunstancias

concurrentes, las inmisiones deben considerarse tolerables, ajustadas a los límites de las relaciones de vecindad, porque las industrias de las recurrentes se encuentran emplazadas en el municipio de Novelda, donde la industria del mármol y de la piedra ornamental constituye el pilar básico de su economía, el suelo en el que se ubican es suelo industrial y, en fin, su actividad se inició mucho antes de que los miembros de la sociedad actora adquirieran sus propiedades, por lo que los mismos conocían y asumieron la naturaleza de la actividad industrial que de manera general se despliega en la zona».

Es decir, que las inmisiones son lícitas porque son tolerables y ajustadas a las relaciones de vecindad, ya que las empresas demandadas realizan una industria que es pilar básico de la economía de la zona y su actividad era preexistente a la adquisición de las viviendas, conociendo y asumiendo los propietarios dicha actividad industrial.

El tercer apartado se centra en la inexistencia de relación de causalidad entre la actividad industrial de las demandadas-recurrentes y las inmisiones denunciadas, pues los informes acompañados con la demanda no habrían tenido en cuenta el sonido ambiente o ruido de fondo procedente de otras industrias de la zona y de las carreteras.

Finalmente, el apartado cuarto se dedica a negar la existencia, tanto de daño moral alguno, porque los miembros de la asociación demandante vendrían obligados a soportar las inmisiones, como también del daño patrimonial apreciado por la sentencia recurrida, porque «amén de no haberse pedido en la demanda indemnización alguna por la pérdida de valor de las viviendas, dicha pérdida de valor ni podría reclamarse, ni acreditarse, puesto que cuando las viviendas se construyeron ya preexistían las industrias».

Por su parte, el tercer y último motivo del recurso de casación se dedica a combatir la cuantía de la indemnización, al haberse determinado ésta de forma desproporcionada, a juicio de la parte recurrente.

La respuesta de la Sala

Ya he referido que la Sala desestima el primer motivo. Pero el segundo es estimado, lo que comporta que declare que no sea necesario examinar el tercero.

Por tanto, el meollo de la respuesta jurisdiccional se encuentra en el fundamento noveno, que es el dedicado al segundo motivo, que ahora voy a glosar.

La Sala precisa en primer lugar las condiciones urbanísticas de la zona conflictiva acudiendo, ante el silencio de la sentencia recurrida, a lo que en su momento consideró probado la sentencia de primera instancia, porque la sentencia de apelación no la revoca por discrepar en los hechos sino por negar legitimidad a los actores.

Así, según dicha sentencia, todas las viviendas de los miembros de la Asociación demandante se encuentran en suelo no urbanizable-común rústico y una de ellas, incluso, en suelo urbano-industrial, mientras que las naves industriales de las demandadas-recurrentes se encuentran en suelo urbano-zona industrial y allí desarrollan su actividad desde 1964, 1978 y 1985.

Partiendo de esta situación fáctica, fundamental, como luego se verá, a la hora de resolver el conflicto, la Sala centra el debate casacional en «si las demandadas-recurrentes deben o no indemnizar a la Asociación demandante por los ruidos que algunos de sus miembros soportan en viviendas de su propiedad, construidas todas ellas en zona no residencial, por la actividad industrial autorizada que las demandadas-recurrentes desarrollan en zona urbana-industrial desde antes de construirse todas esas viviendas».

Para resolver esta cuestión jurídica, la Sala sienta, en primer lugar que, según la jurisprudencia (cita las SSTS 9/4/1866, 12/5/1891 y 2/2/2001), «la pre-ocupación, es decir, la circunstancia de ejercerse por el demandado la actividad industrial molesta antes de que el demandante se instalara en sus proximidades, no elimina por sí sola la obligación de indemnizar».

En segundo lugar, dice que es «una constante en la jurisprudencia que la autorización administrativa de una actividad industrial no excluye la obligación de reparar el daño que esta cause» (SSTS 29/4/2003, 14/3/2005 y 31/5/2007).

Parte de la respuesta al recurrente ya está dada: da igual que los propietarios adquirieran sus viviendas sabiendo que existía la actividad industrial y es también indiferente que la industria estuviera autorizada administrativamente para ejercer su actividad.

A continuación, la Sala resume la doctrina jurisprudencial sobre las inmisiones. Así, «la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina, por lo que en la lucha entre dos situaciones vecinales prevalecerá la que se apoye en el interés social si la vida íntima y familiar del vecino no se inquieta» (SSTS 17/2/1968 y 12/12/1980). O, «si bien el Código Civil no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el artículo 1902 de dicho Cuerpo legal y en la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los artículos 590 y 1908» (STS 12/12/1980).

También alude a que, a partir especialmente de la STS 29/4/2003, la jurisprudencia «incorpora la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que determinadas inmisiones pueden llegar incluso a vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y, por tanto, que para reaccionar frente a las mismas una de las vías posibles es la de la tutela de los derechos fundamentales».

Con esta doctrina general, parece que va a desestimarse también este motivo del recurso. Sin embargo, como antes se anunció, la Sala no llega a confirmar la sentencia recurrida. Veamos por qué.

Su tesis es que «una cosa es que la pre-ocupación o preexistencia de la actividad industrial y su autorización administrativa no excluyan la obligación de evitar o reparar el daño que tal actividad cause y otra muy distinta que ambas circunstancias sean irrelevantes a la hora de decidir si procede la evitación o reparación del perjuicio, pues la decisión que se tome nunca podrá prescindir de principios generales como el de la buena fe en las relaciones de vecindad, reconocido por la jurisprudencia según se ha indicado ya, o el de la necesaria relación de causalidad entre la actividad del demandado y el daño que sufra el demandante».

Estos dos principios (buena fe en las relaciones de vecindad y relación de causalidad) llevan a la Sala a revocar la condena de las recurrentes a indemnizar a la Asociación actora por la pérdida de valor de las viviendas de sus miembros, pues no puede haber depreciación de estas por el ejercicio de la actividad industrial de las demandadas ya que todas se construyeron años después de que

las demandadas-recurrentes ejercieran y ampliaran su actividad industrial en la zona. Además la Sala reprocha a la Audiencia que diera por sentada dicha depreciación «pero sin razonamiento alguno sobre la relación de causalidad, elemento éste que según la jurisprudencia de esta Sala es revisable en casación» (a esta posibilidad se refieren las SSTs 31/1/1997, 4/6/2001, 7/6/2002, 4/11/2004 y 31/10/2006).

Revocada la indemnización por lucro cesante, queda por ver si se revoca también la indemnización por el daño moral, que la Audiencia ha cuantificado en 70.000 euros.

En este punto, la Sala comienza por reconocer que esta partida indemnizatoria «parece tener un mayor fundamento, ya que, desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, debe tenerse por probado que la actividad industrial de las demandadas-recurrentes genera ruidos que se transmiten a las viviendas de los miembros de la asociación actora en niveles superiores a los permitidos por la ordenanza municipal».

Sin embargo, para la sentencia de casación este hecho no justifica por sí solo la indemnización por daño moral que acuerda la sentencia recurrida.

Para ello, pone el acento en que «mientras las instalaciones industriales de las demandadas se encuentran en la zona urbana industrial del municipio, los miembros de la asociación demandada, en cambio, adquirieron o construyeron sus viviendas en suelo no urbanizable-común rústico, e incluso uno de ellos en plena zona industrial, siendo conscientes de su proximidad a las instalaciones industriales de las demandadas-recurrentes y por tanto conociendo, o debiendo conocer, los ruidos, vibraciones u otras molestias que iban a sufrir en virtud de esa situación preexistente».

Esta circunstancia determina que, «aun cuando efectivamente la actividad industrial de las demandadas-recurrentes genere ruidos que se transmiten a dichas viviendas, y que desde este punto de vista cause un daño a quienes las habitan, este daño no sea indemnizable por no ser antijurídico, ya que la decisión libre de vivir en una zona no residencial contigua a la zona industrial del municipio obliga a quien adopta esa decisión a soportar las molestias derivadas de la actividad legítima y autorizada de las industrias previamente instaladas en dicha zona industrial».

En definitiva, viene a decir la sentencia, el Derecho no puede proteger a quien, a sabiendas, construye en zona no apta para ello. De no ser así, sigue diciendo la Sala, «se daría el contrasentido de poder convertir en fuente de indemnización la propia ilegalidad urbanística de quien decide construirse una vivienda en zona industrial; o también el de que la mera licencia municipal para poder edificar una vivienda en zona rústica se traduzca automáticamente en un coste, carente de apoyo legal, para los titulares de industrias legítimamente instaladas en la zona industrial contigua».

Concluye la Sala que «si en la actualidad el problema jurídico de las inmisiones aparece estrechamente relacionado con la protección medioambiental, no sería lógico prescindir, al tratar de este problema, de la ordenación del territorio y el urbanismo, pues también las normas al respecto guardan con la protección del medio ambiente una relación que se refleja, por ejemplo, en el Título XVI del Libro II del Código Penal [delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente]».

Finalmente, como «se trata, en suma, de conjugar los intereses en conflicto de la forma más equilibrada posible», faltando en el Derecho civil común una regulación similar a la del artículo 546.14 del Código Civil de Cataluña, la Sala considera que «tampoco la indemnización por daño moral acordada por la sentencia recurrida puede encontrar su fundamento en los arts. 590, 1908, 1902 o 7 del Código Civil».

El resultado final

La consecuencia de la estimación del motivo segundo es la desestimación total de la demanda, aunque en materia de costas procesales no está todo perdido para la Asociación demandante. Así, en cuanto a las de las instancias, la Sala considera que, «como se desprende de todo lo razonado hasta ahora, especialmente en el fundamento jurídico noveno, se dan serias dudas de derecho justificativas de que, conforme al apdo. 1 del artículo 394 LEC y al apdo. 1 de su artículo 398, no se impongan a la parte actora las costas de la primera instancia pese a que su demanda sea totalmente desestimada, ni tampoco las de la segunda instancia pese a que su recurso de apelación tuviera que haber sido desestimado».

En cuanto a las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, la Sala acude a la remisión que el

apartado 1 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace al mismo apartado de su artículo 394, lo que la faculta para no imponérselas a la parte recurrente pese a la desestimación de dicho recurso. Dice la sentencia que se adopta esta solución porque sigue el precedente de las SSTs 19/11/2008 y 9/6/2009 y porque «algunas omisiones especialmente significativas de la sentencia recurrida, suficientemente señaladas al tratar en su momento de los motivos de tal recurso, justificaban su impugnación por esta vía».

Finalmente, conforme al artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no impone especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

Conclusiones

De lo hasta ahora examinado se desprende una primera conclusión importante: aunque, en las inmisiones, la responsabilidad del emitente sea de carácter objetivo, eso no implica que sea automática. Las circunstancias del caso y la conducta de los perjudicados también deben tenerse en cuenta, unido todo ello a los principios generales de la buena fe en las relaciones de vecindad y de existencia de relación de causalidad.

Por eso la sentencia de la Sala revoca la de apelación, porque los propietarios construyeron sus viviendas, a sabiendas, en terreno industrial y próximas a una fábrica que ya estaba en funcionamiento, que cumplía, además, con la normativa administrativa.

La segunda conclusión significativa es que no puede haber depreciación de las viviendas, en contra de lo que reclama la Asociación demandante, porque estas se construyeron años después de que las empresas demandadas comenzasen a ejercer su actividad.

La tercera consecuencia importante es que, aunque existan, en el caso enjuiciado, molestias generadoras, en principio, de un daño moral, este no debe ser indemnizado porque no es antijurídico, ya que los demandantes decidieron libremente vivir en una zona no residencial contigua a la zona industrial del municipio y ello les obliga a soportar las molestias derivadas de la actividad legítima y autorizada de las industrias previamente instaladas en dicha zona industrial.

Finalmente, del contenido de la sentencia, pueden destacarse también las siguientes ideas generales: es indiferente que el perjudicado no resida permanentemente en la vivienda que recibe las inmisiones; la pre-ocupación del emitente no elimina por sí sola la obligación de indemnizar; tampoco, la autorización administrativa de una actividad industrial; en el conflicto entre vecinos, debe prevalecer la situación que se apoye en el interés social, siempre que la vida íntima y familiar del vecino no se inquiete; aunque el Código Civil no contenga una regulación específica de las inmisiones, al contrario de lo que efectúa el Código Civil de Cataluña, ésta puede extraerse en la normativa de las relaciones de vecindad y de la culpa extracontractual; y las inmisiones pueden llegar a vulnerar derechos fundamentales, por lo que puede impetrarse su protección por los mecanismos de tutela de éstos.

SALA 2.ª

LA EFICACIA DE LAS ACTUACIONES PROCESALES DECLARADAS NULAS PARA INTERRUPIR LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO (Sentencia n.º 1169/2010, de 3 de junio de 2011)

Miguel Ángel Encinar del Pozo

Letrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

I. Introducción

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 1169/2010, de 3 de junio de 2011, plantea una cuestión de relevancia práctica referida a la prescripción del delito: cuál es el valor o efecto que tienen las actuaciones declaradas nulas en relación con la interrupción de la prescripción. Esto es, si durante el transcurso del procedimiento se realizan actuaciones procesales cuya naturaleza y contenido las hace aptas para interrumpir la prescripción, ¿siguen siendo aptas si son declaradas nulas posteriormente?

Al respecto, cabe plantear dos soluciones:

- 1) Las actuaciones que han sido consideradas nulas no tienen ninguna eficacia para interrumpir la pres-

cripción porque, a efectos procesales, es como si no hubieran existido.

- 2) Las actuaciones que han sido consideradas nulas sí tienen eficacia para interrumpir la prescripción, porque materialmente han existido y han desplegado sus efectos antes de la declaración de nulidad.

II. Resumen del supuesto de hecho

Concretamente, el supuesto fáctico que resuelve la sentencia es el siguiente: el Juzgado de Instrucción nº 1 de Villanueva de la Serena incoó Procedimiento Abreviado por delito contra la Hacienda Pública, de modo que dictó auto de apertura de juicio oral el 14 de mayo de 2001. El 18 de diciembre de 2001 ordenó dar traslado a los imputados para calificación, sin que ordenara el traslado a la defensa de los responsables civiles.

A continuación, remite el procedimiento al Juzgado de lo Penal, iniciándose en este momento un debate sobre la competencia para conocer del asunto. Tras una cuestión de competencia negativa, el Tribunal Supremo la resuelve, atribuyendo la competencia al Juzgado de lo Penal que, posteriormente, se inhibe a favor de la Audiencia Provincial de Badajoz, mediante resolución de 27 de marzo de 2003.

La parte interesada había solicitado la nulidad de actuaciones, alegando que se había omitido el traslado a los responsables civiles para emitir escrito de calificación. Tal petición fue estimada por la Audiencia Provincial, por Auto de 1 de septiembre de 2004, que acuerda, por un lado, declarar la nulidad de actuaciones, retro trayendo el procedimiento al momento en que dicho traslado debió haberse conferido y, por otro, mantener las actuaciones no viciadas de nulidad.

El Juzgado de Instrucción confiere el citado traslado de las actuaciones a los responsables civiles, para formular calificación provisional, el día 16 de diciembre de 2007. Finalizada la fase de instrucción, el procedimiento se remite nuevamente a la Audiencia Provincial de Badajoz, que dicta Auto, de fecha 8 de julio de 2009, acordando el sobreseimiento libre de la causa, al haberse extinguido la responsabilidad criminal de los inculcados por prescripción del presunto delito que dio motivo a la formación de la misma. Este Auto, para calcular si ha transcurrido el plazo de prescripción de cinco años previsto en la Ley para el delito investigado, fija como día inicial el 18 de diciembre

de 2001 (fecha hasta la que se retrotraen las actuaciones) y como día final el 16 de diciembre de 2007 (fecha en la que se confiere el traslado), por lo que considera que ha transcurrido dicho plazo y acuerda la prescripción.

Frente a esta resolución se interpuso recurso de casación por el Sr. Abogado del Estado, que es objeto de resolución por medio de la sentencia objeto de comentario.

Tras este resumen del supuesto fáctico, se constata que no es objeto de debate si determinados actos tienen eficacia interruptiva de la prescripción en el momento en que acuerdan; sino que, partiendo del hecho de que sí la tienen, se discute si la mantienen, pese a que después sean declarados nulos.

III. La posición de la jurisprudencia antes del Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 27 de abril de 2011

Sobre este particular, existen diversas resoluciones de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, antes de la sentencia objeto de comentario.

I. Sentencias que otorgan eficacia para interrumpir la prescripción a las actuaciones procesales declaradas nulas.

Existe una serie de Sentencias que sí otorgan valor a las diligencias declaradas nulas para interrumpir la prescripción. Los argumentos principales que se extraen de ellas son los siguientes:

- La declaración de nulidad no determina la inexistencia de las actuaciones que, aunque pudieran estar procesalmente viciadas, no pueden considerarse como si no se hubieran practicado.
- La declaración de nulidad no alcanza a transmutar la realidad hasta el punto de crear una paralización procedimental, donde ha existido una sucesión de actos procesales; con independencia de que una irregularidad anterior obligue a su reiteración.

En este ámbito, cabe citar las Sentencias siguientes:

- 1) Sentencia nº 263/2005, de 1 de marzo.

«Conviene precisar aquí que la declaración de nulidad de actuaciones (incluso aunque ésta lo fuera de carácter absoluto y total con relación a un determinado periodo de actuaciones con la consiguiente retroacción del procedimiento al momento en que se cometió la falta) no sirve para privar de eficacia a las actuaciones de contenido sustancial o relevante, a estos efectos de la interrupción de la prescripción, practicadas durante ese periodo anulado, porque tal nulidad no puede determinar la inexistencia de algo que realmente existió, porque no puede alcanzar a transmutar la realidad de las cosas (STS de 14.4.97, 18.7.97, 31.7.97, 20.12.2000 y 27.3.2003, entre otras).».

- 2) Sentencia nº 438/2003, de 27 de marzo.

«Y, en efecto, esta Sala tiene ya repetidamente declarado que, cuando se declara una nulidad de actuaciones por no haber sido formalmente imputadas personas contra las que se dirige el procedimiento, ello no determina la inexistencia de las actuaciones realizadas y estimarlas como no ocurridas, pues el efecto de nulidad que de ellas se pronuncie, no alcanza a transmutar la realidad de su existencia hasta el punto de apreciar haberse producido una paralización del procedimiento y aunque su irregularidad obligue a su reiteración (sentencias de 14 de abril y 31 de julio de 1997). Más aún cuando, como aquí ocurre, la nulidad acordada es parcial por afectar solo a tres de las personas contra las que el procedimiento se dirigía, y siendo así que el procedimiento se continuó, practicándose diligencias de investigación con contenido sustancial.».

- 3) Sentencia nº 1784/2000, de 20 de diciembre.

«Esta Sala tiene declarado que las actuaciones declaradas nulas y más aun las anulables y como tales revocadas, aunque pierdan su eficacia característica no son inexistentes, y por lo tanto interrumpen la prescripción (Sentencia de 18 de julio de 1997).».

- 4) Sentencia nº 1050/1997, de 18 de julio.

«El que, como ponen de relieve los recurrentes, después, por auto de la Audiencia (folios 342 y 343), se declarara la nulidad de actuaciones por no haber sido imputados aquellos contra quienes se dirigía el procedimiento con violación de lo dispuesto en el art. 118 de la LECr, no

quiere decir que tales actuaciones fueran inexistentes. Tuvieron realidad en el procedimiento y por ello han de considerarse válidas a los efectos de interrumpir la posible prescripción. Para que la prescripción del delito pueda operar es necesario que el procedimiento penal no se haya iniciado antes del plazo de prescripción, o que, iniciado, quede después paralizado por ese mismo plazo. Entendemos que una declaración de nulidad de actuaciones a los efectos de que sea oído en calidad de imputado quien tenía que haberlo sido antes, concretamente desde que fue identificado como posible responsable criminal, no determina la inexistencia de esas actuaciones que, por más que pudieran estar procesalmente viciadas, no pueden considerarse radicalmente nulas, como si no se hubieran practicado. Su realización a lo largo del procedimiento constituye una serie de actos procesales que van interrumpiendo la posible prescripción a medida que se van ejecutando, sin que una resolución judicial posterior declarando la nulidad de actuaciones por falta de imputación judicial previa pueda tener relevancia para tales efectos de interrupción de la prescripción.».

- 5) Sentencia nº 473/1997, de 14 de abril.

«Tampoco puede equipararse a la paralización del procedimiento la retroacción a un momento procesal anterior ordenada por un Tribunal Superior como consecuencia de un recurso por quebrantamiento de forma, pues los efectos depuradores de esta decisión no alcanzan a transmutar la realidad hasta el punto de crear una paralización procedimental, donde ha existido una sucesión de actos procesales, con independencia de que una irregularidad anterior obligue a su reiteración.».

2. Sentencias que no otorgan eficacia para interrumpir la prescripción a las actuaciones procesales declaradas nulas.

En este caso, se trata de resoluciones que consideran que la declaración de nulidad de un acto procesal priva al mismo de efectos interruptivos de la prescripción.

- 1) Sentencia nº 1580/2002, de 28 de septiembre.

«Y todo ello, teniendo en cuenta que, si las actuaciones llevadas a cabo durante todos esos años fueron nulas, «nulas de pleno derecho» según la expresión

literal del párrafo introductorio del propio artículo 238 de la LOPJ que el Recurso cita en su apoyo, y así hoy se declara y admite pacíficamente, su carácter de ineficaces ha de ser evidente y pleno, originando un paréntesis en el curso de la tramitación, que obligadamente abre el vacío de sus efectos, equivalente, en todo, a la inexistencia misma de actuación.

Por lo que sostener, como en algún momento pudiera haberse hecho, que esos trámites nulos, puesto que tuvieron en su momento existencia en la realidad procesal, debieran disponer de eficacia interruptiva del término previsto para la prescripción, supondría, en realidad, dotarles de una trascendental eficacia de la que, por su propio vicio y naturaleza inválida, deben carecer, a riesgo de incurrir, en caso contrario, en una gravísima contradicción a propósito del sentido y alcance que, tanto la referida nulidad de efectos como el instituto mismo de la prescripción, ostentan».

2) Sentencia nº 11/2011, de 1 de febrero.

«Se señala en el desarrollo del motivo que con anterioridad al actual trámite procesal de esta causa, la sentencia inicial recaída con fecha 14.7.2008, fue casada por la STS. de 18.3.2009, que declaró haber lugar al recurso de casación, declarando la nulidad de la recurrida, a partir del auto de 11.6.2008, y continuando la causa por otra Sala, con práctica de la prueba omitida (...).

Además declarada la nulidad de actuaciones desde el auto de 11.6.2008 (en el motivo por error se dice «2010») tal declaración de nulidad ocasiona un paréntesis en el curso de la tramitación con efectos equivalentes a la inexistencia misma de actuaciones, tanto para la prescripción del delito como de existencia de dilaciones indebidas».

IV. El Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 27 de abril de 2011.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, reunida en Pleno No Jurisdiccional, el día 27 de abril de 2011, tomó el siguiente Acuerdo sobre esta cuestión:

«Que las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento».

Como vemos, la Sala se inclina por la solución de mantener los efectos de interrupción de la prescripción de los actos procesales, pese a que se declaren nulos.

V. La posición de la jurisprudencia después del Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 27 de abril de 2011.

Después del citado Acuerdo de Pleno, se dicta la sentencia objeto de comentario -Sentencia nº 1169/2010, de 3 de junio de 2011-, que procede a aplicar la solución acordada.

Recordemos que la Audiencia Provincial de Badajoz había acordado el sobreseimiento libre de la causa, al haberse extinguido la responsabilidad criminal de los inculcados por prescripción del presunto delito que dio motivo a la formación de la misma. Así como que el argumento que sustentaba tal decisión era la falta de eficacia interruptiva de los actos declarados nulos. Esta solución es la contraria a la que adopta el Pleno No Jurisdiccional, de manera que la Sentencia nº 1169/2010, de 3 de junio de 2011, estima el recurso de casación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado y deja sin efecto el Auto dictado por la Audiencia Provincial.

Los argumentos que fundamentan la decisión del Tribunal Supremo son dos: uno, de carácter general, como es la aplicación de lo acordado por el Pleno No Jurisdiccional; y otro, referido al caso concreto que es objeto de resolución: la declaración de nulidad no era total, sino parcial, por lo que subsistían actos válidos que habían interrumpido la prescripción.

I. Aplicación del Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional

Sobre este aspecto, la sentencia indica que la aplicación de lo acordado por el Pleno No Jurisdiccional implica que las actuaciones nulas, aunque no produzcan el efecto de dejar subsistente lo que en ellas se ordena, en cuanto han existido producen la irrevocable consecuencia de interrumpir el transcurso de tiempo con consecuencias extintivas de responsabilidad por prescripción.

Añade que tal acuerdo plenario se acomoda a lo que ha sido la doctrina casi constante mantenida por el Tribu-

nal Supremo; y que la tesis descrita encuentra su fundamento en el sentido de las expresiones usadas por el Código Penal, cuando regula la producción de prescripción por paralización del procedimiento y la interrupción de esa prescripción en curso. Al respecto indica:

«En efecto, el Código Penal establece que el tiempo de prescripción comenzará a correr de nuevo –tras ser interrumpida por la iniciación del procedimiento– cuando éste se paralice. No se corresponde con el sentido de las palabras equiparar actuación nula del procedimiento con paralización del procedimiento.»

Anular una resolución puede implicar el decaimiento de los efectos establecidos por lo decidido, pero no implica privarle de todos los efectos derivados de su existencia. La nulidad, valga como ejemplo, de una resolución de prisión provisional no hace desaparecer las consecuencias de la privación de libertad que se haya sufrido por consecuencia de ella. Ni tal nulidad impide el devengo de derecho al pago de las costas ocasionadas por actos afectados por dicha nulidad.

La consecuencia interruptora de la prescripción, inherente a la existencia de un acto del procedimiento, es ajena a su validez y, por ello, aquella consecuencia subsiste si se declara su nulidad. En los sistemas que conciben la prescripción como causa de extinción de responsabilidad criminal de naturaleza material, y no meramente procesal, no recogen la norma que priva de trascendencia interruptora a los actos no válidos. Lo que sí hace el Código de Procedimiento francés, precisamente porque considera la prescripción como un instituto procesal».

2. La declaración de nulidad no es total

El segundo argumento de la resolución objeto de comentario, para no aceptar la prescripción, es que no habían sido declarados nulos todos los actos del procedimiento posteriores a la decisión que mandaba dar traslado de las actuaciones para calificar, omitiendo a los responsables civiles. Sino que la declaración de nulidad de actuaciones dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz se cuidó de salvar la validez subsistente de los actos no viciados de nulidad. Tales actos tuvieron efectos interruptivos y los siguieron teniendo, dado que no fueron declarados nulos.

Considera como actos de «validez conservada» y, en consecuencia, no afectados por la declaración de nulidad, los siguientes:

- 1) Los actos relativos a la determinación de competencia. Concretamente, la resolución del Tribunal Supremo que decidía sobre la cuestión de competencia y la decisión del Juzgado de lo Penal que acuerda remitir las actuaciones para enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Badajoz.
- 2) La propia decisión que ordena dar traslado a los responsables civiles para calificar, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, que supone una efectiva actuación del procedimiento incompatible con el concepto de paralización.

Finalmente, hemos de indicar que la indicada sentencia contiene un Voto Particular, emitido por el Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín. El sentido del citado voto es discrepante, considerando que debió mantenerse la prescripción acordada en el auto recurrido.

SALA 3.^a

EL CUENTADANTE Y EL EXTRANEUS: ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Ramón Castillo Badal
Magistrado del Gabinete Técnico
del Tribunal Supremo

Introducción

El interés de la sentencia de la Sala 3.^a de 21 de julio de 2011 rec. 1018/2008 que comentamos se centra en la determinación de la figura del cuentadante pues solo si se reúne tal condición es posible el enjuiciamiento de la responsabilidad contable por el Tribunal de Cuentas. El problema se plantea ante la intervención de terceros que, participando en los hechos delictivos que originan la responsabilidad contable, no reúnen aquella condición,

por lo que se suscita la duda de si en esos casos la Jurisdicción contable es competente para su enjuiciamiento.

Tanto el Tribunal de Cuentas¹ como la Sala Tercera del Tribunal Supremo², han abordado en ocasiones anteriores la cuestión de si tienen legitimación pasiva ante el Tribunal de Cuentas en un procedimiento de reintegro por alcance aquellas personas que habiendo sido condenadas penalmente por cooperar en la realización de un delito que produce perjuicio a los caudales públicos no tienen sin embargo la condición de cuentadantes. Los dos tribunales niegan tal posibilidad.

Sin embargo, para justificar el enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas de la conducta de un no cuentadante (*extraneus*) que actúa en relación con quien sí reúne tal condición en unos mismos hechos que causan un perjuicio a los caudales públicos, se hace referencia a la jurisprudencia penal que viene incluyendo, dentro de los delitos tipificados en los artículos 432 y ss. del Código Penal a determinadas personas que, con el carácter de cooperadores necesarios, han contribuido en la comisión de delitos especialmente tipificados para los sujetos activos que ostentan la condición de funcionarios públicos³.

La sentencia que comentamos analiza la misma cuestión si bien presenta un matiz. No hubo condena previa de los particulares pues en el proceso penal ante el Tribunal militar este absolvió a los particulares que, en la tesis de la Abogacía del Estado se habían lucrado

¹ Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de 14 de septiembre de 2004.

² Sentencias de 8 de noviembre de 2006, 17 de abril de 2008, 4 de febrero de 2009 y 24 de mayo de 2010 en los recursos de casación 4048/01, 7452/02, 10683/04 y 1520/2005.

³ La sentencia de la Sala Segunda de 11 de junio de 2002 rec. 3499/00 recuerda que «La doctrina de esta Sala ha establecido con reiteración (Sentencia de 14 de enero de 1994, Sentencia de 2 de mayo de 1996, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999, caso Roldán, Sentencia de 28 de marzo de 2001, núm. 20/2001, caso Urralburu, Sentencia de 8 de mayo de 2001, núm. 776/2001, Sentencia 7 de noviembre de 2001, núm. 2052/2001, entre otras) que cuando un particular, «extraneus», participa en el delito especial propio cometido por un funcionario, «intraneus», dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriadad en relación con el delito realmente ejecutado, pero moderando la penalidad en aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario.» La de 18 de octubre de 2004 rec. 717/02 afirma que «esta Sala se viene inclinando por responsabilizar al partícipe, por inducción o cooperación necesaria (*extraneus*), al mismo nivel punitivo que el autor del nº 1 del art. 28 C.P., con la aplicación de una atenuante (veáanse S.T.S. nº 1493, de 21 de diciembre de 1999 y nº 1078 de 11 de junio de 2002, con cita, a su vez, de otras muchas).

de fondos públicos, «sin perjuicio de la responsabilidad contable que, en su caso, se determine por el Tribunal de Cuentas en el expediente de reintegro por alcance que por estos mismos hechos se sigue ante dicho órgano».

El Tribunal de Cuentas, sin embargo, declaró la falta de legitimación pasiva de estos particulares (*extraneus*) al no tener la condición de cuentadantes de caudales o efectos públicos, pronunciamiento que confirma la sentencia de la Sala 3.^a.

I. Ámbito de la jurisdicción contable

El enjuiciamiento contable es una actividad de naturaleza jurisdiccional que se traduce en la emisión de un juicio sobre la posible existencia de responsabilidad en quien administra o gestiona fondos públicos.

Tanto la Constitución como la Ley Orgánica 2/1982, de 18 de mayo, del Tribunal de Cuentas y la 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento, han reconocido la jurisdicción contable y la han configurado para resolver pretensiones de responsabilidad, también contable. No han querido atribuirle el conocimiento de cualesquiera pretensiones de responsabilidad civil por daños a los fondos públicos. En realidad, la responsabilidad que enjuician los órganos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas tiene que surgir de las cuentas que han de rendir todos aquellos que manejan bienes, caudales o efectos públicos. Así se deduce del artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/1982, –el enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos–. Limitando su objeto el apartado 2 al afirmar que –la jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos–.

Respecto de ese ámbito subjetivo y objetivo –la jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena–. Precisando la L.O. como delimitación negativa que quedan excluidas de su conocimiento a) Los asuntos atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional. b) Las cuestiones sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa. c) Los hechos constitutivos de delito o falta. d) Las cuestiones de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del Poder Judicial. Artículos 16 y 17.

La consideración de la Jurisdicción contable como exclusiva y plena ha llevado a pensar que ésta podría conocer de todas las pretensiones de resarcimiento que tengan origen en daños y perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos por quienes, en su manejo, hayan incurrido en infracción legal, como podría desprenderse de una interpretación meramente literal del principio de responsabilidad enunciado en el artículo 38.1 de la Ley –el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados–.

Sin embargo, el Tribunal de Cuentas no lo entiende en ese sentido amplio limitando su ámbito de enjuiciamiento en cuanto a la responsabilidad contable únicamente respecto de quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos y, únicamente en cuanto a éstos⁴.

El Tribunal Supremo se ha preocupado, además, de delimitar la responsabilidad contable de la civil e, incluso de la responsabilidad patrimonial de la Administración en atención a como se produzca el menoscabo de los bienes o caudales públicos⁵.

⁴ «Si así fuera, este precepto habría recogido no un estricto principio de responsabilidad contable, sino el mucho más amplio de responsabilidad civil de Autoridades y funcionarios frente a las administraciones o entidades del sector público a las que sirven. Atribuir al Tribunal de Cuentas competencia para el conocimiento indiscriminado de estas cuestiones significaría tanto como restarla a la jurisdicción ordinaria, concretamente a sus órdenes contencioso-administrativo o civil, según estuviera o no, respectivamente, habilitada por Ley la Administración para señalar en vía administrativa las correspondientes responsabilidades, y todo ello en contra de lo prevenido en el art. 16 de la antecitada Ley Orgánica y, sobre todo, de los principios de unidad jurisdiccional y exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial reconoce el art. 117 de la Constitución. La jurisdicción que ejerce este Tribunal, como las responsabilidades de que conoce, vienen legalmente adjetivadas de «contables». Forzosamente, pues, esta subespecie de la responsabilidad civil en que la contable consiste ha de lucir o derivarse de las cuentas que, en el sentido más amplio, deben rendir quienes manejen caudales o efectos públicos y las infracciones legales que la determinan han de merecer, asimismo, el carácter de contables. (...) La interpretación acabada de exponer es la única que permite coherente la existencia de la jurisdicción contable en relación con la ordinaria y la única, también, que la justifica por razones de necesidad y no sólo por razones de oportunidad y de especialización del órgano llamado a ejercerla, que por muy atendibles que puedan resultar, serían totalmente insuficientes para explicarla frente al enérgico reconocimiento de los principios de unidad y exclusividad jurisdiccionales establecidos en el mencionado art. 117 de la Constitución...» (ATCu 12 diciembre 1986). Y, en términos parecidos la STS de 7 de junio de 1999 rec. 6676/1994.

⁵ «tampoco puede la responsabilidad contable identificarse, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo

Delimitado en los términos expuestos, el ámbito de la jurisdicción contable parece claro, el problema se plantea a raíz de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la L.O. 2/1982 pues «cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia».

En los supuestos en los que el Tribunal penal tras dictar sentencia y, en aplicación del citado precepto remite al Tribunal de Cuentas a fin de determinar la responsabilidad civil de las personas que han intervenido en los hechos declarados delictivos, el Tribunal de Cuentas en el procedimiento de reintegro por alcance niega legitimación pasiva a aquellos que no ostentan la condición de cuentadantes (es decir, quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos) lo que impide fijar el importe de la responsabilidad civil de los llamados extranets a menos que se acuda a un incidente de ejecución de la sentencia penal o a un posterior procedimiento civil.

II. Los hechos

En el Ministerio de Defensa, desde Enero de 1981 hasta septiembre de 1991, existió abierta, en el Banco de España una cuenta a nombre del Ministerio de Defensa. Dicha cuenta, se nutría fundamentalmente de ingresos que en ella realizaba el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) como retribución a los hospitales militares por la asistencia prestada a sus beneficiarios, asignándose también una cuota para retribuciones del personal militar que prestaba la asistencia a dicha Entidad. Los saldos que en la misma se iban generando oscilaron, durante los diez años en que se mantuvo, entre tres mil y cinco mil millones de pesetas.

Para disponer de esta cuenta era necesaria la firma conjunta de tres altos mandos militares.

«a su cargo el manejo de bienes o caudales públicos, causen daños a estos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino o ante una situación de «responsabilidad civil frente a la Administración pública», para cuya determinación ésta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la Jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho, o ante un caso, también, de responsabilidad de autoridades y personal al servicio de la Administración, respecto de cuya determinación ésta última se encuentra no solo habilitada, sino obligada a tenor de lo establecido en el art. 145.3 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según la nueva redacción recibida de la Ley 4/1999, de 13 de Enero» STS 7 de junio de 1999 rec. 6676/94.

Con cargo a la citada cuenta se expidieron dos cheques, de fecha 4 de agosto de 1987 y 1 de septiembre de 1987, por un montante global de 500.000.000 de pesetas, a favor de una determinada entidad bancaria, con las firmas de los tres mandos citados.

A través de la referida entidad, y de otras instituciones financieras se realizaron por orden de los mandos militares inversiones financieras consistentes en la compra de pagarés del Tesoro y de la Diputación Foral de Vizcaya, adquisiciones de cesiones de crédito, etc. El rendimiento obtenido por las inversiones efectuadas era percibido por los mandos que retribuían la intervención de los profesionales de las entidades financieras que intervenían mediante la colocación de los fondos. El perjuicio total para las arcas públicas fue de unos 355 millones de pesetas, siéndole reclamada a los profesionales de las entidades financieras que también se lucraron con dichas operaciones la devolución de la cantidad de 45 millones de pesetas.

En lo que aquí concierne, la Sala de Justicia del Tribunal Central Militar, en fecha 19 de septiembre de 2000, dictó Sentencia que, condenó a los tres mandos por la comisión de un delito contra la Hacienda Militar y absolvió de la responsabilidad civil directa que se les exigía, a resultas de esta causa, a los miembros de las diferentes entidades financieras que, de acuerdo con aquéllos habían prestado su actividad para colocar el dinero al que tenían acceso los primeros *«sin perjuicio de la responsabilidad contable que, en su caso, se determine por el Tribunal de Cuentas en el expediente de reintegro por alcance que por estos mismos hechos se sigue ante dicho órgano»*.

La Sentencia del Tribunal Central Militar fue recurrida en casación ante la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, rec. 1/7/2000, cuya sentencia de 22 de mayo de 2001 no afectó a aquéllos y que, asimismo, respetó el pronunciamiento del Tribunal militar en cuanto se abstenía *«de conocer de la responsabilidad contable derivada de los hechos delictivos, que será establecida por el citado Tribunal de Cuentas y, cuya cuantía, en su caso, se determinará en ejecución de sentencia»*.

En el procedimiento de reintegro por alcance incoado, la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas el 7 de abril de 2004 dictó sentencia que, entre otros pronunciamientos, declaró la falta de legitimación pasiva de los siete responsables de las entidades financieras que habían cooperado con los condenados a la coloca-

ción de los fondos dispuestos por no tener la condición de cuentadantes de fondos o caudales públicos.

Ese pronunciamiento fue confirmado por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en sentencia de 24 de julio de 2007 al desestimar el recurso de apelación del Abogado del Estado. Frente a esta sentencia, el Abogado del Estado interpone recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo que lo resuelve, desestimándolo, en la sentencia de 21 de julio de 2011 que comentamos.

III. Doctrina de la Sala sobre los elementos calificadores de la responsabilidad contable

Sólo pueden incidir en responsabilidad contable quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

No toda acción u omisión contraria a la Ley que produzca menoscabo de caudales o efectos públicos, realizada por quien está encargado legalmente de su manejo, será suficiente para generar responsabilidad contable, ya que se requerirá, además, que resulte o se desprenda de las cuentas, en sentido amplio, que deben rendir todos aquellos que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.

La infracción legal se refiere a las obligaciones impuestas por las Leyes reguladoras de la Contabilidad Pública y del régimen presupuestario aplicable al sector público de que se trate o a las personas o entidades perceptoras de ayudas con rango o procedentes de dicho sector.

El ámbito subjetivo de los posibles responsables contables se define en el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/1982, según el cual, corresponde al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran aquellos que tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos. Asimismo, el artículo 38.1 de dicha Ley establece que quien por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados, y el art. 15 señala que el enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, cau-

dales o efectos públicos refiriéndose, también, el art. 49.1 de la Ley 7/1988 a quienes tengan a su cargo el manejo de dichos caudales o efectos.

Una interpretación integradora de tales preceptos lleva a entender que la responsabilidad contable está siempre vinculada al manejo de caudales o efectos públicos. Los arts. 15 y 38 de dicha Ley Orgánica hacen girar la responsabilidad contable en torno a los conceptos de caudales públicos o efectos públicos. Así en la medida que se hayan originado daños a los fondos públicos se abre la posibilidad de declarar responsabilidades contables siempre que concurren el resto de requisitos establecidos en la Ley.

Por otra parte, ninguno de los preceptos reguladores de la responsabilidad contable se refiere exclusivamente a los funcionarios o autoridades como exclusivos sujetos pasivos. Por el contrario, se habla en todos ellos de personas encargadas de la recaudación, custodia, manejo o utilización de los caudales o efectos públicos.

Definido así el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, la participación en la actividad económico-financiera de un ente público hace a la persona, sea o no funcionario público, susceptible de ser sujeto de responsabilidades contables, pues la responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación, sino del menoscabo de los caudales públicos.

La responsabilidad contable surge, en todo caso, en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia, a saber, el cargo o entrega de los fondos, y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos. El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca la data, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión, o bien sea bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas o entrega de las cantidades recibidas en interés de un tercero. Acreditado un cargo y constatada la falta de justificantes o de dinerario, según los casos, aparece un descubierto en las cuentas, lo que denominamos un alcance de fondos.

En conclusión, sólo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquellos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público.

Si se sostuviese la tesis contraria de que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable alcanza a cualquier persona, entonces la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencias de otros órdenes jurisdiccionales. Pero es que, además, dicha tesis aparece corroborada por el artículo 39 y siguientes de la propia Ley, en cuanto recogen, como circunstancias modificativas de la responsabilidad contable, conductas típicas de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; así, las alusiones a la obediencia debida –art. 39.1–, al retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas y en la solvencia de los reparos –art.- 39.2–, a la falta de medios –art. 40.

A mayor abundamiento, el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra «... todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos...», debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes, y ello porque el término cuentadante es un concepto jurídico determinado que corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos de la Administración del Estado, y a los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos o Sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, y a los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas⁶.

IV. Fundamentación jurídica de la sentencia

La sentencia declara no haber lugar al recurso del Abogado del Estado que pretende la declaración de la responsabilidad civil de los *extraneus* por parte del Tribunal de Cuentas con fundamento en dos razones.

⁶ Como decíamos, esta doctrina se recoge en las sentencias dictadas con fechas de 8 de noviembre de 2006, 17 de abril de 2008, 4 de febrero de 2009 y 24 de mayo de 2010 en los recursos de casación 4048/01, 7452/02, 10683/04 y 1520/2005 que, en definitiva, ha excluido la responsabilidad contable de quienes no tienen la condición de cuentadantes negando su legitimación pasiva ante el Tribunal de Cuentas.

La primera es que la Abogacía del Estado ejerció en la causa penal ante el Tribunal Militar Central respecto de las personas que desde sus puestos en diversas entidades financieras habían ejercido una actividad mediadora de colocación de los fondos públicos exclusivamente la acción civil contemplada en el art. 122 del Código Penal «*el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación*», pero fue rechazada por la sentencia del citado Tribunal de 19 de septiembre de 2000 al entender que la participación de aquéllos no fue lucrativa sino onerosa, tras haber percibido una remuneración por los servicios de intermediación financiera que prestaron, planteamiento que el Abogado del Estado no recurrió ante la Sala Quinta de lo Militar. Tampoco acudió a un procedimiento civil a reclamar la declaración de responsabilidad civil contra los responsables de las entidades financieras que cooperaron a la ejecución del delito contra la Hacienda Militar. Y, aunque la sentencia del Tribunal Militar Central advierte que el fallo absolutorio respecto de los acusados como terceros civilmente responsables es «*sin perjuicio de lo que pueda resolverse por el Tribunal de Cuentas en ejercicio de su privativa competencia, en el expediente de reintegro por alcance que por estos mismos hechos se sigue ante dicho órgano*», tal posibilidad fue rechazada por el Tribunal de Cuentas al no tener aquéllos la condición de cuentadantes.

En segundo lugar, rebate la similitud que hace la Abogacía del Estado porque si bien el art. 28 del Código Penal, dentro de las personas criminalmente responsable de un delito o falta, equipara al autor material y al cooperador necesario, el art. 42.1 de la LO 2/1982 considera responsables directos a quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución, pero siempre que el autor de la conducta tenga la condición de cuentadante pues así se deduce de los art. 39.1, 39.2 y 40 de dicha ley en cuanto solo puede darse respecto de quienes tengan a su cargo el manejo o cuidado de caudales públicos.

V. Conclusión y valoración crítica

Aunque la sentencia no trata propiamente de un supuesto de condena penal previa pues lo que se ejerció ante el Tribunal Militar fue la acción civil derivada del delito sí

suscita el mismo problema de falta de legitimación pasiva de los *extraneus* ante el Tribunal de Cuentas por no tener la condición de cuentadante con la consiguiente imposibilidad de determinar la responsabilidad civil de aquéllos, salvo que se acuda a un posterior procedimiento civil.

La doctrina de la Sala Tercera acerca de los requisitos que han de reunirse para ostentar la condición de cuentadante se encuentra consolidada y en la misma línea que la ofrecida por el Tribunal de Cuentas respondiendo a la interpretación lógica y sistemática que deriva de los preceptos de la LO 2/1982. Sin embargo, tropieza con la dificultad de enjuiciar adecuadamente dada la regulación existente la participación de terceros (*extraneus*) junto a aquéllos que teniendo a su cargo el manejo, cuidado o gestión de caudales públicos realizan una conducta delictiva determinante de responsabilidad contable.

En el supuesto de la intervención del tercero junto con el cuentadante propiamente dicho que ha originado un perjuicio a los fondos públicos la reclamación de la responsabilidad civil del *extraneus* ante la jurisdicción civil no parece muy adecuada por varias razones.

Aceptando que pudiera exigirse esa responsabilidad civil del *extraneus* con independencia de la contable del cuentadante, es difícil pensar en una condena previa de los tribunales civiles al tercero que, como dice la sentencia de 7 de junio de 1999 «sin estar vinculado al servicio de la Administración o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o caudales públicos, cause daños a éstos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros». Y ello porque tanto en uno como en otro caso parece necesaria la existencia de un pronunciamiento judicial previo que determine la existencia de ese daño o alcance. Así se deduce además del artículo 42.3 de la Ley 7/2000 de Enjuiciamiento Civil. En otro caso, el pronunciamiento de la Jurisdicción civil que aprecia la existencia de un daño a los caudales públicos podría condicionar la decisión del Tribunal de Cuentas o dar lugar a resoluciones contradictorias entre ambos Tribunales rompiendo la continencia de la causa.

El problema se agudiza en el supuesto de realización de conductas delictivas con menoscabo de los caudales públicos (por ejemplo, una malversación) con intervención de un cuentadante y la cooperación necesaria de un particular, existiendo una concertación delictiva entre ambos.

El art. 18.2 de la L.O. 2/1982, de 12 de mayo, establece que *«Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.»* Lo que significa que, dictada sentencia condenatoria no cabe declarar en la sentencia penal la responsabilidad civil *ex delicto* sino que, posteriormente, el Tribunal de Cuentas deberá declarar la responsabilidad contable y el alcance sufrido por los caudales públicos pero solo en relación a quienes tienen la condición de cuentadantes. De este modo, puede suceder que la sentencia penal haya declarado probada la participación en los hechos delictivos de personas que no tenían a su cargo el cuidado o gestión de los fondos públicos *detraídos (extraneus)* y, respecto de éstos, el Tribunal de Cuentas les negará legitimación pasiva al no tener la condición de cuentadantes en el procedimiento de reintegro por alcance que ha de iniciar. Al propio tiempo, el Tribunal Penal que ha condenado a éstos no puede fijar cantidad alguna en concepto de indemnización por responsabilidad civil hasta que el Tribunal de Cuentas determine la cuantía del alcance en el procedimiento de reintegro, en cuyo caso, la Administración podrá acudir a un incidente de ejecución de la sentencia penal o a un procedimiento civil con el consiguiente retraso y posibilidad de pronunciamientos contradictorios⁷.

Parece por ello razonable entender que la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, en supuestos de identidad de hechos en los que interviene un cuentadante y un *extraneus* en unidad de actuación con un concierto de voluntades existente entre ambos para la ejecución del hecho determinante del perjuicio a los caudales públicos podría también extender su ámbito de conocimiento al llamado *extraneus* a efectos de determinar su responsabilidad civil.

Esta interpretación se ha manifestado ya en dos votos particulares emitidos a las sentencias de la Sala Tercera de 17 de abril de 2008, rec. 7452/02, y 4 de febrero de 2009, rec. 10683/04.

⁷ En el caso analizado por la STS de 7 de junio de 1999, rec. 6676/94, el Tribunal Penal omitió la prioridad del art. 18.2 de la L.O. 2/1982 y fijó una cantidad en concepto de responsabilidad civil *ex delicto* que no coincidía con la fijada por el Tribunal de Cuentas. El TS afirmó *«sin que la diferencia de 48.108 ptas. en más existente entre la responsabilidad contable fijada por el Tribunal de Cuentas y la civil determinada por el tribunal penal signifique otra cosa que la prevalencia de la primera sobre la segunda ante el hecho indubitado de que se trata de un tema en que la competencia del Tribunal de Cuentas es exclusiva y plena.»*

En ellos, se reconoce que, en principio, la jurisdicción contable no tiene por finalidad el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad de terceros frente a la Administración, cuando sólo figuran éstos como demandados. Sin embargo, si la acción se dirige contra un cuentadante y un tercero por razón de unos mismos hechos, existiendo concierto de voluntades y una malversación de caudales públicos declarada por sentencia penal firme, como ocurre en este caso, ese criterio podría servir para que la jurisdicción contable asumiera la competencia para conocer de la responsabilidad contable de todos los implicados, incluidos los cooperadores necesarios o los terceros responsables civiles, aunque no sean cuentadantes, para evitar que se divida la continenencia de la causa⁸.

Estos razonamientos son de nuevo plenamente aplicables al caso comentado. La sentencia del tribunal militar, al entender que la participación de aquéllos no fue lucrativa sino onerosa, tras haber percibido una remuneración por los servicios de intermediación financiera

⁸ El fundamento lo encuentra en *«la moderna jurisprudencia penal que admite la participación del extraneus en los tipos delictivos específicos previstos para castigar sujetos activos caracterizados por su especial cualificación.»*

(...) Pues bien, si la punibilidad del extraneus se admite sin discusión en la actualidad, teniendo ahora el debido soporte legal, no resulta razonable mantener que esta solución no resulta aplicable al ámbito de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, por falta de regulación específica, cuando le corresponde la fijación de la indemnización derivada de delitos que suponen menoscabo de caudales públicos, ante lo que disponen los artículos 18.2 de la LOTCU y 49.3 de la LFTCU.

Además, en el presente caso no hay que olvidar que la Sala Segunda, en cuanto a la responsabilidad civil, declaró que no procedía hacer pronunciamiento, no sólo por la indeterminación precisa de lo apropiado, sino también para dejar a salvo la responsabilidad que, en su ámbito y, en su caso, determinase el Tribunal de Cuentas, sin excluir la responsabilidad de los terceros.

Por todo ello, no puedo compartir el criterio de la mayoría, entendiendo que la Sala debió dar un paso más en la interpretación de la normativa existente, superando su deficiente regulación, sin que todo ello implique desconocer el ámbito subjetivo y objetivo de la jurisdicción contable, puesto que una cosa es que su actuación tenga que circunscribirse a la responsabilidad de quienes reciben caudales públicos para su gestión, y otra que no pueda extenderse también frente a quienes, sin ostentar tal condición, participan en el hecho y colaboran en el menoscabo.

Además, esta solución agiliza la tramitación, evita disfunciones no deseables y sobre todo el peregrinaje jurídico-judicial, máxime cuando la concreción de los daños a los fondos públicos corresponde al Tribunal de Cuentas.

De mantenerse el criterio de la mayoría en caso de indeterminación de lo apropiado en el momento de la sentencia, tendría que ser el Tribunal Penal quien tuviera que proseguir las actuaciones en la pieza de responsabilidad civil, sólo respecto de los terceros, lo que no resulta lógico.

Además, tampoco cabe desconocer que el orden civil tampoco podría decidir en estos casos hasta que el Tribunal de Cuentas resolviese conforme a su competencia, al quedar vinculados los tribunales civiles a la decisión que se adopte, como establece el art. 42.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

que prestaron, viene a definir, al menos en principio, el supuesto de hecho de una cooperación necesaria⁹ en la ejecución del delito contra la Hacienda Militar y en el alcance que justificaría, para no dividir la contienda de la causa, el enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas del *extraneus* para determinar su responsabilidad civil. En este caso, la propia dinámica del delito contra la Hacienda Militar por el que fueron condenados los principales responsables imponía la necesidad de contar con la cobertura dispensada por responsables de entidades financieras que colocaban el dinero que aquéllos tenían a su disposición como cuentadantes.

Siendo esto así, apreciándose en relación a unos mismos hechos y, al menos a priori, un concierto de voluntades entre el cuentadante y el/los *extraneus* en perjuicio de los caudales públicos, y siguiendo la línea de los votos particulares antes citados podría afirmarse la competencia del Tribunal de Cuentas para depurar la responsabilidad civil de aquellos.

De no aceptarse esta interpretación, dada la consolidada doctrina existente al respecto, quizá fuera oportuno plantear una modificación legislativa de la L.O. 2/1982 similar a la operada en la LOPJ y en la Ley 29/1998 para conseguir acabar con el peregrinaje jurisdiccional y residenciar, de una vez por todas en el orden contencioso administrativo las pretensiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración. De la misma forma que el art. 9.4 de la LOPJ y el art. 2.e) de la Ley 29/98 fueron modificados por la L.O. 19/2003 para atribuir al orden contencioso el conocimiento de aquellas pretensiones incluso «cuando a la producción del daño concurren sujetos privados», una modificación similar permitiría ampliar la jurisdicción del Tribunal de Cuentas al *extraneus*. Todo ello con la finalidad de evitar situaciones de práctica impunidad en lo que a la reparación del daño causado a los caudales públicos por los *extraneus* conduce la regulación actual que puede implicar, en caso de comisión de un delito por un cuentadante con la participación de terceros, la necesidad de tramitar un procedimiento penal, otro contable de reintegro por alcance y, finalmente, otro civil para éstos.

⁹ La sentencia de la Sala II del TS de 21 de diciembre de 1999, rec. 1174/98, afirma que «constituye cooperación necesaria la colaboración de quien interviene en el proceso de ejecución del delito con una aportación operativamente indispensable, conforme a la dinámica objetiva del hecho delictivo». Asimismo, la sentencia de 25 de enero de 2010, rec. 10372/2009, admite que «en los supuestos de malversación impropia, puedan actuar como cooperadores necesarios o inductores otros particulares ajenos a esa relación especial con los fondos públicos y que, como tales, deban ser considerados partícipes».

PAREJAS DE HECHO Y PRESTACIÓN DE VIUEDAD (STS DE 3 DE MAYO DE 2011)

Manuel Fernández-Lomana García

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

La STS de 3 de mayo de 2011 (Rec. 2170/2010), P. Sr. Jesús Gullón Rodríguez, resuelve una de las cuestiones suscitadas por el actual art. 174.3 de la LGSS e invita a la reflexión sobre el concepto de pareja de hecho. La resolución analiza si, para obtener la prestación por viudedad, en supuestos de parejas de hecho, es necesaria la inscripción en el correspondiente registro o la formalización de la convivencia en documento público, constituyendo un excelente pretexto para analizar la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a este artículo.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, ha regulado el derecho a la prestación de viudedad de las parejas de hecho. Como se dice en el Preámbulo de la ley, «la ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a los efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles indicativos de dicha situación». Es decir que, ante la ausencia de regulación a estos efectos, el legislador se ve compelido a concretar los requisitos que las parejas de hecho deben reunir para tener acceso a la prestación de viudedad.

Con esta finalidad el art 174.3 de la LGSS establece que: «A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una

antelación mínima de dos años con respecto al fallecimiento del causante. En las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de la convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica».

Ahora bien, el legislador, no sólo regula el tipo general de las parejas de hecho con derecho a prestación sino que, además, regula otros dos supuestos en los que la convivencia de hecho permite o facilita el acceso a la pensión. Supuestos que al matizar el tipo general contribuyen a su comprensión.

El primero de ellos es el regulado por el art 174.1. Esta norma regula el derecho a la prestación de viudedad en supuestos de enfermedad común no sobrevenida, es decir, ya existente con anterioridad al matrimonio. En estos casos la ley exige, con el fin de eludir los efectos de los llamados matrimonios de conveniencia, que el matrimonio «se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes». Ahora bien, de no cumplirse ninguno de los requisitos anteriores, bastará con que se acredite «un periodo de convivencia con el causante... (en los términos del art 174.3), que, sumado a la duración del matrimonio» supere los dos años. Se trata de un supuesto singular pues el solicitante de la prestación está casado con el fallecido, pero al no reunir el año de convivencia matrimonial exigido por la ley, se le permite completar el periodo de tiempo precisado acudiendo al tiempo convivido como pareja de hecho, si bien se exige, en total, un periodo de convivencia mayor: dos años. En estos casos, los requisitos para ser considerado «pareja de hecho», ¿deben ser los mismos que los exigidos en el art 174.3 de la LGSS o admiten alguna modulación?

El segundo es el regulado por la Ley 40/2007 que, en su Disposición Adicional Tercera, establece una prestación de viudedad «con carácter excepcional», para aquellos casos en los que el fallecimiento se hubiese producido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley –el 1 de enero de 2008–¹⁰. ¿Cuáles son los requisitos exigidos en estos casos? ¿Coinciden con los establecidos en el tipo general?

¹⁰ Para ello es preciso que se reúnan los siguientes requisitos: a) Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización del art 174.1 LGSS, no se hubiera podido causar pensión de viudedad. b) Que el beneficiario de la prestación hubie-

I. La «pareja de hecho».

La determinación de qué deba entenderse por pareja de hecho con arreglo a la Ley 40/2007 exige una previa y sucinta exposición del concepto general de pareja de hecho. Pues el legislador no opera en el vacío, lejos de ello, lo hace dentro de una tradición jurídica. Conviene además resaltar que el concepto pareja de hecho se encuentra estrechamente unido al de matrimonio, pues la definición de este último condiciona qué debe entenderse por aquella.

Por ello, comenzaremos exponiendo qué se entiende, según nuestra ley, por matrimonio. Nuestro legislador configura el matrimonio como un negocio jurídico bilateral y formal por el que dos personas, del mismo o diferente sexo, declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena –*cosortium omnis vitae*–. No obstante, la configuración tradicional de nuestro matrimonio ha sufrido un importante cambio con las Leyes 13 y 15/2005. La primera, al permitir, frente a la línea tradicional que sólo admitía el matrimonio entre el hombre y la mujer, el matrimonio de personas «del mismo o diferente sexo». La segunda, al suprimir las causas de separación o divorcio, bastando ahora la voluntad de uno o de los dos contrayentes para extinguir el matrimonio. Es decir, se ha producido el tránsito desde una regulación institucional del matrimonio a una regulación individualista, pasando el matrimonio a ser entendido como la «unión voluntaria de dos personas independientes» (Hans Kling). Lo que supone un «acercamiento del matrimonio a las uniones no matrimoniales» (Carlos Martínez de Aguirre).

La pareja o unión de hecho es un hecho jurídico. Se trata de un hecho, la convivencia continuada y estable entre dos personas, al que el ordenamiento atribuye una serie de efectos jurídicos. No obstante, se suele distinguir en la práctica entre un concepto estricto y un concepto amplio de pareja de hecho. El primero hace referencia a la unión de dos personas, sin formalidades en su constitución, para constituir una comunidad de vida estable, similar en sus fines a la unión matrimonial, continuada en el tiempo y manifestada externamente. A esta posibilidad se refería la Ley 21/1987, de 11 de

ra mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho y en los términos descritos por el art 174.3 de la LGSS, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento. c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. Y e) Que la solicitud se presente en el plazo de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la ley

noviembre, que modificó el Código Civil en materia de adopción, al hablar de «el hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal». Descripción superada por las reformas legislativas posteriores, pues en la actualidad es posible que los integrantes de la pareja tengan el mismo sexo. El concepto amplio haría referencia a otros supuestos de convivencia de hecho, por ejemplo, las uniones no monógamas, etc.

El legislador (estatal y autonómico) al regular la materia, ha optado por las uniones de hecho en sentido estricto, por ello la doctrina habla de «uniones juridificables» que son aquellas en las que concurren los requisitos legales y que producen los efectos legales establecidos; frente a las «uniones no juridificables» que quedan al margen del Derecho (Carlos Martínez de Aguirre). Ahora bien, si para que la unión de hecho produzca efectos jurídicos el legislador le exige una convivencia «análoga a la conyugal»; la ausencia de impedimentos para contraer matrimonio; e incluso un requisito de forma cual es la inscripción en el registro de parejas de hecho o la formalización de la pareja en documento público. ¿Dónde está la diferencia con el matrimonio? Como señala algún autor, si a los integrantes de la pareja se les exige que para que su unión genere efectos frente a terceros deban comparecer ante un funcionario público para inscribir o reconocer su unión, ¿no estaremos realmente ante un negocio jurídico cuyo objeto es la unión *more uxorio*, generándose una realidad semejante al matrimonio aunque con efectos más restringidos, es decir, «un matrimonio de segunda»? (Zarraluqui).

II. La «pareja de hecho» en la Ley General de Seguridad Social

El reconocimiento de prestaciones a las parejas de hecho en el ámbito de la Seguridad Social no es novedoso, pues ya se había materializado con anterioridad a la Ley 40/2007. En efecto, la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, reconocía la situación a efectos prestacionales de «quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley».

Esta norma, que reconocía eficacia jurídica a situaciones de convivencia análogas a la matrimonial («hubie-

ran vivido como tal») entre hombres y mujeres que no habían podido casarse, al no ser posible el divorcio, tenía un carácter provisional. Por lo tanto, no resolvía el problema de quienes, con posterioridad a dicha norma, optaban por no casarse (en todo caso se trataba de una decisión voluntaria, pues nada les impedía casarse) y sobre todo, no resolvía el gran problema moral de las uniones entre personas del mismo sexo (que no podían casarse aunque lo desearan). En efecto, las personas del mismo sexo que deseaban formar una unión estable no recibían respuesta alguna del sistema de Seguridad Social. Su situación no era antijurídica, pero sí ajurídica. Este problema ha desaparecido tras la reforma operada por la Ley 13/2005, lo que permite preguntarse si realmente era necesario regular, tras dicha norma, y vista la amplitud con la que queda configurado el matrimonio, las prestaciones de viudedad de las parejas de hecho.

El legislador, no obstante, ha optado por regular la materia dando cobertura a quienes, por razones ideológicas y en el ejercicio de su libertad, deciden no contraer matrimonio¹¹. Pero, al hacerlo, no permite el acceso a todas las parejas de hecho. Lejos de ello, sólo concede el derecho a la prestación a las uniones de hecho análogas a las matrimoniales que, además, cumplan determinados requisitos.

Pero, ¿cuales son los requisitos que deben reunir las parejas de hecho para tener acceso a la prestación de viudedad? De la lectura del art. 147.3 de la LGSS se infiere que, en defecto de regulación de la Comunidad Autónoma con «Derecho civil propio», la ley exige:

- Por una parte, que la pareja haya convivido durante cinco años con análoga relación de afectividad a la conyugal; que no exista impedimento entre ellos para contraer matrimonio; que no tengan vínculo ma-

¹¹ En relación con estas parejas se plantea una importante cuestión. En efecto, en contra de lo que ocurrió en la Ley 30/1981, reguladora de la separación y el divorcio, que reguló un sistema para dar cobertura a determinadas situaciones de convivencia de hecho anteriores. La Ley 13/2005 no estableció nada al efecto, por lo que era lógico preguntarse qué ocurría con las parejas del mismo sexo que ahora podían casarse pero antes no podían hacerlo, ¿podían aspirar a una solución similar a la establecido en la Ley 30/1981? La STS de 29 de abril de 2009 (Rec. 577/2008) analizó el problema y entendió que no era posible, ante la ausencia de previsión específica, aplicar por analogía el criterio de la Ley 30/1981, sin que la ausencia de regulación implicase una lesión del principio de igualdad. La actual Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, no permite una solución distinta, al condicionar su aplicación a la existencia de hijos comunes. Luego veremos que para la Sala, esta limitación, no es inconstitucional.

- trimonial con otra persona; y que la convivencia sea estable, notoria, ininterrumpida y haya permanecido como tal hasta el momento inmediato al fallecimiento.
- Por otra, que la existencia de la pareja se acredite mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en la Comunidad Autónoma o Ayuntamientos o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, todo ello dos años antes del fallecimiento del causante.

Estos requisitos son acumulativos. Se ha optado, por lo tanto, no sólo por un concepto estricto de pareja de hecho, sino que, además, se exige a los miembros que la integran que realicen una manifestación de su voluntad de constituir una unidad de convivencia *more uxorio*. Para tener acceso a la prestación, no basta con la convivencia de hecho por un periodo más o menos prolongado de tiempo, exigiéndose también requisitos de forma. Podríamos decir que la prestación se reconoce a las uniones de hecho «cuasimatrimoniales».

En efecto, para tener derecho a la prestación es necesario que los contrayentes manifiesten su voluntad de convivir con afección similar a la matrimonial, bien ante el registro de parejas de hecho, bien en documento público, exteriorizando su consentimiento –repárese en que la manifestación de voluntad produce efectos frente a terceros, de aquí la necesidad de que conste en documento público y no se considere suficiente el documento privado–¹². Y, además, que se conviva como tal pareja durante cinco años y de forma inmediata al fallecimiento del causante de la prestación.

Se somete, de este modo, a las parejas de hecho, a unos requisitos más rígidos que a la pareja unida en matrimonio. En efecto, si la pareja se ha presentado ante un funcionario público y ha manifestado su voluntad de convivir como tal, ¿no es suficiente con tal manifestación?, ¿es necesario que conviva cinco años o que la inscripción tenga dos años de antelación? A las parejas matrimoniales no se les pide que convivan cinco años o que entre la fecha de celebración del matrimonio y el

¹² Esta exigencia tiene refrendo en la jurisprudencia de esta Sala, la cual ha declarado que, obtenida una separación y reanudada la convivencia de facto, esta no vincula a la Seguridad Social que es un tercero. Para que quedase vinculada sería preciso que la reanudación de la convivencia se pudiese en conocimiento del órgano judicial tal y como exige el art 84 del CC –STS de 15 de diciembre de 2004 (Rec. 359/2004); 2 de febrero de 2005 (Rec. 761/2004); 23 de febrero de 2005 (Rec. 6068/2003); 28 de febrero de 2006 (Rec. 5276/2004); 26 de octubre de 2006 (Rec. 3163/2005) y 29 de mayo de 2008 (Rec. 1279/2007), entre otras–.

nacimiento del derecho a la prestación medien dos años de convivencia. Y, a la inversa, si se prueba que se ha convivido como pareja durante cinco años de forma estable y análoga a la matrimonial, ¿es precisa la inscripción registral o la formalización en documento público?

La razón de la «rigidez» en la regulación podría estar en que el legislador teme el uso fraudulento de la pareja de hecho con el fin de obtener prestaciones, por ello es tan riguroso y exige, por una parte la manifestación de sus integrantes de que se desean constituir como tal y, de otra, la realidad de su convivencia. Conviene reparar en que, en el ámbito de las parejas de hecho, no opera la presunción de convivencia establecida en el art. 69 del CC, conforme a la cual los cónyuges viven juntos salvo prueba en contrario, de aquí que sea precisa la prueba de la convivencia. Por otra parte, los registros de parejas de hecho, en principio, no son tan fiables como el Registro Civil. Pues, en el ámbito de las parejas de hecho es posible que se haya inscrito la pareja y que, cesada la convivencia, no se haya comunicado su extinción al registro o se haya formalizado la extinción en documento público. En suma, al ser las garantías formales de las parejas de hecho menores que las del matrimonio, el legislador es más riguroso con los requisitos exigidos para la obtención de la prestación.

III. El concepto de pareja de hecho en la jurisprudencia: los precedentes de la STS de 3 de mayo de 2011

La jurisprudencia, al interpretar el contenido del artículo 174.3 de la LGSS ha establecido las siguientes pautas:

I. Los requisitos exigidos por el art. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social son acumulativos

En efecto, la STS de 20 de julio de 2010 (Rec. 2897/2010)¹³ razona que el art 174.3 de la LGSS impone la exigencia de dos requisitos «simultáneos» para que el miembro superviviente de la «pareja de hecho» pueda obtener la pensión de viudedad: «a) de un lado, la convivencia estable ininterrumpida

¹³ La doctrina es reiterada por la STS de 3 de mayo de 2011 (Rec. 2897/2010).

durante un periodo de cinco años...; y b) de otro lado, la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo- con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho [...] o la constancia de su constitución en documento público». Añadiendo que «la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo (la existencia de la «pareja de hecho»), tal como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos –como antes hemos señalado– a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal –*ad solemnitatem*– de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante (en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio). O lo que es igual, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes (o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho –pensión– únicamente corresponde a las «parejas de derecho» y no a las genuinas parejas de hecho».

2. La posibilidad de acreditar la convivencia mediante medios de prueba diferentes al certificado de empadronamiento

El art 174.3 de la LGSS exige, para obtener la prestación de viudedad, que se acredite la existencia de una convivencia ininterrumpida como pareja de hecho, inmediatamente anterior al fallecimiento y con una duración de cinco años «mediante el correspondiente certificado de empadronamiento». Planteándose el problema de si nos encontrábamos ante una prueba tasada o, por el contrario, era posible acreditar la convivencia mediante otros medios de prueba.

La cuestión fue analizada por la STS de 25 de mayo de 2010 (Rec. 2969/2002)¹⁴ razonando que, frente a los

¹⁴ La doctrina se reitera, entre otras, en las STS de 24 de junio de 2010 (Rec. 4271/2009); 14 de septiembre de 2010 (Rec. 3805/2009) y 15 de marzo de 2011 (Rec. 1514/2010).

que sostienen el carácter tasado de la prueba, «hay una interpretación, mucho más acorde con el principio de igualdad constitucional, con el sentido histórico de la evolución normativa en que se inserta este nuevo artículo 174.3 y con otros criterios hermenéuticos a que más adelante nos referiremos, que es considerar el certificado de empadronamiento como un medio probatorio más, entre otros posibles, lo que, además, tiene la ventaja de permitir la prueba en contrario, esta vez a favor del INSS: puede haber un falso certificado de empadronamiento (o que fue verdadero en su día y ha dejado de serlo) que no se corresponde con una convivencia afectiva *more uxorio* real (que o bien nunca existió o que ha dejado de existir) y dicho certificado no debe prevalecer». Si la prescripción legal se interpretase de forma literal se llegaría a resultados no queridos, pues «el certificado de empadronamiento [...] al fin y a la postre, no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio, como es la vecindad. Vecindad que, por mil motivos diferentes, por ejemplo por muy justificadas razones de trabajo y más en un mercado laboral tan móvil como el actual, puede ser distinta para ambos integrantes de la pareja de hecho –o de un matrimonio– sin que ello signifique absolutamente nada respecto a la existencia del vínculo en cuestión».

En suma, el establecimiento de una prueba tasada (el certificado de empadronamiento) para acreditar la convivencia no es proporcional ni razonable, siendo preferible optar por una interpretación abierta, permitiendo acreditar la realidad de la convivencia por otros medios, lo que también beneficia a la Entidad Gestora, que puede acreditar que no existe convivencia real pese a la aportación del certificado de empadronamiento.

3. El supuesto del párrafo tercero del art 174.1 de la LGSS

La STS de 14 de junio de 2010 (Rec. 2975/2009)¹⁵ analizó el caso de una viuda que se había casado con un hombre enfermo, el cual falleció antes de que hubiese transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. Ahora bien, constaba probado que el matrimonio había convivido como pareja de hecho antes de la celebración y sumado dicho período al de convivencia marital se

¹⁵ La doctrina se reitera, entre otras, en la STS de 20 de julio de 2010 (Rec. 3715/2009), 22 de enero de 2011 (Rec. 4579/2009), 15 de abril de 2011 (Rec. 2754/2010) y 6 de julio de 2011 (Rec. 2897/2010).

superaban los dos años de convivencia. Sin embargo, la pareja de hecho no constaba inscrita. ¿Era precisa en estos casos la inscripción en el registro de parejas de hecho o la formalización en escritura pública?

La sentencia afirma que el art. 174.3 de la LGSS consta de dos incisos. En el primero «describe qué es lo que se entiende, a efectos legales, por "pareja de hecho", así como el tiempo de permanencia en esta situación que se requiera para devengar la pensión por esta vía». En el segundo, se regula «cuál es la forma [...] que el legislador ha establecido para acreditar la existencia real de la expresada relación jurídica consistente en la pareja de hecho». Llegados a este punto la Sala entiende que la remisión que el legislador hace a la existencia de pareja de hecho para los supuestos de matrimonio contraído con un enfermo que fallece sin que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio no exige la inscripción o formalización en documento público, pues la voluntad de constituir una pareja en convivencia se ha manifestado, de igual forma, con el consentimiento matrimonial. Volver a exigir dicha voluntad sería redundante. Por ello se sostiene que, en estos casos, basta con acreditar la existencia de convivencia como efectiva pareja de hecho con anterioridad al matrimonio.

4. La interpretación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007

La Disposición Adicional Tercera permite obtener una prestación excepcional de viudedad en aquellos casos de parejas de hecho en los que el causante haya fallecido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007. La ley permite en estos casos que el miembro superviviente de la pareja solicite, en el plazo de doce meses, la prestación de viudedad, siempre que en la fecha del fallecimiento se reuniesen los requisitos de alta y cotización; se haya convivido como pareja de hecho por seis años –no se exige la inscripción en el registro o la formalización en documento público–; la tenencia de hijos comunes; y, por último, que el solicitante no tenga reconocido el derecho a una pensión contributiva del sistema de Seguridad Social.

Interpretando la citada Disposición la STS de 7 de junio de 2011 (Rec. 4579/2009) ha establecido que los requisitos exigidos tienen «carácter acumulativo», es decir, deben concurrir simultáneamente la totalidad de los requisitos regulados en la norma. Por lo tanto, no puede concederse

la prestación a quien, pese haber convivido como pareja de hecho durante seis años, no tiene hijos comunes. Razonando la sentencia que con esta exigencia «no se produce vulneración del principio de igualdad cuando no existía derecho de viudedad en el caso de uniones de hecho (Auto 1022/1998) ya que tal tipo de vínculos, ni están jurídicamente garantizados ni existe un derecho constitucional que imponga su establecimiento, cabiendo perfectamente que el legislador tome en consideración las diferencias existentes entre vínculo matrimonial y unión de hecho a la hora de regular las pensiones de muerte y supervivencia, más si se tiene en cuenta que el sistema de SS es un sistema de protección de configuración legal, tal y como establece el art. 1 de la LGSS al indicar que "El derecho de los españoles a la Seguridad Social, establecido en el art. 41 de la Constitución Española, se ajustará a lo dispuesto en la presente Ley". El establecimiento, por tanto, de determinadas condiciones, como el tener hijos en común, para el acceso al derecho es una manifestación más de la facultad del legislador de diferenciar las circunstancias de dicho acceso». Por lo expuesto, en este caso, además de acreditarse la existencia de una convivencia real y efectiva como pareja de hecho, será preciso cumplir el resto de los requisitos exigidos de forma simultánea por la norma, entre otros, la existencia de hijos comunes. El concepto de pareja de hecho utilizado es, en consecuencia, más estricto que el establecido en el art. 174.3 de la LGSS.

La Sala, además, ha destacado que, en estos casos y con mayor razón, no es posible exigir a las partes la acreditación de la situación de convivencia mediante el certificado de empadronamiento, pues las mismas no pudieron prever dicha exigencia –STS de 20 de mayo, 6 de julio y 9 de diciembre de 2010 (Rec. 2969, 3411 y 3914/2009). No siendo tampoco exigible la inscripción en el registro de parejas de hecho o la formalización de la voluntad de constituir una unión de hecho en documento público–, STS de 26 de septiembre de 2011 (Rec. 3702/2010).

IV. La STS de 30 de mayo de 2011: La necesidad de inscribir la pareja de hecho en el correspondiente registro o formalizar su constitución en documento público

La STS de 3 de mayo de 2011 (Rec. 2170/2010) examinó la necesidad de la inscripción o formalización en documento

público. Razonando la sentencia que se trata de «interpretar la exigencia que contiene la norma en orden a acreditar la propia existencia de la pareja de hecho, y no de la convivencia». Sosteniendo que para que resulte «acreditada la existencia de la pareja de hecho entre el causante fallecido y el demandante tendría que haberse inscrito en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid y en el Reglamento de dicha norma, aprobado por Decreto 134/2002, de 18 de julio, lo cual nadie discute que no se produjo». No bastando, por lo tanto, con la convivencia como pareja de hecho, siendo precisa la inscripción.

Acto seguido la Sala recuerda que también es posible acreditar la existencia mediante la formalización en documento público. Y, concretamente, analiza si el Libro de Familia «constituye prueba válida a estos efectos» (se aportaba Libro de Familia como consecuencia de una filiación común habida más de dos años antes del fallecimiento del causante). La norma que regula el «Libro de Familia» es el Decreto de 14 de noviembre de 1958, en cuyo artículo 36 «se parte de la base de que como regla general ese documento público –carácter que no cabe negarle– se abre con la certificación del matrimonio, lo que evidentemente no es el caso que aquí analizamos, pero dice el precepto a continuación que: "También se entregará el Libro de Familia al progenitor o progenitores de un hijo no matrimonial y a la persona o personas que adopten a un menor", como ocurrió en este caso». Ahora bien, con el citado libro sólo se acredita la «filiación, pero en absoluto la existencia de una relación de hecho en la pareja, cuestión totalmente ajena a la finalidad y función legal del Registro Civil». En efecto, de la existencia de un hijo en común, no cabe inferir el deseo de establecer una unidad de convivencia estable *more uxorio*. Siendo posible tener un hijo en común y no convivir como pareja de hecho.

La ulterior y reciente STS de 15 de junio de 2011 (Rec. 3447/2010) reitera y resume la doctrina en cuatro puntos: «1. los requisitos legales de "existencia de pareja de hecho" y los de "convivencia estable y notoria", establecidos ambos en el vigente artículo 174.3 LGSS son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente; 2. que, en el mismo precepto legal, las reglas de acreditación de uno y otro requisito, son asimismo diferentes; 3. que la "existencia de pareja de hecho" debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado artículo 174.3 LGSS, bien mediante "inscripción en registro específico" de parejas de hecho, bien mediante "documento público en el que conste la consti-

tución" de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas; y 4.- que el Libro de Familia, regulado por el Real Decreto 14 de noviembre de 1958 (reglamento de la Ley del Registro Civil), es en verdad un documento público que certifica el "matrimonio", y la filiación (tanto la matrimonial, como "no matrimonial", como adoptiva), pero que no acredita la existencia de pareja de hecho, función totalmente ajena a la "finalidad" del Registro Civil, en cuya norma reglamentaria se contiene, como acabamos de decir, la regulación de dicho documento».

V. Conclusiones

De la descripción efectuada se deduce que la Sala de lo Social ha realizado un importante esfuerzo con el fin de precisar y aclarar un artículo de redacción compleja y no siempre clara. Ciertamente la Sala no ha abordado la totalidad de las cuestiones que suscita la indicada norma. De hecho, todavía queda por resolver, entre otras, una cuestión de gran envergadura como es la remisión a la regulación de lo establecido en la normativa de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Remisión de dudosa constitucionalidad y generadora de problemas de no fácil solución. En todo caso, del examen de la jurisprudencia emitida hasta la fecha, es posible inferir las siguientes reglas:

1. La Sala es consciente de que el concepto legal de «pareja de hecho» permite el acceso a la prestación de viudedad exclusivamente a un determinado tipo de pareja de hecho que denomina «parejas de derecho» o «parejas de hecho regularizadas». Los requisitos para acceder a la prestación se incrementan en los casos regulados por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007 que exige, entre otras cosas, que la pareja tenga hijos comunes.
2. Los requisitos exigidos por el art. 174.3 de la LGSS deben concurrir en su totalidad y de forma conjunta. Es preciso, por lo tanto, que las partes se hayan inscrito en el registro de parejas de hecho o haya formalizado su condición de tal en documento público, con dos años de antelación al fallecimiento del miembro causante. En todo caso y en defecto de inscripción, el documento público que se presente debe ser de tal naturaleza que del mismo se infiera con claridad la voluntad de constituir una pareja de hecho con relación de afectividad análoga al matrimonio, no siéndolo, por ejemplo, el Libro de Familia, pues del mismo no se de-

duce la existencia de una unión de hecho. No será, sin embargo, necesaria dicha inscripción o formalización para entender que existe pareja de hecho cuando la prestación de viudedad sea reclamada por un miembro del matrimonio, casado con una persona enferma que falleció antes de que transcurriese un año desde la celebración y que pretenda que le sea computado el tiempo de convivencia como pareja de hecho previo al matrimonio, pues la celebración del matrimonio constituye manifestación de voluntad de convivencia como pareja, siendo redundante exigir dicho requisito.

3. Por último, será preciso, además, que mediante medios de prueba adecuados –el certificado de empadronamiento u otros– se acredite la existencia de una convivencia estable, notoria e ininterrumpida en el momento del fallecimiento y de cinco años de duración, convivencia basada en una relación de afectividad análoga a la conyugal y sin que medie impedimento alguno, entre ellos el de no tener vigente vínculo conyugal. En todo caso, la aportación del certificado de empadronamiento no constituye una prueba definitiva frente a la Administración, siendo posible que la Entidad Gestora, rebata la certificación emitida por la Administración municipal mediante pruebas en contrario que acrediten la inexistencia de convivencia en los términos exigidos.

SALA 5.^a

LA NO REVISABILIDAD DE LOS «CONSEJOS DE GUERRA»

Eduardo de Urbano Castrillo

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

¿Es posible instar la revisión de una sentencia dictada en Consejo de Guerra por hechos relacionados con la pasada Guerra Civil española?

Este es el tema del presente *Comentario*, sobre el cual hubo de pronunciarse la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, al resolver sobre la petición de autorizar la revisión penal de la condena impuesta en 1940, al poeta Miguel Hernández.

La decisión, negativa, se basó tanto en razones procesales como sustantivas. Respecto a las primeras, por no darse los requisitos que el recurso exige y, en cuanto a las segundas, porque la llamada Ley de Memoria Histórica ha adoptado otra solución para estas cuestiones.

I. EL ATS 5.º de 21-02-2011, recurso de revisión 54/2010

1. Antecedentes

La resolución origen del pronunciamiento de la Sala Quinta de nuestro Tribunal Supremo, fue la sentencia, dictada el 18-1-1940 por el Consejo de Guerra Permanente n.º 5 de Madrid, en el procedimiento sumarísimo de urgencia n.º 21.001, en el que se condenó a muerte a don Miguel Hernández Gilabert como autor de un delito de adhesión a la rebelión, previsto en el art. 238 2.º del entonces vigente Código de Justicia Militar, de 27 de septiembre de 1890.

2. Motivos del recurso

Promovido por una de las sobrinas del fallecido, el recurso contra la precitada sentencia, se apoyó en el apartado 6.º del art. 328 de la Ley Procesal Militar, que contiene una de las causas que permiten interponer el recurso de revisión penal militar: la existencia de pruebas nuevas que evidencien el error del fallo condenatorio.

Al respecto, se alegaba lo siguiente:

Que mediante copia de las diligencias y pruebas obrantes en el sumario n.º 4.487 –que se aporta– incoado por el Juzgado Militar de Orihuela el 26 de septiembre de 1939 contra D. Miguel Hernández Gilabert, y tramitado simultáneamente al que se seguía en Madrid, se acredita que dichas pruebas no fueron conocidas por el Consejo de Guerra que le condenó, y que evidenciaban su inocencia.

Y, en segundo lugar, que a los efectos de la solicitud de revisión debe considerarse igualmente un hecho nuevo, la promulgación el día 26 de diciembre de 2007 de la Ley 52/07, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

Finalmente, en el suplico del escrito, se concluía solicitando la autorización para la continuación de su tramitación.

3. Tramitación

La Sala tuvo por promovido el recurso y de conformidad con lo dispuesto en el art. 957 de la LECrim, acordó oír al Ministerio Fiscal para que alegara lo que estimara conveniente sobre el otorgamiento de la autorización solicitada.

En cumplimiento de dicho trámite, el Ministerio Fiscal presentó escrito en el que solicitaba se declarara «la nulidad de pleno derecho y la inexistencia jurídica de la resolución recurrida», con lo que consideraba improcedente, por tanto, otorgar la autorización para interponer el recurso de revisión en cuestión.

Por el Presidente de la Sala se dictó providencia en la que se convocaba al Pleno a los Magistrados integrantes de la misma, a fin de deliberar sobre la autorización instada por la parte recurrente.

Celebrado dicho Pleno, se adoptó por mayoría la resolución que seguidamente comentaremos, la cual contó con un voto particular.

4. La respuesta jurídica

La Sala acordó denegar la interposición del mencionado recurso de revisión «por inexistencia de presupuesto objetivo previo por ser dicha Sentencia RADICALMENTE INJUSTA y haber sido declarada ILEGÍTIMA por vicios de fondo y forma de acuerdo con lo prevenido en los artículos 2.º y 3.º de la Ley 52/2.007, de 26 de diciembre, CARECIENDO ACTUALMENTE DE CUALQUIER VIGENCIA JURÍDICA.»

Dicha decisión zanjó la cuestión, de forma definitiva, ya que, como se indica en la misma, contra ella, «no cabe recurso alguno».

Sin embargo, se formuló un voto particular en el que se sostenía que no se debió rechazar a *a limine* el recurso pues –se decía– ello «impide el acceso a la jurisdicción y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, no ofreciendo realmente al interesado una respuesta congruente con su petición de autorización de la interposición del recurso y anulación

de la sentencia, sin que exista causa legal válida y suficiente que así lo impida».

II. Razones explicativas del fallo

El resultado del recurso es fruto de las consideraciones que realiza la Sala, una vez recuerda los presupuestos del recurso de revisión.

I. La revisión penal militar

El auto que examinamos comienza recordando qué es y en qué se fundamenta el recurso de revisión contra sentencias penales en el ámbito militar.

Concepto. El recurso de revisión constituye un procedimiento extraordinario para rescindir sentencias firmes, que en la misma medida en que ataca la cosa juzgada representa una medida excepcional admisible únicamente en aquellos supuestos legalmente tasados en que se ponga en evidencia la injusticia de una sentencia firme de condena.

Fundamento. En un Estado Social y Democrático de Derecho el valor Seguridad Jurídica no puede prevalecer sobre el valor Justicia determinando la inmodificabilidad de una sentencia penal de condena que se evidencia *a posteriori* como injusta (en este sentido, SSTC 124/1984 y 150/1993, sentencias de esta Sala de 11 de enero de 2006 y 19 de febrero de 2007 y nuestros autos de 21 de junio de 2004, 15 de junio de 2004 y 29 de junio de 2004, entre otros muchos).

Requisitos. La revisión de sentencias firmes al amparo del artículo 328 de la Ley Procesal Militar queda sometida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 336 del mismo texto legal, a los trámites establecidos en los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con ello, se trata de impedir que se interpongan recursos infundados sobre la base de alegaciones carentes de contenido o apoyadas en elementos de prueba que ya fueron considerados y valorados por el Tribunal sentenciador.

En tal sentido, es necesario la apariencia de verosimilitud y razonabilidad del propio fundamento revisorio en relación con el motivo o causa que se alegue, sin prejuzgar el resultado final del proceso de revisión, lo cual excluye aquellas pretensiones que no tengan encaje en

los motivos legalmente establecidos para la revisión, que tienen carácter taxativo (en este sentido, sentencia de esta Sala de 19 de febrero de 2007).

En particular, basándose el presente recurso en el supuesto contemplado en el apartado 6.º del artículo 328 de la Ley Procesal Militar, consistente en el conocimiento posterior a la sentencia de pruebas indubitadas suficientes para evidenciar el error del fallo, se hace necesario la verificación del carácter indubitado de los nuevos elementos probatorios que se esgrimen y si de éstos pudiera evidenciarse el error del fallo condenatorio impugnado.

2. Examen de los presupuestos exigidos por el recurso

A continuación se procede al «examen de la concurrencia de los referidos presupuestos», que constituye la primera parte del control de la admisión solicitada.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para que una resolución judicial sea susceptible de revisión es necesario que cumpla tres requisitos: a) que sea una sentencia; b) que sea firme; y, c) que sea condenatoria. Ello presupone, obviamente, la existencia de una sentencia condenatoria válida y vigente, es decir una resolución condenatoria que se halle vigente en el mundo jurídico y que, en consecuencia, solo pueda ser dejada sin efecto mediante el proceso de revisión.

Pues bien, se dice, para el examen de la concurrencia de los referidos presupuestos resulta obligado abordar la incidencia de la Ley de Memoria Histórica en la condena de muerte que se pretende revisar.

Con carácter previo, la resolución de nuestro Alto Tribunal, expone cuál fue la sentencia que se tilda de injusta y que se pretende dejar sin efecto mediante el presente recurso.

En concreto, el fallo se basaba en los siguientes hechos: *«RESULTANDO probado y así lo declara el Consejo que el procesado MIGUEL HERNÁNDEZ GILABERT, de antecedentes izquierdistas se incorporó voluntariamente en los primeros días del Alzamiento Nacional al 5.º Regimiento de Milicias pasando más tarde al Comisariado Político de la 1.º Brigada de Choque e interviniendo entre otros hechos en la acción contra el Santuario de Santa Ma-*

ría de la Cabeza. Dedicado a actividades literarias era miembro activo de la Alianza de intelectuales antifascistas, habiendo publicado numerosas poesías y crónicas, y folletos, de propaganda revolucionaria y de excitación contra las personas de orden y contra el Movimiento Nacional, haciéndose pasar por el poeta de la revolución.»

Y siguen «dos telegráficos CONSIDERANDOS», en los que se dice que estos hechos constituyen *«un delito de ADHESION a la rebelión, sancionado en el párrafo 2.º del art. 238 del C.J.M de cuyo delito es responsable en concepto de autor el procesado por participación directa y voluntaria»*, indicándose, en relación con la graduación de la pena, que *«el Consejo haciendo uso de las facultades que le conceden los artículos 172 y 173 del C.J.M. estima justo imponer la pena en su máxima extensión»*, por lo que se concluye condenando a D. MIGUEL HERNÁNDEZ GILABERT, a la pena de muerte.

3. La decisión final

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, tras un análisis centrado especialmente en el alcance de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura* (conocida como «Ley de Memoria Histórica») decide, *«no autorizar la apertura de un procedimiento judicial de revisión ante esta Sala del Tribunal Supremo respecto de una resolución que ya ha sido declarada ilegítima y radicalmente injusta por expreso mandato legal, pues, con independencia de que concurren o no las causas de revisión alegadas por la promovente, la norma legal ya ha proclamado expresamente que dicha resolución carece actualmente de cualquier vigencia jurídica»*.

En definitiva, se entiende que *«no concurre, por tanto, el presupuesto objetivo del recurso de revisión.»*

III. La incidencia de la ley de Memoria Histórica, en el recurso

El Tribunal califica la sentencia objeto de la revisión de *«inequívocamente política»*, esto es, no jurídica, *«pues en el escueto relato de hechos que determina dicha resolución, se incluyen hasta cinco expresiones que dotan a la Sentencia de un manifiesto sesgo político e ideoló-*

gico: 1.º) Que el procesado tenía antecedentes izquierdistas; 2.º) Que se dedicaba a actividades literarias; 3.º) Que era miembro activo de la Alianza de intelectuales antifascistas; 4.º) Que publicaba poesías, crónicas y folletos de propaganda revolucionaria; y 5.º) Que se hacía pasar por el poeta de la revolución.»

Se trata, de «un caso paradigmático de aquellos a los que deben serle aplicadas las prescripciones contenidas en los artículos 2.º y 3.º de Ley 52/2007», pues concurren los tres presupuestos exigidos: procesal (fue dictada por un Consejo de Guerra), temporal (se dictó en la Dictadura, en un momento inmediatamente posterior a la Guerra Civil) y material (son patentes las razones políticas e ideológicas de la condena).

Sin embargo, como añade el Tribunal, falta el presupuesto objetivo previo para su válida interposición, que viene configurado por los requisitos dispuestos en el art. 954 de la LECrim, ya citados anteriormente: a) que sea una sentencia; b) que sea firme; y, c) que sea condenatoria.

Ello se traduce en que debe partirse de la existencia de una sentencia condenatoria válida y vigente, en el mundo jurídico y que, en consecuencia, solo pueda ser dejada sin efecto mediante el proceso de revisión. Es decir, no es revisable lo que ya no es posible revisar, como sucede cuando no existe –por haber sido declarada nula, anteriormente– una concreta sentencia válida y vigente.

En efecto, de los arts. 2 y 3 de la Ley 52/2007, reforzado por lo que dice la propia Exposición de Motivos, se desprende «de forma inequívoca, la **carencia actual de vigencia jurídica de aquellas resoluciones contrarias a los derechos humanos**».

Así, en el artículo 2.º, 1.º de dicha Ley, «se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura».

Y en el artículo 3.º, se concreta el alcance de las consecuencias de tal declaración, del siguiente modo: «1. Se declara la ilegitimidad de los tribunales, jurados y

cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones.

2. Por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, se declara en todo caso la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la presente Ley.

Y 3. Igualmente, se declaran ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución».

En consecuencia –sigue diciendo la resolución del Tribunal Supremo–, se está ante una sentencia dictada por un Consejo de Guerra ilegítimo por ser contrario a derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, que es **radicalmente injusta, ilegítima y carente de toda vigencia jurídica**.

No es posible, pues, acceder a la admisión del recurso de revisión porque la sentencia no está vigente, por ser nula (*quod nullum est, nullum habet effectum*), lo mismo que sucede cuando la sentencia se ha ejecutado ya que estamos ante un instrumento procesal rescindente/rescisorio, pero no declarativo.

Y la misma Ley de Memoria Histórica (Ley 52/2007, de 26 de diciembre) no prevé una declaración individualizada de nulidad de las resoluciones a las que se refiere, sino que efectúa un pronunciamiento general del carácter injusto de todas las condenas producidas por motivos políticos e ideológicos durante la Guerra Civil y la posterior Dictadura, así como de ilegitimidad de los Tribunales que las dictaron, «por ser contrarios a

derecho y por vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo».

Además, la propia Ley contiene la previsión de un procedimiento especial para obtener una Declaración personal del Ministerio de Justicia, de contenido rehabilitador y reparador, que se abre como un derecho a todos los perjudicados a fin de que los mismos afectados o, en su caso, sus familiares, puedan solicitarla a través de la vía administrativa (art 4.º de la Ley), como es usual, en Derecho comparado.

IV. Comentario final

I. El Recurso de Revisión penal

En nuestro derecho, como es sabido, la expresión «sentencia firme» no supone la existencia de una resolución definitiva e inmutable pues por razones de justicia material, es posible cuestionar tal fallo si se dan motivos para ello.

El modo de canalizar tal revisión, «un imperativo de la justicia, configurada por el art. 1.1 de la Constitución», (STC 124/84, de 18 de diciembre), es el denominado recurso de revisión¹⁶, cuya naturaleza sin embargo, ha sido objeto de discusión doctrinal.

Y así, se ha hablado de recurso, proceso, «remedio procesal», «impugnación autónoma», o como lo calificó el ATS 2.º 17-11-1998: «recurso extraordinario», «impugnación extraordinaria» y «vía impugnativa excepcional», todo a la vez.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, así en STC de 29-9-1997 afirmó que «se trata más bien de una vía de impugnación autónoma que... se aproxima más a la del acceso a la jurisdicción que a la del acceso a los recursos».

Sea lo que fuere, es un medio superextraordinario –si se nos permite la expresión– de más reducido uso (y éxito) que el recurso extraordinario por antonomasia, la casación, como lo atestigua tanto el muy inferior número de recursos que se presentan, respecto a aque-

lla, como el hecho de su gran alcance, ya que, ¡nada menos! «significa una derogación al principio preclusivo de la cosa juzgada»¹⁷.

Se entiende, pues, lo limitado de su utilización y buena prueba de ello, son los estrictos requisitos y causas previstos para su interposición y admisión a trámite. En concreto, la revisión penal está subordinada al cumplimiento de la regulación jurídica contenida en el Título III del Libro V, arts. 954 a 961 a.i. de la LECrim, a lo que se añade, en cuanto a la revisión penal militar, el motivo previsto en el art. 328 n.º 4 de la Ley Procesal Militar: «Cuando haya sido penada una persona en sentencia dictada por el Tribunal y alguno de sus miembros fuere condenado por prevaricación cometida en aquella sentencia, o cuando en la tramitación de la causa se hubiere prevaricado en resolución o trámite esencial de influencia notoria a los efectos del fallo.»

De tal regulación, y a diferencia de la revisión civil, por ejemplo, que admite el recurso en casos de sentencia absolutoria, en el ámbito penal se exige una previa sentencia condenatoria porque la revisión penal se dirige a dejar sin efecto –a rescindir– una sentencia que ha condenado injustamente a quien era inocente, en base a dos grandes causas o motivos: falsedad o novedad¹⁸.

En consecuencia, habrá lugar a admitir el recurso basado en la supuesta emisión de una sentencia condenatoria fundada, básicamente, en hechos falsos o en hechos o pruebas nuevas que acreditan la injusticia de la sentencia dictada. Y, por tanto, el intento de revisar sentencias firmes con invocación de otras causas, está condenado al fracaso.

Por eso, la resolución que comentamos, se explica por la rigidez de la regulación de este recurso, que no permite interpretaciones que lo desnaturalicen, abriendo cauces inexistentes o que chocan contra la doctrina jurisprudencial consolidada, que impiden «rehabilitar» a condenados aduciendo por razones distintas a las previstas en la ley o instar un reconocimiento reparador de orden moral, que tiene en otras leyes, su adecuado emplazamiento.

¹⁷ GOMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, en «Derecho Procesal penal», p. 298. Aagesa, 1975.

¹⁸ SOLAZ SOLAZ, Esteban en «Recurso de Revisión Penal», Tomo 19, pág.10.722 de la Enciclopedia Jurídica, La Ley, 2008-2009.

¹⁶ Así aparece denominado en el Título III del Libro V de la LECrim.

2. La Ley de Memoria Histórica

El Auto que se examina sitúa la verdadera solución del planteamiento de la parte recurrente, en la reiteradamente citada Ley 52/2007, como se deduce de su *ratio legis*, explicitada en la EM y concretada por su articulado.

En cuanto al primer aspecto, la ley afirma que «nadie puede sentirse legitimado, como ocurrió en el pasado, para utilizar la violencia con la finalidad de imponer sus convicciones políticas y establecer regímenes totalitarios contrarios a la libertad y dignidad de todos los ciudadanos» y asume «la condena del franquismo contenida en el Informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa firmado en París el 17 de marzo de 2006 en el que se denunciaron las graves violaciones de Derechos Humanos cometidas en España entre los años 1939 y 1975».

En tal sentido, y por lo que se refiere a las sentencias dictadas en dicho periodo sobre personas relacionadas con la Guerra Civil, «la Ley hace una proclamación general del carácter injusto de todas las condenas, sanciones y expresiones de violencia personal producidas, por motivos inequívocamente políticos o ideológicos» y se complementa con la previsión de un procedimiento específico para obtener una Declaración personal, de contenido rehabilitador y reparador, que se abre como un derecho a todos los perjudicados, y que podrán ejercer ellos mismos o sus familiares.

En el artículo 3 de la Ley, continúa la EM, se declara de forma inequívoca, la carencia actual de vigencia jurídica de aquellas disposiciones y resoluciones contrarias a los derechos humanos y se contribuye a la rehabilitación moral de quienes sufrieron tan injustas sanciones y condenas. En este sentido, la Ley incluye una disposición derogatoria que, de forma expresa, priva de vigencia jurídica a aquellas normas dictadas bajo la Dictadura manifiestamente represoras y contrarias

a los derechos fundamentales con el doble objetivo de proclamar su formal expulsión del ordenamiento jurídico e impedir su invocación por cualquier autoridad administrativa y judicial.

En cuanto a la concreta plasmación de tal reconocimiento, el art. 1 indica que el objeto de la Ley es «reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar, y adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos, todo ello con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales».

En dicha línea, y junto a ese reconocimiento general, que no se determina haya de ser individualizado y por vía judicial, se contienen una serie de medidas complementarias de orden económico, como concesión de indemnizaciones, ayudas, beneficios fiscales y mejora de prestaciones ya concedidas y de otro orden, como ayudas de la Administración para localizar e identificar víctimas desaparecidas en la Guerra Civil y posterior Dictadura, concesión de la nacionalidad española a los combatientes en las llamadas Brigadas Internacionales y, fomento de medidas de integración de los dos bandos, como la creación del Centro Documental de la Memoria Histórica y Archivo General de la Guerra Civil, que ha de nutrirse de documentación procedente de las dos partes combatientes en la citada contienda.

De todo ello, resulta, pues, el carácter irreprochablemente técnico de la resolución adoptada y su plena adecuación al marco jurídico aplicable, de lo cual se desprende su neto carácter jurisdiccional, que es lo únicamente exigible a todo órgano judicial.

resumen de noticias

Información desplegable en www.poderjudicial.es

EL MUNDO

13.05.2011

El Supremo prohíbe a Interior almacenar las escuchas de Sitel

Ordena a los jueces que, de oficio, acuerden destruir las cintas tras cerrar los procesos

EL PERIODICO DE CATALUNYA

15.05.2011

Los abogados consideran más emocionales los juicios con jurado

○ Aseguran que los sentimientos son más relevantes que los aspectos técnicos

○ El 'caso Tous' llama de nuevo la atención sobre esta modalidad de tribunal

LA GACETA DE LOS NEGOCIOS

28.05.2011

Sala niega que los magistrados del TC dependan de los partidos

Admite que "tienen ideología" y recuerda cómo se eligen. Cuenta sólo "tres o cuatro discrepancias de criterio" con el Supremo en 30 años

EXPANSIÓN

31.05.2011

Caamaño planea cambiar la oposición para ser juez y fiscal

La Ley de Acceso a la Abogacía y la Procura servirá de excusa al Gobierno para acometer definitivamente la modificación del sistema para ingresar en la judicatura y en el Ministerio Público.

LA VOZ DE GALICIA

16.06.2011

La Voz de Galicia

El Consejo General del Poder Judicial quiere autonomía presupuestaria

La iniciativa de un grupo de vocales requeriría una reforma constitucional

EL PAÍS

23.06.2011

España lleva el 'caso Otegi' ante la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo

EL PAÍS

28.06.2011

Cuatro millones de sentencias a disposición del ciudadano

La base de datos de jurisprudencia más grande de la UE estará accesible, de forma libre y gratuita, desde el día 30

LA VERDAD DE MURCIA

29.06.2011

El CGPJ rechaza que se hagan juicios paralelos en televisión

Defienden una Justicia transparente pero que no permita que se violen derechos fundamentales

EL MUNDO

29.06.2011

Vocales del CGPJ proponen cesar a los 60 días de terminar el mandato

Un documento plantea asumir la retribución de los jueces, en manos del Gobierno

30.06.2011

LA RAZÓN

▣ JUSTICIA: EL COLAPSO DE LOS JUZGADOS

El CGPJ considera necesarias más de 500 plazas judiciales

Urge medidas para hacer frente a la sobrecarga de trabajo

EL MUNDO

01.07.2011

El CGPJ estudia bloquear las plazas del TS si las ocupan los eméritos

Vocales denuncian que el Alto Tribunal se ha dado un «privilegio» al ampliar la jubilación a los 75 años y el Pleno encarga un dictamen sobre sus consecuencias

EL ECONOMISTA

02.07.2011

El CGPJ presenta un sistema piloto de mediación mercantil

PÚBLICO

12.05.2011

La causa contra la SGAE ya suma 12 imputados

Una hermana y la hija del responsable de la SDAE declararán ante el juez

EL CORREO

07.07.2011

EL CORREO

VIZCAYA

Los juzgados españoles reciben 361 denuncias al día por violencia de género

PÚBLICO

09.07.2011

La Audiencia Nacional se prepara para el final de ETA

El tribunal apuesta en su última memoria por redefinir sus competencias centrándose en la delincuencia organizada

ABC

20.07.2011

El Supremo obliga a indemnizar a las amas de casa cuando se divorcien

Itinerario jurídico en cuatro actos

• **Los 108.000 euros**
Salen de multiplicar quince años de matrimonio por 600 euros al mes que costaría una empleada del hogar.

• **El juzgado de Móstoles**
El cálculo de arriba lo hizo el juzgado de primera instancia de Móstoles. Su sentencia la recurrió el exmarido.

▶ **La Audiencia de Madrid**
Dio marcha atrás. Dictaminó que la compensación de 1000 euros y la alimenticia a la hija de 800 euros eran suficientes.

▶ **El Supremo, al desquite**
El Alto Tribunal da la razón al juzgado. Quince años de ama de casa hay que indemnizarlos con 108.000 euros

CINCO DÍAS

26.07.2011

La reforma procesal exige reciclar al juez de instrucción

Con el nuevo sistema, actuarán como jueces de garantía o de intermediación

LA VANGUARDIA

27.07.2011

El Poder Judicial concede por primera vez reducción de jornada a una juez

La magistrada tiene dos hijos, de 3 y 8 años, y se ocupa de su madre enferma

EL PAÍS

05.08.2011

La huelga de abogados bloquea en Madrid causas de violencia machista

La negativa del Colegio de Alcalá de Henares a nombrar letrados de oficio impide asistir a denunciados, tomarles declaración y dictar órdenes de protección

EL PAÍS

12.08.2011

Aún más copago en la justicia

Los tribunales ya cobran al ciudadano por sus servicios • Políticos y juristas discuten ahora los riesgos de elevar las tasas para agilizar trámites y evitar abusos

PÚBLICO

30.08.2011

Dos asociaciones de jueces piden un referéndum

La Francisco de Vitoria, segunda en afiliados, y Jueces para la Democracia cargan contra la reforma

EL PAÍS

02.09.2011

El juez archiva la causa de Bárcenas y sostiene que apartó al PP de Gürtel

Pedreira considera que los delitos fiscales que se le atribuyen al extesorero del partido han prescrito y que no cometió cohecho al no ser funcionario público

LA VANGUARDIA

07.09.2011

El Supremo, epicentro de la ofensiva contra el catalán

Las campañas contra el Estatut dejaron huella en la magistratura

EL PAÍS

08.09.2011

El fiscal censura a Pedreira por archivar los "múltiples" indicios sobre Bárcenas

Duro alegato contra el juez por no practicar las pruebas que él mismo acordó

EL PAÍS

08.09.2011

Cataluña niega capacidad al TSJC para alterar el modelo lingüístico

Mas avisa a Rajoy de que la agresividad del PP amenaza futuros pactos

ABC

15.09.2011

La crisis y el colapso endémico de los Tribunales lastran el nuevo año judicial

- Los concursos de acreedores aumentan un 218%; los despidos improcedentes, un 55%, y las reclamaciones por deudas, un 88%

EL MUNDO

18.09.2011

«Sin rencor, el terrorista debe estar en la cárcel»

El presidente del Tribunal Supremo dice que no entenderá «nunca» que los miembros de ETA no sean castigados

bibliografía

ALISTE SANTOS, Tomás–Javier. La motivación de las resoluciones judiciales / Tomás–Javier Aliste Santos. Madrid [etc.] : Marcial Pons, 2011. 478 p.

RESEÑA: La motivación es el momento más importante de toda la actividad jurisdiccional de enjuiciamiento, y, paradójicamente, a pesar de los esfuerzos del paradigma positivista que consagra el imperio de las leyes, el más oscuro, porque aquí se evidencia, acaso como en ningún otro lugar, el ejercicio del arbitrio, en ocasiones aparentemente insondable. Sin embargo, a pesar de las dificultades de análisis que plantea el tema de la motivación, con razón calificado como concepto jurídico ambivalente e indeterminado, el constitucionalismo moderno ha acogido en sus textos normativos la garantía de motivación de las resoluciones judiciales desde una perspectiva abierta a la exigencia de un nuevo paradigma de razonamiento judicial superador del tradicional formalismo positivista, que se centraba en la cuestión de la validez de la motivación (motivación formal), caracterizándose ahora por un marcado carácter argumentativo, que se preocupa tanto de la cuestión de la validez de la motivación (motivación formal) como de su corrección (motivación material). Este libro, que sintetiza los resultados de los años de investigación doctoral financiada por el Congreso de los Diputados, pretende ofrecer al lector una teoría general de la motivación de las resoluciones judiciales, asumiendo como perspectiva epistemológica la posibilidad -limitada y ordenada- de conocimiento de la verdad durante el proceso, de forma tal que no puede haber una motivación judicial correcta sin una previa aptitud epistemológica del juez de apertura hacia la verdad.

ARMENTA DEU, Teresa. La prueba ilícita: (un estudio comparado) / Teresa Armenta Deu. 2.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2011. 223 p.

RESEÑA: La segunda edición de *La prueba ilícita*, tras un plazo de tiempo relativamente breve, enfoca, por

*una parte, acometer temas omitidos en la primera edición como el tratamiento procesal en los diversos procedimientos en España o las nuevas líneas jurisprudenciales tras la teoría de la desconexión de antijurisdicción, y por otra, los cambios o novedades ocurridos en este tiempo, que en una materia tan viva no son pocos. Junto al variable concepto de prueba ilícita y fruto de una siempre enriquecedora segunda reflexión, se hallan las referencias a las diferentes perspectivas con que se acometen las reglas de exclusión en el sistema angloamericano y en el continental. A las causas de ilicitud se añaden los nuevos métodos probatorios conectados mayoritariamente con el uso de nuevas tecnologías en la investigación y los elementos comparativos, así como las novedades normativas de la Unión Europea en materia de prueba, completada con las más recientes resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sigue actuando como crisol a efectos de servir de orientación para una configuración legal armonizada en Europa. Finalmente, se incorpora la doctrina y jurisprudencia norteamericana tras el decisivo *Hudson vs. Michigan* y sus consecuencias. Una visión ampliada, en definitiva, que espera colmar las expectativas de los lectores de la primera edición y de los que ahora puedan añadirse.*

CASOS que hicieron doctrina en derecho penal / coord., Pablo Sánchez–Ostiz Gutiérrez. 2.ª ed. Madrid: La Ley, 2011. 1027 p.

RESEÑA: Hay libros de casos y libros sobre casos. Este es un libro de casos y sobre casos. Por un lado, recopila algunos de los que han venido ocupando a la doctrina penal en los últimos años. Por otro, el conjunto sirve para exponer las instituciones principales del Derecho penal. No se trata sólo de «leading cases» en cuanto que hayan sentado precedente, dando origen a una línea jurisprudencial homogénea. Se trata, más aún, de una sucesión de complejos «problema-solución» que han alcanzado un status doctrinal, marcando la evolución

de la discusión en Derecho penal. Sobre la base del caso más antiguo, el *Rose-Rosahl*, hasta el más reciente, el de los ataques terroristas en el metro de Londres, el lector encontrará tratados los temas principales de la doctrina penal. La ya tópica distinción metodológica entre el modelo jurídico continental y el angloamericano parece puesta en duda con una obra como ésta. Sus autores han puesto de manifiesto que el caso constituye un instrumento habitual para la plasmación de conceptos, su transmisión docente y práctica, así como para la construcción de sistemas dogmáticos. Los casos que presentamos han hecho historia porque han creado doctrina en Derecho penal. Los que aquí se contienen han pasado a formar parte de la doctrina y jurisprudencia penales. Y son también parte de la historia intelectual de la cultura jurídico-penal española que no puede explicarse sin ellos.

ALFONSO LASO, Daniel de. El Código Penal español visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado: reformado y puesto al día, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Texto consolidado tras las modificaciones de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) / Daniel de Alfonso Laso, Carlos Bautista Samaniego. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011. 857 p.

RESEÑA: Código Penal en el que cada uno de los artículos se encuentran desarrollados por la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo a través de su Sala Segunda, habiendo elegido los autores, las últimas y más importantes sentencias, en concreto, todas las sentencias de los últimos cuatro años (2006-2010), sus principales autos del 2010, y todos sus plenos de los últimos cinco años. Las sentencias no han sido seleccionadas solo por el tema en cuestión, sino y fundamentalmente por poder ser consideradas las más completas y definidoras de la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Además se adelanta a la posible visión que el Tribunal Supremo podrá dar a las novedades operadas tras la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Texto consolidado tras las modificaciones de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incluyendo la reciente reforma de la LO 3/2011). Esta obra pone a disposición de quien la consulte la mejor información sobre la más novedosa doctrina jurisprudencial de lo que hoy es el Derecho Penal Español.

COLECCIÓN Códigos comentados, con jurisprudencia sistematizada y concordancias del Tribunal Supremo. Madrid: El Derecho, 2010-2011

RELACIÓN DE CÓDIGOS: Ley de arrendamientos urbanos/ Juan Antonio Xiol Ríos (2010) - Ley de enjuiciamiento criminal/ Juan Saavedra Ruiz (2010) - Ley de la propiedad horizontal / Juan Antonio Xiol Ríos (2010) - Ley de procedimiento laboral/ Jesús Gullón Rodríguez (2010) - Ley general de la seguridad social/ Jesús Gullón Rodríguez (2010) - Ley orgánica del poder judicial/ Carlos Lesmes Serrano (2010) - Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa/ Ramón Trillo Torres (2010) - Código penal/ Jacobo López Barja de Quiroga (2.ª ed. 2011) - Estatuto de los trabajadores/ Jesús Gullón Rodríguez (2.ª ed. 2011) - Ley de enjuiciamiento civil/ Juan Antonio Xiol Ríos (2.ª ed. 2011)

COMENTARIOS al Código Penal español / Gonzalo Quintero Olivares (director); Fermín Morales Prats (coordinador). 6.ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011. - 2 v.

RESEÑA: La sexta edición de nuestros Comentarios continúa manteniendo el estilo y forma de las ediciones precedentes, pues el razonable éxito cosechado con ellas aconseja continuar en la misma línea. Por otra parte, a la obligada y periódica actualización de la obra se añade, en esta ocasión, la entrada en vigor de la importante y extensa reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, que por sí sola hubiera forzado una nueva edición, pues algunas de sus novedades, como sucede singularmente con la regulación de los supuestos de posible responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuerpo normativo de nueva incorporación a nuestro derecho, al que se suman otras novedades en relación con la incriminación de los grupos organizados, que han de buscar un no fácil encaje en un espacio en que concurren también reglas sobre participación y sobre punición de actos preparatorios. Sin esa nota de novedad, pero con una configuración notablemente diferente, se analizan las reformas en las penas, el sistema de la prescripción del delito, la nueva medida de seguridad de libertad vigilada, y los problemas determinados por nuevas estructuras típicas, como pueda ser la corrupción entre particulares, que se suma a las modificaciones que en el ámbito de los delitos de funcionarios se introducen en las tipicidades vinculables a la corrupción. De gran impor-

tancia son también las profundas modificaciones que experimentan figuras delictivas ya existentes, como el blanqueo o los fraudes y falsificaciones vinculados a medios de pago, así como las novedades en los delitos relativos al mercado y los consumidores o las, asimismo significativas, variaciones en la regulación de los delitos urbanísticos o ambientales. Todo ello, por supuesto, se suma a la continua revisión de los análisis y razonamientos que se vierten en relación con las figuras que no presentan modificaciones.

CORDERO LOZANO, Carlos. Ejecución penal / Carlos Cordero Lozano. Barcelona: Bosch, 2011. 305 p.

RESEÑA: La obra aborda de forma detallada todos los trámites y circunstancias de la ejecución penal, examinados desde la perspectiva de la práctica cotidiana de los Tribunales de Justicia. En su primera parte, bajo la rúbrica de «la ejecutoria penal», se da cumplida cuenta de la incoación, tramitación, suspensión y archivo del procedimiento, poniendo las bases para el estudio pormenorizado de la ejecución de cada uno de los pronunciamientos condenatorios, que se despliega en los capítulos posteriores. A continuación, se dedican diversos capítulos al examen de la ejecución de las penas privativas de libertad, privativas de derechos, multa, consecuencias accesorias, medidas de seguridad y responsabilidad civil por delito. La exposición parte de un análisis sustantivo de cada pena y continúa con el detalle del procedimiento y circunstancias de ejecución, con la idea de proporcionar una visión de conjunto de las instituciones penales y procesales. En esta edición goza de especial protagonismo la reforma propiciada por la LO 5/2010 de 22 de junio, que se ha dejado notar significativamente en diversos aspectos de la ejecución, tales como el nuevo régimen de responsabilidad penal y el catálogo de penas privativas de derechos imponibles a las personas jurídicas, la paralela variación del régimen de las consecuencias accesorias, la introducción de la libertad vigilada en su modalidad postpenitenciarias, o el mayor protagonismo de la localización permanente, por citar los aspectos más notables. La obra se acompaña de abundantes esquemas procesales que tratan de facilitar la comprensión de los trámites y actuaciones.

DERECHO procesal civil europeo / Andrés de la Oliva Santos, director; Fernando Gascón Inchausti, coordinador. Cizur Menor (Navarra); Aranzadi, 2011. 3 v.

RESEÑA: Esta obra forma parte del Derecho Procesal Civil Europeo, que bajo la dirección del profesor De la Oliva comprende el análisis riguroso y pormenorizado de todos los Reglamentos comunitarios y Directivas sobre el proceso civil y sus implicaciones en el sistema procesal español. Bajo la coordinación del Profesor Gascón, este Volumen I aborda el estudio de tres Reglamentos comunitarios: el Reglamento 44/2001 (Bruselas I), con las reglas generales sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en materia civil y mercantil; el Reglamento 2201/2003 (Bruselas II-bis), que se ocupa de las reglas especiales en materia de separación, divorcio, nulidad y responsabilidad parental; y el Reglamento 4/2009 (Bruselas III), centrado en la materia de los alimentos. Se incluyen también oportunas referencias jurisprudenciales, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como de los tribunales españoles en su condición de jueces comunitarios. Dirigida a estudiosos del Derecho procesal comunitario y a los operadores jurídicos en general (jueces, fiscales, abogados, procuradores), el estilo de la obra es directo y claro, sin renuncia al rigor científico ni ocultación de los problemas que conlleva la aplicación de los nuevos instrumentos procesales para la tutela del crédito. Para facilitar el estudio y comprensión de los Reglamentos, la obra aparece redactada en doble texto: uno principal, centrado en el contenido reglamentario, y otro secundario, que contrasta la aplicación en España de las normas comunitarias y la interpretación de las normas procesales internas a luz de las exigencias comunitarias. El carácter integral del Derecho Procesal Civil Europeo y su rigor científico erigen esta obra en referente obligado de los estudios de Derecho procesal y de Derecho comunitario. No en vano, la obra cuenta con el aval de la Comisión Europea (Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad) y de reconocidas instituciones internas.

ESTUDIO sobre las reformas del Código Penal : Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero / Díaz-Maroto y Villarejo, Julio (Director). Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011. 814 p.

RESEÑA: La obra que tiene el lector en su mano no constituye un apresurado comentario al uso, meramente exegético, de las últimas reformas sufridas por el texto original de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, sino que, además de reseñar lo que ha cambiado, se señalan las implicaciones y repercusiones.

siones sistemáticas de las reformas. El propio título del libro es bien expresivo del contenido del mismo. Se trata de un conjunto de Estudios de cierto alcance sobre algunas –la mayor parte– de las modificaciones que las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero han operado en el articulado del Código penal. La reforma es amplia, pues afecta a 161 artículos (sin contar las correcciones posteriores), y profunda, pues incorpora nuevas disposiciones que tienen una especial relevancia para el conjunto del ordenamiento penal, más allá de su ámbito concreto (así, en particular, la responsabilidad de las personas jurídicas, la libertad vigilada para adultos, la atenuante por dilaciones indebidas o las nuevas formas de participación en la criminalidad organizada). Su orientación obedece a la conocida expansión del Derecho penal material y carece de una línea político-criminal clara, sin que la alusión a las obligaciones internacionales contraídas por nuestro país en el ámbito de la armonización jurídica europea pueda justificar todas las novedades que ahora aparecen en el Libro I del CP y los nuevos tipos que se contemplan en su Libro II. Como señala el Profesor Rodríguez Mourullo en el Prólogo, ¿Estamos, una vez más, ante una huida hacia el Derecho penal, donde el fin de prevención lo invade todo y entra en pugna con el Derecho penal garantista que tan trabajosamente se fue consolidando a lo largo del siglo pasado, amenazando con dejarlo maltrecho? La pretensión no era, ni lo es en el libro, abarcar todos y cada uno de los distintos y múltiples aspectos que la reforma penal 2010-2011 comprende, sino la de resaltar y poner de manifiesto las novedades que han parecido más importantes o más interesantes para los llamados operadores jurídicos. En los veintinueve capítulos de la obra se abordan otros tantos ámbitos de la reforma, los que los propios autores han considerados de mayor relevancia, del texto punitivo.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional: comentario sistemático de la Constitución / Juan José González Rivas. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011. 690 p.

RESEÑA: El autor, con ocasión de los treinta primeros años de vigencia del Tribunal Constitucional, realiza un estudio sistemático de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional, actualizado a marzo de 2011, comprendiendo las últimas modificaciones de las LO 2 y 3/2011, la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Catalu-

ña y la referencia a las posteriores SSTC 48, 49, 137 y 138/2010. Se trata de un trabajo que implica un valioso instrumento, en materia constitucional, para los operadores jurídicos.

GUTIÉRREZ ALONSO, Diego. La ejecución judicial directa sobre inmuebles hipotecados / Diego Gutiérrez Alonso, Alberto Obón Díaz. Barcelona: Bosch, 2011. 95 p.

RESEÑA: La actual crisis económica y financiera ha desencadenado un enorme incremento de demandas de ejecución hipotecaria. En la mayor parte de los casos, estas demandas están siendo instadas por Bancos, Cajas de Ahorro y demás entidades de crédito. En gran medida, obedecen a una concesión desproporcionada de préstamos con garantía hipotecaria a clientes cuya situación económica no aconsejaba en absoluto su concesión, salvo en base a una «hipervaloración» injustificada de la finca hipotecada. La presente obra ofrece una visión práctica de todo lo que hay que saber sobre la ejecución judicial de inmuebles hipotecados. Los autores, un Magistrado y un Secretario judicial, examinan de forma detallada y pormenorizada los aspectos más controvertidos del procedimiento: la demanda, la oposición a la ejecución, la enervación de la acción, la administración del bien hipotecado, el Decreto de adjudicación, la suspensión del procedimiento, el incidente de ocupantes y otros posibles medios de defensa al alcance del demandado. Se proporciona, el material necesario para la preparación de la acción ejecutiva y/o la oposición a la misma (formularios, esquemas procesales, jurisprudencia y legislación relacionada...).

JUSTICIA versus seguridad en el espacio judicial europeo / Mar Jimeno Bulnes, coord.; Esther Gómez Campelo, Belén Sánchez Domingo, Félix Valbuena González. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. 250 p.

RESEÑA: La balanza entre los objetivos de seguridad y justicia se encuentra en precario equilibrio a fecha de hoy. La discusión sobre la prevalencia de uno u otro objetivo cobra cada vez más prevalencia en el mundo también académico como resultado de las distintas iniciativas políticas y jurídicas adoptadas en sede estatal y europea. No en vano la misma disyuntiva se proyecta en el ámbito de la Unión Europea y así la promoción del objetivo seguridad a partir de un instrumento sumamente representativo, cual es el aquí elegido: la orden

de detención europea, norma «estrella» en materia de cooperación judicial penal entre los ahora 27 Estados miembros de la UE. En cambio el desarrollo del objetivo justicia es mucho más lento y así los grandes esfuerzos negociadores entre los distintos gobiernos en el seno del Consejo a la hora de lograr la adopción de una decisión marco en materia de derechos procesales del imputado en el proceso penal. La presente obra ahonda en el examen de ambos objetivos a partir del estudio de sendas iniciativas legislativas, cuyo desarrollo ha sido bastante diferente: el éxito de la primera junto al fracaso de la segunda. El estudio se realiza desde una triple perspectiva jurídica por parte de investigadores expertos en la materia y con incidencia de las cuestiones más relevantes en cada caso. Así, la dimensión internacional, penal y procesal en el examen de antecedentes, regulación, casuística y aplicación práctica en su caso.

LIBANO BERISTAIN, Arantza. Los delitos semipúblicos y privados : aspectos sustantivos y procesales / Arantza Libano Beristain. Barcelona: Bosch, 2011. 516 p.

RESEÑA: La presente monografía se orienta fundamentalmente al análisis del tratamiento procesal de las infracciones penales perseguibles a instancia de parte (delitos privados y semipúblicos). Dicho régimen de perseguibilidad se contrapone al criterio general de que los delitos y faltas resultan perseguibles de oficio, lo que determina un especial interés en relación con la fundamentación de la mencionada categoría. El tema abordado presenta una indudable actualidad, y ello tanto con base en razones dogmáticas como prácticas. En este sentido, analizar la perseguibilidad a instancia de parte implica la necesidad de justificar un régimen excepcional con todas las particularidades que ello conlleva desde el punto de vista metodológico. No obstante, la importancia del estudio emprendido no se agota en la cuestión citada. Ello es debido a la ausencia de una verdadera sistematización en materia de perseguibilidad a instancia de parte. Por las razones expuestas esta obra pretende colmar un cierto vacío doctrinal existente en esta esfera. En definitiva, el presente trabajo constituye un análisis de naturaleza dogmática y jurisprudencial acerca de la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte, abordando de manera integral las distintas cuestiones que la misma implica. A pesar de que la investigación tiene carácter eminentemente procesal, se ha pretendido no dejar de lado aquellos aspectos penales relevantes a efectos del trabajo con

el fin de desarrollar un estudio omnicompreensivo de la referida institución.

MEDIACIÓN y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos / Helena Soletto Muñoz (Directora); Emilio Carretero Morales, Cristina Ruiz López (Editores); autores, Ramón Alzate Sáez de Heredia... [et al.]. Madrid: Tecnos, 2011. 563 p.

RESEÑA: La sociedad del siglo XXI demanda nuevas vías de solución de conflictos que ofrezcan al ciudadano una respuesta más rápida, eficaz y satisfactoria, y es en este marco donde la mediación en los últimos años se viene mostrando como un mecanismo especialmente adecuado para la gestión de un buen número de ellos. Ante los nuevos retos que la eclosión e «institucionalización» de la mediación supone en nuestro ordenamiento, se presenta esta obra con el propósito de servir de guía y ayuda a los diferentes operadores del ámbito socio-jurídico. Todos ellos, desde jueces, fiscales y abogados, hasta psicólogos, trabajadores sociales y mediadores, van a tener una importancia decisiva en el nuevo panorama que se vislumbra, el cual implica, además de un profundo cambio de mentalidad en la forma de gestionar los conflictos, una transformación de las propias estructuras y configuración del ordenamiento jurídico. Este libro es el resultado del trabajo de reconocidos profesionales de diversos ámbitos vinculados al mundo de la mediación, pretendiéndose aportar una visión lo más completa posible de la misma. Se abordan desde las técnicas a utilizar, estrategias de negociación, preparación o proceso de mediación, hasta las consecuencias jurídicas de ésta en varios de sus diferentes ámbitos de aplicación (civil, mercantil, familiar, penal, laboral y comunitario), prestándose además especial atención a la relevancia de la mediación conectada con los tribunales y el encaje procesal de la misma.

MANUAL práctico sobre derecho de la circulación y del seguro en la siniestralidad vial / Coordinador de la obra, Vicente Magro Servet. Madrid: La Ley, 2011. 1027 p.

RESEÑA: Profundo estudio casuístico de una de las materias que con mayor frecuencia se trata en los órganos judiciales y que ha sido objeto en los últimos años de una amplísima amalgama de reformas legislativas. El libro consta de 242 preguntas donde se recoge toda la

casuística afectante al mundo del derecho de la circulación y del seguro, ofreciendo la jurisprudencia actualizada a los problemas que se plantean y su referencia de apoyo legislativo actualizado para concentrar el método de búsqueda y obtener una respuesta inmediata al problema que le ha surgido al profesional. Asimismo, se recogen al final de la obra formularios sobre la materia.

MONTERO AROCA, JUAN. *La prueba en el proceso civil / Juan Montero Aroca.* Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011. 715 p.

RESEÑA: La sexta edición de la obra se presenta actualizada con las novedades legislativas y jurisprudencia, numerosas, que se han producido desde la anterior edición. Este libro ofrece una visión completa de la prueba en el proceso civil, aunando profundidad, claridad expositiva y atención práctica respecto de los múltiples aspectos concretos. Se atiende por ello tanto a las cuestiones fundamentales (temas que se vienen repitiendo y siendo imprescindibles) como a aquellas que podemos considerar más actuales (las que la práctica ha ido exigiendo que se sean estudiadas), desde una profunda revisión y ampliación del libro.

MORTE GÓMEZ, Carmen. *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: modificaciones tras la entrada en vigor del Protocolo número 14 / Carmen Morte Gómez.* Valencia : Tirant lo Blanch, 2011. 225 p.

RESEÑA: La reciente reforma operada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Protocolo número 14 ha introducido importantes novedades en la organización y procedimiento ante el Tribunal de Estrasburgo a fin de poder hacer frente de manera más ágil y eficaz al número creciente de demandas. Esta obra, de carácter eminentemente práctico, explica de manera clara y precisa estas novedades. Por su contenido y tratamiento este libro también resulta de interés y utilidad a estudiantes y estudiosos de los derechos humanos y del derecho procesal convencional. Se incluye en anexo, además del texto del Convenio y del formulario oficial de demanda acompañado de las instrucciones para completarlo, la traducción al español, realizada por la autora, del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con las últimas modificaciones en vigor desde el 1 de junio de 2010 y 1 de abril de 2011.

MUÑOZ SABATÉ, LUIS. *Summa de probática civil: cómo probar los hechos en el proceso civil / Luis Muñoz Sabaté.* Las Rozas (Madrid): La Ley , 2011. 725 p.

RESEÑA: La principal finalidad de la obra es la de lograr que el profesor de una asignatura sustantiva del Derecho o el jurista llamado a planificar la prueba en un pleito puedan sumergirse en alguna de las parcelas que ofrece la inmensa factualidad del proceso en general, y muy particularmente, en nuestro caso, el civil. La configuración de la obra, que pretende hacer un recorrido por algunas de las cosas de la vida de interés para el Derecho, empieza presentándolas de un modo categorizado y ordenado alfabéticamente, por medio de sus correspondientes *genothemas probandi*. Dentro de cada uno de ellos se insertan aquellos múltiples *themas probandi* que se hayan podido presentar en la praxis judicial y la solución probática que han merecido. Prevalecen por su mayor interés didáctico las presunciones y argumentos de prueba, pero tampoco se desechan supuestos de aplicación de medios directos que pueden ayudar a configurar una estrategia probatoria. Finalmente, la intención pretendida con el libro es que no sólo sirva para proporcionar «citas» o «máximas de experiencia», sino sobre todo ofrecer al operador jurídico lo que hoy se llama una «lectura de ideas». De ahí que no se incluyan todos los indicios y argumentos empleados por los Tribunales, cosa que por lo demás sería prácticamente imposible, sino solamente los que hemos podido tener a nuestro alcance y más «carga intuitiva» puedan ofrecer para el planteamiento de una analogía inferencial e incluso para la creación de una estrategia probatoria.

ORCARAY REVIRIEGO, José Javier. *Intervención administrativa de oficio ante la jurisdicción social: actuación de la autoridad laboral / José Javier Orcaray Reviriego.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. 348 p.

RESEÑA: En el ámbito jurídico procesal de las relaciones de trabajo la Administración Laboral mantiene una posición activa con posibilidad de intervención a través de los especiales procesos de oficio pero también de otras modalidades previstas en la Ley de Procedimiento Laboral. A este respecto se configura en la norma rituarial un régimen absolutamente heterogéneo en cuanto a las posibilidades de actuación procesal administrativa y su regulación, de una enorme complejidad respecto de la posición que detenta y la

finalidad que persigue el sujeto que personificamos como Autoridad Laboral en los distintos procedimientos y de un desigual soporte práctico en materia tan proclive al desarrollo de la autonomía privada. Por otra parte, la poco acertada distribución de competencias sobre la materia laboral entre los distintos órdenes jurisdiccionales ha contribuido a mantener instituciones procesales que quizá en otro caso hubieran desaparecido. En relación con ello, el objeto de esta monografía no es otro que el de acometer un intento de clarificación respecto del régimen y de la posición procesal que ocupa la Administración de Trabajo en los diferentes supuestos que, derivados de requerimientos sustantivos laborales, confieren a la Autoridad Laboral la posibilidad de intervenir ante la Jurisdicción Social. Será a través del estudio de tales supuestos de intervención procesal administrativa de oficio como podremos acercarnos al núcleo de la cuestión y derivar de ello tanto la eventualidad de la pervivencia de esta institución jurídica como sus posibilidades de asentamiento y desarrollo en el sistema.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David. Privacidad y protección judicial de los datos personales / David Ordoñez Solís. Barcelona: Bosch, 2011. 328 p.

RESEÑA: La privacidad no es una reliquia del pasado como puede llevar a pensar la expansión de Internet, el auge de las tecnologías de la información o la proliferación de las nuevas redes sociales. El derecho a la vida privada y a la protección de los datos personales se erige en una de las manifestaciones más significativas y sensibles de los derechos fundamentales en la sociedad contemporánea. La originalidad de esta obra, galardonada por la Agencia Española de Protección de Datos Personales, radica en mostrar cómo todas las vías de protección de la vida privada y de los datos personales convergen finalmente en los jueces. A tal efecto, la obra examina de qué modo se ejercen las potestades judiciales de anulación de las sanciones administrativas impuestas por agencias u organismos de supervisión, las sanciones impuestas en el ámbito penal y las indemnizaciones por los daños sufridos como consecuencia de injerencias en la vida privada o por el uso ilegítimo de los datos personales de los ciudadanos.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil / Guillermo Ormazabal Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2011. 133 p.

RESEÑA: La legislación, tanto europea como española, ha introducido en los últimos años múltiples preceptos dirigidos a facilitar la carga de la prueba a quienes afirman haber sido discriminados por otro particular en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas. Tales preceptos, sin embargo, no aclaran con precisión en qué consisten las facilidades probatorias introducidas por el legislador y, en particular, si se trata o no de una verdadera inversión de la carga de la prueba. En efecto, hay que interrogarse hasta qué punto resulta jurídicamente sostenible y socialmente razonable gravar a los demandados con la carga de acreditar que no han causado la discriminación afirmada por el actor. El presente trabajo analiza dicha cuestión probatoria en tres fases. En primer lugar, se da cuenta de la jurisprudencia desarrollada por los tribunales norteamericanos en materia de distribución de la carga de la prueba, principal fuente de inspiración de la legislación europea en la materia. Seguidamente, la atención se centra en el estudio de los preceptos probatorios contenidos en las directivas antidiscriminatorias europeas. Y, finalmente, se acomete el análisis de la profusa legislación española en la materia y se formulan una serie de consideraciones conclusivas. La presente obra es la primera monografía sobre Derecho español en la que se trata de modo extenso sobre la carga de la prueba en materia de discriminación entre particulares fuera del ámbito laboral, sin descuidar el análisis de las disposiciones en la materia contenidas en el reciente Anteproyecto de Ley Integral de Igualdad de Trato.

POSNER, Richard A. Cómo deciden los jueces / Richard A. Posner; traducción de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011. 450 p.

RESEÑA: *Cómo deciden los jueces* es un estudio acerca del complejo y diverso entramado de factores que llevan a los jueces a tomar las decisiones que toman. Posner pretende «descorrer el velo» que cubre una de las actividades fundamentales del derecho: la actividad de juzgar. Su objetivo es someter a escrutinio público los condicionantes de naturaleza sociológica, psicológica, económica, política, filosófica y también jurídica que de hecho influyen en la actividad decisoria de los tribunales. Guiado por este objetivo, aborda toda una serie de aspectos que van desde las condiciones laborales de la profesión de juez (sueldo, promoción, estabilidad en el puesto) hasta el papel jugado por sus convicciones ideológicas y políticas, sus filias y fobias partidistas y su

función ante la opinión pública, pasando por la psicología y la personalidad de los jueces y los problemas que tienen que ver con la manera en que aceptan y conciben las pautas del método jurídico. Pero el libro de Posner no sólo se mueve en este nivel descriptivo o explicativo, sino que contiene también un modelo normativo de juez. El escenario de contraste de este modelo es asimismo la jurisprudencia estadounidense, centralmente los tribunales de apelación y el Tribunal Supremo. El autor reivindica, por ejemplo, que una comprensión cabal del papel del Tribunal Supremo pasa por entenderlo como tribunal político, y somete a revisión alguna de sus tendencias actuales, en concreto la de tomar la jurisprudencia constitucional de otros ordenamientos jurídicos como fuente autoritativa. Posner apuesta, en definitiva, por un modelo pragmatista, pero, en sus palabras, se trata de «un pragmatismo sensible y no uno de cortos vuelos».

QUÍLEZ MORENO, José María. El proceso monitorio: estudio doctrinal, jurisprudencial y futura realidad de la e-Justicia / José María Quílez Moreno. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2011. 620 p.

RESEÑA: La protección del crédito tuvo un hito especialmente relevante en el Derecho español con la regulación del proceso monitorio en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Tras varios años de aplicación, el proceso monitorio se ha situado en la actualidad como procedimiento previo de más de una tercera parte del total de las ejecuciones del orden civil. La presente obra, adaptada a las modificaciones producidas en la LEC por la Ley 13/2009 y la reciente Ley 4/2011, ofrece al lector un recorrido por los aspectos más significativos de nuestro proceso monitorio: su fundamento y naturaleza jurídica; el concepto y caracteres de la «deuda monitoria», y sus vicisitudes; los diferentes modos de acreditación de la deuda y sus peculiaridades; el órgano jurisdiccional y los problemas de competencia; el procedimiento y los diferentes modos de finalización, etc. Todo ello recogiendo las posturas doctrinales más relevantes sobre cada aspecto particular junto con referencias de numerosos pronunciamientos de Juzgados, Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores y/o Tribunal Supremo. Como novedad, el autor introduce, además, unos capítulos dedicados a la incidencia progresiva que dentro del proceso monitorio comienzan a tener las nuevas realidades tecnológicas, y cómo se está

produciendo un avance hacia los denominados contratos electrónicos, la factura electrónica y la firma electrónica, anticipando aspectos que pudieran propiciar en el futuro la tramitación telemática de dicho procedimiento, en consonancia con el actual impulso de modernización de la Administración de Justicia para acercar la misma a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

RANDO CASERMEIRO, Pablo. La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica / Pablo Rando Casermeiro. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. 555 p.

RESEÑA: Guía práctica de política jurídica para el legislador a la hora de afrontar la elección coordinada de los diferentes ámbitos del *ius puniendi* del Estado. El autor pretende aportar soluciones a la distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador que, a pesar de una intensa dedicación, no se había solucionado satisfactoriamente.

Las RECLAMACIONES económico-administrativas en materia de competencia de las Comunidades Autónomas / M.^a Dolores Rego Blanco, coordinadora, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011. 398 p.

RESEÑA: Una consecuencia de la transformación del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas hoy en ciernes es el mayor protagonismo que cobrarán las reclamaciones económico-administrativas en manos de las Comunidades Autónomas, al ampliarse su ámbito en detrimento de sus homónimas estatales. Este libro desentraña todas las claves de las reclamaciones económico-administrativas autonómicas: esclarece el complejo sistema de fuentes que las regulan; analiza de forma pormenorizada y comparada las materias cuya fiscalización se reconduce a través de las mismas, así como los órganos autonómicos competentes para su resolución. Se deslindan los supuestos que seguirán siendo de competencia estatal, de los que asumen las Comunidades Autónomas. Y finalmente se estudian sus especialidades procedimentales de su tramitación.

La REFORMA del proceso penal / dirs., José M.^a Asencio Mellado, Olga Fuentes Soriano; coord.: Carmen Cuadrado Salinas. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2011. 453 p.

RESEÑA: En el año 2005, se creó en el seno del Ministerio de Justicia una Sección especial de la Comisión General de Codificación cuya misión era elaborar un borrador de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta Comisión no llegó a concluir sus trabajos habida cuenta de los cambios producidos en la titularidad del Ministerio, si bien formuló una propuesta articulada que acogía los principales aspectos del procedimiento penal. Cinco años más tarde se desconoce el destino que se dio a aquellos trabajos, si los mismos duermen en un cajón condenados al olvido o si se entregaron a las diferentes comisiones creadas por los Ministros que sucesivamente han ocupado aquel sillón o las constituidas en otras instituciones del Estado. Lo cierto es que una parte de los miembros de aquella Comisión han considerado positivo dar a conocer el contenido de algunas de aquellas propuestas con la finalidad de abrir un debate público acerca de ellas, ya que, a día de hoy, lo único que se sabe con certeza es que tampoco se promulgará una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta legislatura y que todo seguirá en esa suerte de indefinición legal que tanto favorece a un determinado tipo de delincuencia. Tal vez porque la ley procesal penal incide directamente en sujetos cuya impunidad se garantiza en mejor medida con una situación compleja o por simple irresponsabilidad, es lo cierto que nos seguimos y, parece que por mucho tiempo, seguiremos rigiéndonos por una ley decimonónica, completada con una jurisprudencia oscilante y excesivamente fragmentaria, como es propio de su naturaleza y más o menos proclive en sus planteamientos a la garantía o la represión según la clase de delitos y delinquentes imputados. Es por ello por lo que el debate sobre un futuro proceso penal deviene imprescindible, y de ahí esta obra, que se apoya en un borrador de anteproyecto, perdido o ignorado, pero existente.

La REFORMA laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa / Directores y coordinadores; José Luis Monereo Pérez, José Antonio Fernández Avilés, Luis Ángel Triguero Martínez; autores, Antonio Baylos Grau... [et al.]. Granada: Comares, 2011. 476 p.

RESEÑA: Se trata, como bien se advierte en el título de la misma, de un estudio sistemático y crítico de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo. El objetivo compartido por todos los autores de la obra es ofrecer al lector un tratamiento técnico, jurídico y político del

texto legal de reforma, conjugando una marcada orientación teórica con el análisis jurídico-práctico que las nuevas medidas llevarán consigo. La obra ofrece un análisis detenido de las normas y grupos normativos directamente relacionados con las materias objeto de la reforma que se han visto afectadas. El lector encontrará en este trabajo un estudio pormenorizado del articulado legal estructurado en partes y capítulos atendiendo a cada uno de los artículos de la propia Ley. Todo ello en un contexto jurídico, social, político y económico en el que los planteamientos, el sentido y el alcance de esta última reforma laboral ha estado, está y estará en el centro del debate. Ciertamente, muchos de los efectos de la reforma no se dejarán sentir de inmediato, muchas de las medidas previstas se encuentran dilatadas o aplazadas para el futuro, pero ya se pueden vaticinar muchas de sus consecuencias así como desvelar las incongruencias, lagunas y defectos técnicos que aparecen en el texto de la reforma.

REMOTTI CARBONELL, José Carlos. El Estatuto de Autonomía de Cataluña y su interpretación por el Tribunal Constitucional / José Carlos Remotti Carbonell. Barcelona: Bosch, 2011. 379 p.

RESEÑA: Después de casi cuatro años de proceso, el Tribunal Constitucional ha adoptado las 7 sentencias en las que se resuelven los correspondientes recursos de inconstitucionalidad presentados respecto de La Ley Orgánica de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (6/2006, de 19 de julio). En dichas sentencias el Tribunal Constitucional declara sin efecto partes del preámbulo, considera que 14 artículos estaban afectados de una o más inconstitucionalidades, incorpora al fallo 27 interpretaciones conformes y, en general, establece jurisprudencia constitucional vinculante para 134 artículos. Así también sienta criterios sobre la posición y encaje de los Estatutos de Autonomía en el ordenamiento jurídico, en relación con aspectos de procedimiento y respecto de los efectos de tales sentencias, así como sobre su proyección respecto a otros Estatutos de Autonomía. Con el dictado de estas sentencias el Estatuto de Autonomía de Cataluña deja de tener vida aislada y, no sólo puede ser aplicado a la luz de las mismas, sino de conformidad con ellas. Así pues, el Estatuto y las distintas sentencias que han examinado su constitucionalidad dejan de ser entidades diferenciadas y pasan a convertirse en una unidad. Jurídicamente hablando no se puede leer el Estatuto sin las

sentencias, y menos aplicarlo sin ellas, o contra ellas. En este sentido, el libro que el lector tiene en sus manos ofrece de manera ordenada y sistemática las herramientas necesarias para la integración del Estatuto y las distintas sentencias de tal forma que, los distintos operadores jurídicos, puedan interpretar y aplicar adecuadamente la Ley Orgánica de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

RIVES SEVA, José María. El recurso de apelación y la segunda instancia / José María Rives Seva. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2011. 227 p.

RESEÑA: La presente obra pretende ofrecer unos particulares comentarios acerca de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el llamado recurso de apelación desde la vertiente de la práctica diaria de los Tribunales de Justicia, tanto en su tramitación ante los Juzgados de Instancia, como en las Audiencias Provinciales, y dar respuesta a las dudas que más habitualmente se han suscitado en la ordenación del recurso; acompañando un conjunto de los formularios más utilizados.

RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo. Las intimaciones judiciales en el proceso civil / María Consuelo Ruiz de la Fuente. Barcelona: Atelier, 2011. 363 p.

RESEÑA: Las intimaciones judiciales son una herramienta legal, efectiva y económica de la que disponen los litigantes y los tribunales de justicia para hacer cumplir las obligaciones procesales que pueden surgir en las diversas etapas de un proceso civil. Son necesarias para la eficacia del mismo y, en definitiva, para garantizar la tutela judicial efectiva y el cumplimiento de las resoluciones judiciales. A pesar de que los jueces y tribunales cuentan con facultades más que suficientes para hacerlas exigibles, las intimaciones no siempre se han utilizado con todo el rendimiento que se podría obtener de ellas. La presente obra explica con el debido detenimiento cómo sacar provecho de este instrumento de factura sencilla, coste nulo y largo alcance operativo. En esta monografía se estudian de forma unitaria y sistemática todas las intimaciones judiciales del proceso civil desde una perspectiva práctica y creativa. Para ello se analiza en primer lugar el contenido, desarrollo y objetivos de las intimaciones judiciales existentes en forma dispersa y fragmentaria en todo el ordenamiento

jurídico procesal civil. Posteriormente, se configuran los principios generales de esta categoría procesal y se determina la estructura básica que ha de contener toda intimación judicial para ser efectiva. Se llega así a configurar una institución de alcance general en el proceso civil, se abren vías para ampliar su ámbito de aplicación y se facilita e incentiva su utilización por los operadores jurídicos.

RUIZ RISUEÑO, Francisco. El proceso contencioso-administrativo: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción-administrativa: esquemas, formularios. Texto íntegro de la ley / Francisco Ruiz Risueño; prólogo Luis Cosculluela Montaner. Madrid: Colex, 2011. 693 p.

RESEÑA: Presentamos la octava edición de la obra actualizada a las últimas reformas legislativas: Ley 13/2009 de 3 de noviembre (implantación de la Oficina judicial), que aparte de incorporar las nuevas tecnologías en la actuación oral (arts. 63 Y 78, entre otros de la nueva Ley jurisdiccional), introduce significativas medidas en materia de recursos (v. gr. posibilidad de recursos contra determinadas resoluciones de los Secretarios judiciales). Ley 34/2010, de 5 de agosto, que modifica la Ley de Contratos del Sector Público y la Ley jurisdiccional, introduciendo el recurso especial en materia de contratos públicos y creando el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, «órgano especializado que actuará con plena independencia funcional», contra cuyas resoluciones cabe el referido recurso contencioso-administrativo especial. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuya disposición final cuarenta y tercera incorpora un nuevo art. 122 bis a la Ley jurisdiccional, en el que se regulan dos procedimientos encaminados a obtener autorizaciones judiciales para llevar a cabo determinadas actuaciones cuando se vulneren determinados principios y derechos a través de los servicios de la sociedad de la información. Asimismo, se ha actualizado el apartado dedicado a los términos y plazos, adaptándolo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que considera aplicables al orden contencioso-administrativo los preceptos del proceso civil sobre la materia.

RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso. La justicia de la Unión Europea / Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011. 412 p.

RESEÑA: La presente obra aborda el proceso de formación de un poder judicial europeo, un sofisticado entramado en el que destacan el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales supremas de los Estados miembros. A lo largo del análisis de los distintos rasgos característicos del modelo jurisdiccional de la Unión Europea, el autor disecciona los retos inherentes al proceso de construcción europea desde la óptica de la jurisdicción, así como las dificultades que actualmente afronta la progresiva europeización de la administración de justicia. Asimismo, la obra profundiza en las novedades que ha aportado el Tratado de Lisboa al diseño judicial contenido en los Tratados constitutivos de la Unión Europea. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, magistrado del Tribunal de Supremo y abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, preparó los últimos detalles de esta obra días antes de su inesperado fallecimiento. Estamos, en consecuencia, ante el testamento intelectual de una de las más brillantes figuras del panorama jurídico europeo de nuestros tiempos.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario. *La selección de jueces en Estados Unidos / Rosario Serra Cristóbal; prologo de Luis López Guerra.* Cizur Menor (Navarra) : Civitas, 2011. 194 p.

RESEÑA: La selección de los jueces en Estados Unidos no puede dejar indiferente al lector. Ningún otro país del mundo presenta la variedad de métodos de selección de jueces que encontramos en éste. Y en ningún otro lugar la gran mayoría de miembros de la judicatura tienen que someterse a algún tipo de votación popular, bien para acceder al cargo o para mantenerse en él. Los niveles de implicación política del proceso de selección judicial estadounidense parecen contradecirse con principios tan inherentes al poder judicial como los de independencia e imparcialidad. Este libro invita a hacer un viaje por el largo proceso de búsqueda del mejor modo de conjugar tales principios con otro esencial para la democracia norteamericana y ajeno a nosotros: la capacidad del pueblo de exigir responsabilidades a los jueces por sus actuaciones.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de. *El derecho al secreto de las comunicaciones / Eduardo de Urbano Castrillo.* Las Rozas (Madrid): La Ley, 2011. 384 p.

RESEÑA: La sociedad de las comunicaciones exige unos ágiles servicios en este campo, a la vez que impone la

exigencia de unas garantías que eviten o que castiguen los accesos y el conocimiento de los diversos tipos de comunicación por parte de terceros. El art. 18.3 de la Constitución española garantiza el secreto de comunicaciones, salvo resolución judicial. Este clásico derecho ha adquirido una especial relevancia en la última época ante el auge de las nuevas comunicaciones (en particular, telefonía móvil y correo electrónico). El desarrollo del derecho se ha llevado a cabo de manera significativa a través de la jurisprudencia ante las deficiencias legislativas, dos veces objeto de condena a España por parte del TEDH (asuntos Valenzuela Contreras y Prado Bugallo). El desarrollo de las comunicaciones en un mundo interrelacionado, a la vez que la incidencia de delitos a gran escala y el terrorismo que se apoyan en las comunicaciones hacen necesaria la creación de un marco legislativo común en la Unión Europea. La puesta en marcha de medidas para luchar contra estos delitos, implica que cobre protagonismo el siempre difícil equilibrio entre las garantías individuales y la seguridad pública, en definitiva el respeto al Estado de Derecho.

VÁZQUEZ BARROS, Sergio. *Los interdictos: acciones posesorias / Sergio Vázquez Barros.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. 597 p.

Conforme las modificaciones legislativas: Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley 19/2009, de 23 de noviembre

RESEÑA: Dentro de las acciones posesorias, los Interdictos han venido jugando un papel muy importante en el ámbito de la actividad procedimental en sus distintas modalidades de actuación; como por ejemplo: el de retener y recobrar la posesión, el de obra nueva, ruinoso, etc.; y siempre, en su afán protector del titular de un derecho posesorio o bien, aquel que se vea perjudicado en sus derechos en razón del ejercicio de otro perteneciente a distinto titular (obra nueva o ruinoso). Dentro de este campo, su autor, D. Sergio Vázquez Barros, acomete un trabajo muy prolijo tratando distintos aspectos de esta figura jurídica y su importante enclave procedimental, dadas las características singulares de los Interdictos. Es por ello que, el autor, no duda en realizar un tratamiento somero, riguroso y completo de los Interdictos partiendo de un análisis doctrinal, añadiendo a sus comentarios las distintas posturas de otros civilistas; a lo que se une una selección jurisprudencial especialmente significativa sobre la materia; y, terminando con algunos formularios orientativos para el lector.

la **justicia** de la **Unión Europea**

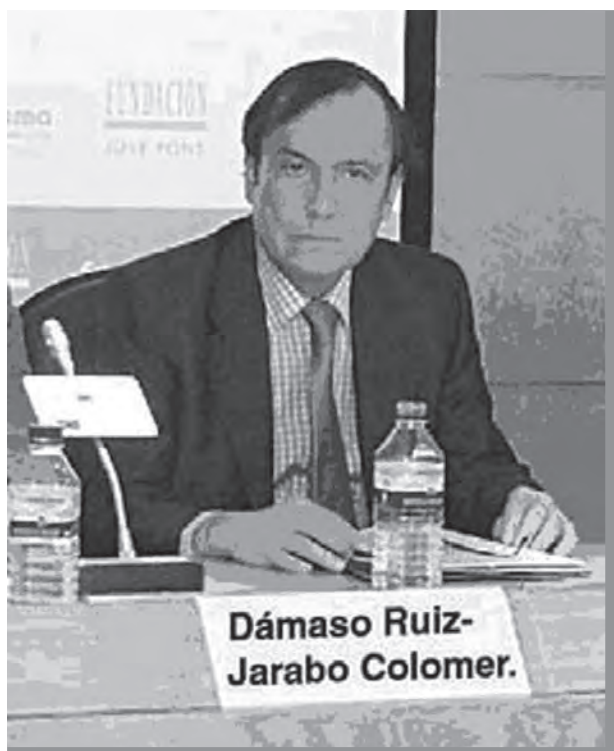
Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer

In memoriam

«Cuando la justicia se imparte en una de las mayores potencias económicas del planeta, sólo un Tribunal con autoridad asumirá el reto de atribuir su pleno significado al derecho de la Unión»

Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Magistrado del Tribunal Supremo y Abogado General del Tribunal Superior de Justicia durante casi 15, fallece el 12 de noviembre de 2009. En su dilatada trayectoria profesional en la justicia de la Unión Europea ha ocupado un lugar de privilegio que le ha permitido alcanzar la consideración de jurista europeo.

Entre sus trabajos finales destaca el presente libro, cuya primera edición ofrece, con prólogo en su homenaje de Ami Barav, profesor de la Escuela de derecho de la Sorbona, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi.



En este libro se puede apreciar el mucho y buen saber de Dámaso Ruiz-Jarabo sobre la justicia de la Unión Europea, sobre la importancia del Tribunal de Justicia y el gran interés que tenía por ofrecer a los juristas españoles en general, y a los Jueces españoles en particular, el caudal de conocimientos adecuados para desenvolverse con facilidad y sin complejos en el marco jurídico que se configura en la Unión Europea y del que los Tribunales españoles son, como el resto de Tribunales nacionales de los países miembros, un pieza básica.

El libro se estructura en cuatro partes. La primera dedicada al poder judicial de la Unión; la segunda al ordenamiento jurídico español ante la justicia de la Unión; la tercera al Abogado General, y la cuarta a la política de la Unión en la Jurisprudencia. De esta manera, en una secuencia ordenada el lector puede apreciar el proceso evolutivo constante del derecho de la Unión Europea, a la par que su engranaje institucional, con especial detenimiento en la arquitectura judicial europea, en la que el papel del Abogado General ha merecido un capítulo específico, seguramente como merecido tributo de reconocimiento a un papel en el que Dámaso Ruiz-Jarabo ha destacado notablemente.

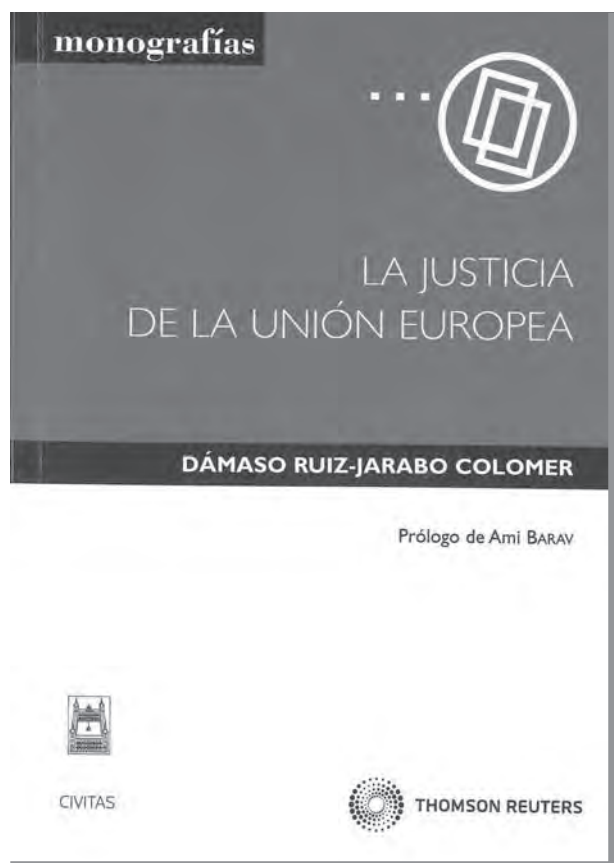
La parte primera se divide en cinco capítulos. En el primero de ellos se destaca el papel central del Tribunal de Justicia en la parcela de su función constitucional, así como el valor normativo de su jurisprudencia. Se destaca la peculiar organización judicial europea en que los papeles se dividen entre los Tribunales nacionales, que tienen competencia general para aplicar el derecho de la Unión, y el Tribunal de Justicia, que es el encargado de velar por la interpretación uniforme de ese derecho,

si bien a través de una vía procedimental específica de la Unión: la cuestión prejudicial del art. 267 del Tratado Fundacional de la Unión Europea. Con ello se expresa el carácter supremo y constitucional de este Tribunal, si bien destaca el autor que la función constitucional ha surgido en realidad en los últimos años, y que se lleva a cabo desde un punto de vista material. En esta tarea, el Tribunal de Justicia proyecta sus cometidos en diversas áreas: sobre el derecho derivado (a través del recurso de anulación), sobre el equilibrio institucional (de manera similar a los conflictos de competencias), sobre la delimitación de competencia entre la Unión y los Estados miembros, en el control preventivo de la constitucionalidad de los acuerdos de la Unión con terceros (dictámenes del art. 218 del Tratado Fundacional de la Unión Europea), y en materia de protección de los derechos fundamentales.

En este primer capítulo se detalla la fuerza normativa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en razón de los distintos procesos en que recaen sus sentencias. En primer lugar las cuestiones prejudiciales, con distinción entre las de interpretación y de validez,

pues si bien en ambos casos tiene fuerza vinculante, en las primeras su eficacia se desvanece cuando el Tribunal emite decisiones que incumben a supuestos de aplicación e interpreta el derecho de un Estado, diferencia que ya ha merecido la atención del Tribunal Supremo en las sentencias que destaca. En segundo lugar están los recursos de anulación, con igual eficacia que la dictada en las cuestiones prejudiciales de validez en el caso de que se anule el acto. Seguidamente se recoge una pequeña reseña a los efectos de las sentencias dictadas en un recurso por omisión, a la limitada eficacia de la excepción de ilegalidad (sólo surte efectos inter partes en el litigio principal), así como al valor meramente declarativo de las sentencias dictadas en los recursos por incumplimiento. Termina este apartado destacando la eficacia temporal de las sentencias del Tribunal de Justicia, con base en el art. 264 del Tratado Fundacional de la Unión Europea. Se termina este primer capítulo con la mención al papel del Tribunal de Justicia en el diseño de la política judicial al imponer y desplegar unas exigencias precisas para la admisibilidad de las cuestiones, con abandono de los criterios flexibles y antiformalistas, así como al establecer una relación de jerarquía en sus relaciones con los Tribunales nacionales, a la par que insufla en esa relación criterios de colaboración. Destaca el dato de que el Tribunal de Justicia, en los supuestos de implicación de índole constitucional, no duda en establecer un diálogo judicial, ponderando las tradiciones de los Estados miembros o incluso la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para indagar una solución consensuada.

En el capítulo segundo, cuyo encabezamiento es «la arquitectura judicial europea: un templo del grial falto de inspiración», se alude a la modesta concepción inicial de la estructura judicial europea, que constituía un sistema armonioso, basado en la cooperación entre el Tribunal europeo y los jueces nacionales, que garantizaba la aplicación uniforme del derecho de la Unión. El incremento de competencias de la Unión Europea exige un notable esfuerzo jurisdiccional, y en la Conferencia intergubernamental de 2000 se asumió, constatando la necesidad de una reforma, modificó algunos elementos estructurales para ofrecer una respuesta satisfactoria a la sobrecarga de asuntos que se representan tanto ante el Tribunal de Justicia (la anterior instauración en 1989 del Tribunal de Prime-



**A partir del
asunto CILFIT
los Tribunales
nacionales
obligados
a plantear
la cuestión
prejudicial
redujeron su
compromiso
de remitir
cualquier duda
interpretativa**

ra Instancia tenía esta misma finalidad) como ante el Tribunal General. El autor analiza el sentido de la reforma jurisdiccional emprendida por el Tratado de Niza, en el que advierte elementos positivos (la simplificación de las normas que rigen el sistema jurisdiccional de la Unión) y lagunas, omisiones, así como olvidos (el nombramiento de los miembros del Tribunal de Justicia, la posible comparecencia de los candidatos ante comisiones parlamentarias, la inamovilidad judicial, la legitimación de los particulares para interponer el recurso de anulación, entre otros). Destaca el autor que el Tratado de Niza habilita a que el Estatuto del Tribunal de Justicia pueda ser modificado por mecanismo flexible (fuera de la reforma de los Tratados), a petición del propio Tribunal, por el Consejo y previa consulta a la Comisión y al Parlamento. Desgrana el autor en este capítulo la contribución del Tribunal de Justicia a la Conferencia intergubernamental, algunas de cuyas sugerencias fueron aceptadas por la reforma de Niza (la instauración de un filtrado de los recursos de casación –el Tribunal entiende que este filtrado se podrá extender a la cuestiones prejudiciales–, la adaptación de la tramitación del contencioso en materia de función pública y que las salas jurisdiccionales puedan conocer, además de la función pública, de otras materias susceptibles de un tratamiento procesal rápido y especializado: propiedad industrial y comercial). Critica el autor que no se haya profundizado en el reforzamiento de la figura del presidente del Tribunal, en su coherencia institucional y en la proyección de su imagen exter-

na. Especialmente crítico se muestra con la posibilidad, recogida en el Estatuto, de suprimir las conclusiones motivadas (del Abogado general) en determinados asuntos, en principio de escaso interés.

En el tercer capítulo se estudia el impacto del Tratado de Lisboa, abordando en primer lugar el problema terminológico: El art. 19 del Tratado de la Unión Europea señala que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal general y los Tribunales especializados. Como destaca el autor las diferencias idiomáticas complican el tema, lamentando la improvisación que advierte. En todo caso señala que la justicia es la gran olvidada por el Tratado de Lisboa, que es continuista de Niza. Mantener que exista un Juez por cada Estado es una rémora para el correcto funcionamiento del Tribunal de Justicia, lo que contrasta con mantener el número de abogados generales en ocho. Se critica que la visión egoísta de los Estados pequeños haya evitado que los llamados grandes tuvieran más peso en la elección de su presidente. Seguidamente se analiza la incidencia de este Tratado: en la cuestión prejudicial (competencia para interpretar con carácter prejudicial la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, y eliminación de las cuestiones prejudiciales a distinta velocidad), en el recurso de anulación (aclaración de los supuestos de legitimación de los particulares); y en el recurso de incumplimiento.

El cuarto capítulo aborda el futuro del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ofreciendo el autor una propuesta de

reforma. Advierte que la propia sobrecarga de asuntos está alterando incluso el significado de la cuestión prejudicial, cuyo valor es capital para el sistema jurisdiccional de la Unión, en tanto que a partir del asunto CILFIT los Tribunales nacionales obligados a plantear la cuestión prejudicial redujeron su compromiso de remitir cualquier duda interpretativa. En cuanto a la organización del Tribunal de Justicia propone reducir su número de jueces a quince y ocho abogados generales, a cambio propone fortalecer el Tribunal General, transformándolo en un auténtico tribunal general europeo, con competencia plena para conocer de la mayoría de los asuntos suscitados en la Unión. Otra reforma que sugiere es la creación de un «certiorari» europeo, que comprendería también la competencia prejudicial, pero que no se podría aplicar cuando la cuestión prejudicial se plantea por los Tribunales nacionales cuyas decisiones no admitieran recurso ulterior en el derecho interno. Termina diciendo el autor que «cuando la justicia se imparte en una de las mayores potencias económicas del planeta, sólo un Tribunal con autoridad asumirá el reto de atribuir su pleno significado al derecho de la Unión».

Termina la parte primera con el capítulo quinto que analiza la cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los jueces nacionales, que se articula básicamente a través del procedimiento prejudicial. El esquema se apoya, en efecto, en la cooperación instaurada por el Tratado de la Comunidad. La cuestión prejudicial es el instrumento que viabiliza esa cooperación y garantiza el objetivo de que la interpretación y aplicación del derecho de la Unión sea el mismo en todo su territorio, sea cuál sea el estado miembro y sea cuál sea el Tribunal nacional de que se trate. El carácter escueto del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la poca luz que añaden el Estatuto y el Reglamento de Procedimiento, han obligado al Tribunal a precisar las condiciones en que se ha de llevar a cabo la consulta prejudicial. Distingue el autor dos etapas diferenciadas: una inicial caracterizada por la flexibilidad, antiformalista y permisiva que afecta cuestiones como el concepto de órgano jurisdiccional, partiendo de la idea general de lo que es un órgano público independiente con competencia para decidir en materia contenciosa (lo que ha permitido que se reconozca como tal al Tribunal de Defensa de la Competencia como al Tribunal Económico Administrativo Central españoles. También se reconoce a los jueces nacionales competencia para valorar la pertinencia del planteamiento

de la cuestión, sin que se les exija formalidad especial para la decisión del juez nacional que cursa la cuestión (aunque se aconseja un debate contradictorio previo), destacando el autor que en esta fase inicial el propio Tribunal, guiado por una actitud pedagógica, no vaciló en reformular las preguntas que se le dirigía. Esa inicial etapa ha sido seguida por otra en la que se establecen límites a la cooperación judicial: así se atribuye el Tribunal competencia para constatar las circunstancias en que se le transmite la cuestión prejudicial, se exige que exista un litigio real, no ficticio, que exista relación entre la cuestión y el objeto del litigio, se atiende al valor esencial que tiene la motivación de la decisión de reenvío, y su insuficiencia puede dar lugar a la inadmisión por el Tribunal de la cuestión prejudicial.

La parte segunda contiene un solo capítulo (el sexto) en el que se estudia el Tribunal Constitucional español como Juez de la Unión. Destaca el autor que el Tribunal de Justicia está convencido de la autonomía originaria del ordenamiento jurídico de la Unión, lo que cierra las puertas a cualquier órgano constitucional de Estado miembro para controlar la validez de sus normas, habiendo diseñado sus relaciones con los derechos de los Estados miembros desde los principios de eficacia directa, ya en el año 1963 (Sentencia Van Gend & Loos) y de primacía sobre las disposiciones nacionales, cualquiera que sea su rango (sentencia Coste/ENEL). Como dice el autor, es cierto que otorgar rango constitucional al ordenamiento jurídico de la Unión ha topado con ciertas resistencias. Se estudia en este capítulo la relación entre la Constitución Española y el derecho de la Unión que arranca del art. 93 de la primera. Analiza seguidamente la sentencia del Tribunal Constitucional 28/1991, en la que, si bien se resalta el compromiso del Estado con el derecho de la Unión, sostiene Ruiz-Jarabo que contiene graves errores (se califica al Acta Electoral Europea de derecho derivado, cuando es originario; entiende que si una norma nacional se opone al derecho de la Unión no supone una vulneración de la Constitución, ni siquiera del art. 93; limita la eficacia del derecho europeo. Estudia luego el control de la aplicación del derecho de la Unión por la jurisdicción ordinaria, materia en que entiende el autor que la postura del Tribunal Constitucional nace con un pie forzado al afirmar que el derecho de la Unión carece de rango constitucional, lo que se puede aceptar, pero, añade Ruiz-Jarabo, no se deriva de ello que carezca de relevancia constitucional; cita como ejemplo la sentencia

372/1993 (sobre las normas penales en blanco y la norma de Régimen Jurídico de Control de cambios) donde el Tribunal se negó a indagar el alcance de la Directiva 88/361 de liberalización de los movimientos de capitales, con el efecto de aceptar una condena penal que podía contrariar la Constitución lo que contrasta con lo que luego establecería el Tribunal de Justicia en la sentencia Bordessa y otros (de 23 de febrero de 1995). En suma, se aprecia la dificultad del Tribunal Constitucional para considerarse juez de la Unión. En este sentido, el Tribunal constitucional ha entendido que el control de la negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial excede de sus competencias, olvidando que debe analizar si esa negativa está desprovista de justificación para verificar la eventual conculcación de algún derecho fundamental del recurrente (en amparo); esta situación pretende ser resuelta en la sentencia 58/2004, en la que se llega, incluso, a endurecer los criterios CILFIT. En cuanto al eventual conflicto entre el derecho derivado y la Constitución destaca que es un aspecto inédito para el Tribunal Constitucional español, a diferencia de otros, como el alemán, el italiano o el francés, casos en los que se advierten puntos de conflicto en materia de derechos fundamentales, cuya protección interna se considera superior, si bien el conflicto, dice el autor, es hoy más aparente que real.

Las conclusiones del Abogado General tienen una significación especial, ya que ayudan a la interpretación de las sentencias del TJUE de Justicia e influyen decisivamente en la formación y en el desarrollo de su jurisprudencia.

La parte tercera, integrada por el capítulo séptimo, se dedica al abogado general en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El mero hecho que el autor estudie esta figura en una parte diferente a la que dedica al estudio del propio Tribunal ya deja claro que se considera una institución singular, especial y central de la justicia de la Unión. La lectura de este capítulo así lo confirma. Introducido el

abogado general en el sistema CECA, su origen se encuentra en una propuesta que la delegación francesa, inspirada en el *commissaire du gouvernement* del Consejo de Estado, pero la figura que recoge el derecho europeo se ha alejado de su precedente y tras casi sesenta años de actividad tiene unos perfiles propios que le dotan de singularidad y no se puede asimilar a otras figuras como puedan ser el fiscal, procurador general o *amicus curiae*. Tiene estatuto orgánico idéntico a los jueces (aunque sólo los jueces eligen al presidente del Tribunal), si bien sus funciones son distintas. Su número es de ocho, son designados por común acuerdo de los Gobiernos de los Estados miembros por un periodo de seis años, renovados cada tres años la mitad del colegio. Al igual que los jueces deben ser elegidos (art. 253 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) entre personalidades que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia. Disfrutan de inmunidad de jurisdicción absoluta, que se prolonga hasta después de su cese, si bien limitada a los actos de carácter oficial. El art. 252 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge la función capital del abogado general: presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el estatuto del Tribunal de Justicia, requieran su intervención. Además, el abogado general tiene participación en la tramitación de los procedimientos ante el Tribunal de Justicia, cuyo parecer se recaba en la mayor parte de los incidentes procesales. Las conclusiones generales, tienen una significación especial: son un elemento de referencia para las deliberaciones de los jueces, ayudan a la interpretación de las sentencias del Tribunal de Justicia (más en un sistema en el que en las sentencias no hay votos particulares) e influyen decisivamente en la formación y en el desarrollo de la jurisprudencia de la Unión. El autor, tras incidir nuevamente en la posibilidad abierta por el Tratado de Niza de prescindir de las conclusiones del abogado general en algunos asuntos, desgana los supuestos más relevantes en los que se detecta la influencia de las conclusiones en el desarrollo de la jurisprudencia: Así, entre otros casos, la sentencia Brown, que aceptando las conclusiones generales modifica la doctrina de la sentencia Larsson (despidos por ausencias debidas a enfermedades que aparecen durante el embarazo), advirtiendo discriminación por razón de sexo; la sentencia Delhaize que modifica la jurisprudencia anterior, corroborando las conclusiones del abogado general, potenciando la calidad

de los productos agrarios mediante las denominaciones de origen; la sentencia Gabalfrisa, sobre la noción de órgano jurisdiccional, y la sentencia De Coster (que guarda un llamativo silencio sobre este mismo tema), pero seguidas de otras que matizan la doctrina al respecto (sentencias Schmid y Syfat y otros). A su vez, destaca el autor, las conclusiones del abogado general ofrecen criterios interpretativos al juez nacional (asunto Egedal/Hostelería Asturiana –sobre si la captación de señales de TV por antena colectiva y parabólica y su distribución a través de receptores de televisión en las habitaciones de un hotel constituyen un acto de comunicación pública), donde el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Oviedo se apoya para su sentencia (después de que el Tribunal de Justicia considerara que el tema debía resolverse conforme al derecho nacional, en las conclusiones del abogado general. La sentencia Khune Et Heitz en materia del principio de seguridad, seguida de la muy interesante i-21 e Isis Multimedia que siguiendo las conclusiones del abogado general (el autor de este libro) ofrece una salida novedosa y sutil a esta cuestión de la tensión entre estabilidad y legalidad. Se cierra esta parte con un estudio especial de la atención que ha merecido el abogado general en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en razón de su posición procesal y del respeto de los derechos de defensa, igualdad de armas y necesidad de un procedimiento contradictorio.

La parte cuarta y última de este libro, se compone de cinco capítulos en los que se analizan las políticas de la Unión en la jurisprudencia, si bien el capítulo 10 (referido a la opinión pública y valoración social del poder judicial) parece un cuerpo extraño, ya que estudia en él no la jurisprudencia que exista al respecto, sino cuestiones generales que resultan de la presencia que en los medios de comunicación social tienen los asuntos judiciales, tratados a veces sin rigor y destacando los aspectos más llamativos, a veces deformados y sin valorar ni analizar el peso que cada hecho tenga en un asunto concreto. Recoge la vehemencia que en ocasiones provocan en la opinión pública algunos asuntos judiciales, añade que las relaciones entre la prensa y la justicia se instalan en el límite de los debates sobre deontología de las dos profesiones, cuya relación debe presidir la ética. No obstante, termina destacando el interés limitado de la opinión pública por la justicia, pues pese a que el Tribunal de Justicia de la Unión ejerce competencias constitucionales de gran repercusión económica, su actividad se desarrolla ante la total indiferencia de la prensa. El resto de capítulos de esta cuarta parte desgrana la ju-

risprudencia más relevante en cuanto al principio de no discriminación (capítulo octavo) por razón de sexo en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo (con especial estudio de las excepciones al principio de igualdad de trato en la Directiva 76/207, y la del acceso al empleo y en las condiciones de trabajo y del despido de la mujeres encintas, así como al acoso como forma de discriminación. En el capítulo noveno se destaca el desgaste advertido en la jurisprudencia en materia contractual en razón, especialmente, de la determinación del lugar del cumplimiento de una obligación contractual; se detalla la aplicación del Convenio de Bruselas y su sustitución en el ámbito de la Unión por el Reglamento 44/2001. Muy interesante es el capítulo undécimo, dedicado al desarrollo en el derecho de la Unión del principio de precaución, cuya primera impresión ofrece cierta confusión, pues no se ha llegado a una formulación pacíficamente aceptada, y cuya proyección destaca en dos grandes áreas de actividad: el medio ambiente y la salud. Cabe señalar el impacto de este principio en asuntos tan notorios como el de la «vacas locas» y podría ser también (obviamente no se pudo citar por el autor) el de los pepinos españoles y Alemania. Se citan las sentencias Cassis de Dijon, Heijn, Sandoz, Motte, y Marismas de Santoña, entre otras, además de la relativa al ya indicado caso de las «vacas locas». Finalmente, en materia de contratos administrativos, el capítulo duodécimo, tras destacar que supone hoy unos de los factores más relevantes y dinámicos del mercado interior europeo (16% del PIB de la Unión) muestra como los Tratados constitutivos incluyen disposiciones para combatir los comportamientos proteccionistas de los poderes públicos nacionales. Destaca que el derecho de la Unión Europea se ha ocupado directamente de configurar los sujetos y objetivos de los contratos administrativos. Señala la definición evolutiva del poder adjudicador y la entrada en este concepto de los actores privados, y estudia también los sectores excluidos. Termina el autor reclamando en esta materia la colaboración de los tribunales nacionales, especialmente de los de más alto grado, propiciando el planteamiento de cuestiones prejudiciales y el intercambio de sensibilidades.

Este libro recoge con detalle suficiente tanto la historia como el estado actual y las posibles líneas de futuro de la justicia de la Unión Europea, y se debe reconocer al autor, como homenaje también, su generosidad al trasladar a esta obra toda una dilatada experiencia de la que nos hace partícipes con su lectura.

Presidencia

Convenios

El 22 de junio de 2011, se firmó el Convenio Marco de cooperación bilateral entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y la República de Perú, que contemplará principalmente las áreas de formación, inspección judicial y modernización.

Actividades relacionadas con la Función Judicial

El 1 de junio inauguró en la Fundación Areces, la Jornada sobre Derecho Penal.

Actividad Institucional de Ámbito Internacional

El Presidente del CGPJ ha recibido diversas visitas institucionales, entre las que cabe destacar las siguientes:

El 6 de junio de 2011, visita del Ministro Secretario General del Gobierno de Marruecos, Sr. Driss Dahak.

Finalmente el 20 de junio de 2011 se recibe la visita de D. Enrique Iglesias, Secretario General Iberoamericano.

Apertura del Año Judicial en el Tribunal Supremo

El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Carlos Dívar, reclamó durante su discurso con motivo de la Apertura del Año Judicial que se guarde respeto por las decisiones y criterios sentados por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional porque sus decisiones «deben

ser respetadas por todos, en especial por las instituciones públicas».

En el acto, celebrado en la sede del Tribunal Supremo, con la ausencia por primera vez en 28 años de Su Majestad el Rey, debido a una reciente operación de rodilla, el presidente del Supremo afirmó que la disconformidad con las decisiones judiciales debe ser «canalizada por la vía de los recursos pues el Estado de derecho exige el cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes». Dívar también se refirió a las «zonas de fricción» que pueden aparecer en las esferas de actuación de los diferentes tribunales, y manifestó que respecto al Tribunal Constitucional «el llamado «diálogo entre tribunales» debe basarse en el reconocimiento por el tribunal de garantías de la jurisprudencia del Tribunal Supremo «como expresión de la realidad viva del derecho», así como en el respeto por este último, que él preside, de los criterios sentados por el Constitucional.

Durante su intervención, el Presidente del Poder Judicial también se refirió a «las difíciles circunstancias económicas» que atraviesa el país y a su incidencia en la Justicia, señalando que los jueces son conscientes de la situación y que desde el CGPJ se realizan estudios «para calcular el coste de los litigios con el fin de que los recursos presupuestarios de las diferentes Administraciones se asignen de la manera más eficiente». No obstante, advirtió que la modernización de la justicia «es un principio irrenunciable



y se debe llevar a cabo con los medios disponibles en cada momento».

Acto de Sanción de la reforma de la Constitución



El 27 de septiembre SM el Rey sancionó la segunda reforma en la historia de la Constitución española (1978), que modificará su artículo 135 para incluir en la Carta Magna el principio de estabilidad presupuestaria.

El acto tuvo lugar en el salón de audiencias del Palacio de La Zarzuela en presencia, entre otras Altas Autoridades, del Presidente del CGPJ, D. Carlos Dívar.

Observatorio de Violencia doméstica y de género

VII Premio de reconocimiento a la labor más destacada en la erradicación de la Violencia de Género

El Presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, Carlos Dívar, presidió, el pasado día 26 de septiembre, el acto de entrega del VII Premio de reconocimiento a la labor más destacada en la erradicación de la violencia de género. El premio ha sido

concedido, por su trayectoria personal y por su compromiso político y social, a:

- M.^a Teresa Fernández de la Vega, política y jurista, por su compromiso con los derechos de las mujeres en el acceso a la participación política y formación de futuras líderes que contribuyan a sociedades más justas. Desde sus puestos políticos, ha incorporado las políticas de igualdad y la violencia de género como una prioridad en la agenda pública española.
- Carmen Quintanilla, política y activista social en la lucha por la igualdad. Reivindica el protagonismo de la mujer en el desarrollo del mundo rural, y su independencia y autonomía. Desde sus puestos políticos trabaja por mejorar la prevención y protección de las mujeres y reforzar la legislación europea.
- Graça Machel, política, activista y referente mundial en la lucha en favor de los derechos humanos, la capacitación de las mujeres africanas y la promoción de la alfabetización. Ha dedicado su vida a luchar por la dignidad y la libertad de los africanos y africanas, reforzando el papel de las mujeres.

El 5 de julio, la Vocal Presidenta del Observatorio participó en la jornada de puertas abiertas «Saca tarjeta roja al maltratador» de sensibilización sobre la violencia de género en Madrid en la que estuvieron presentes la Secretaria de Estado de Igualdad, Bibiana Aído, el Delegado del Gobierno para la Violencia de Género, Miguel Lorente y la Vocal Margarita Uría Etxebarria, y en la que se llevaron a cabo las siguientes actuaciones:



- Información sobre las campañas institucionales de los últimos años.
- Exposición de viñetas: «Por una vida sin malos tratos».
- Proyección de cortometrajes.

El 6 de julio la Vocal Presidenta del Observatorio, Inmaculada Montalbán participó en la presentación del Protocolo Médico Forense de Valoración Urgente del Riesgo de Violencia de Género, que tuvo lugar en la sede del Ministerio de Justicia. Dicho protocolo surgió a iniciativa de la Presidencia del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género que, con base científica en los estudios anuales sobre muertes en el ámbito de la pareja o expareja y de sentencias del Tribunal del Jurado, revelaban la necesidad de dotar a los Juzgados de una herramienta que permitiera la valoración urgente del riesgo en los asuntos de violencia de género.

Actividad internacional

En Panamá, del 4 al 11 de junio, la Vocal Inmaculada Montalbán participó como Especialista invitada en las siguientes actividades organizadas por la Defensoría de Pueblo de la República de Panamá, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Embajada de España en Panamá y el Ministerio de Economía y Finanzas de Panamá:

- Celebración del II Aniversario de la creación del OPVG (Observatorio Panameño contra la Violencia de Género).
- Ponencia «La Experiencia de España en el Abordaje de la Violencia Doméstica» en el Seminario de Empoderamiento de las Mujeres.
- Lanzamiento del 2.º Boletín del OPVA con el artículo: «Compromiso».
- Reuniones con el Embajador Español en Panamá, la Coordinadora General de la AECID, Procurador General de la Nación, Defensora del Pueblo, Directora General del Instituto Nacional de la Mujer, Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Observatorio de Seguridad Ciudadana.

En Cartagena de Indias, del 11 al 15 de julio, participó como ponente en el curso sobre Violencia de género y feminicidio con la ponencia: «El observatorio como instrumento de análisis de la violencia

de género». Experiencias y propuestas de capacitación con enfoque de género a operadores de justicia sobre la violencia y la discriminación contra las mujeres como violaciones a los derechos humanos y a la necesidad de las víctimas de recibir un trato digno y respetuoso al acudir a instancias judiciales. Este curso tuvo lugar en el Centro de Formación de la Cooperación Española de Cartagena de Indias y fue auspiciado por el Consejo General de la Abogacía Española y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

Del 17 al 23 de septiembre, la Presidenta del Observatorio fue invitada por la Fundación Justicia y Género, el Poder Judicial de Guatemala y el Ilanud para participar como ponente, inaugurando un Congreso en Guatemala con una charla sobre «El feminicidio/feminicidio y el Observatorio contra la violencia de género», dentro del marco de la Séptima Pasantía que lleva por título «Juzgar los Femicidios-Feminicidios con Perspectiva de Género».

Aprovechando su estancia en Guatemala se han convocado varias reuniones con representantes de AIETI (Asociación, investigación y especialización en temas iberoamericanos), que tienen proyectos de lucha contra la violencia de género en Guatemala para, entre otras actividades, explicar la experiencia del Observatorio del CGPJ.

Relaciones con las Asociaciones Profesionales

Durante este trimestre, y por acuerdo del Pleno de fecha 30 de junio de 2011, se aprobó la convocatoria de concesión de subvenciones a las Asociaciones Judiciales Profesionales.

Jurisdicción de Menores

Los días 7 a 9 de junio, se celebraron en Córdoba unas Jornadas de Menores, bajo el epígrafe «La Ley Penal del Menor: diez años después», en la que se aprobaron las siguientes conclusiones:

- «1. Los jueces de menores están satisfechos con los resultados de la aplicación de la Ley Penal del

Menor tras diez años de vigencia. Consideran que es un instrumento eficaz para facilitar la reinserción y la adecuada integración del menor en la sociedad.

2. *Esta Ley estableció un sistema de justicia juvenil basado en el interés superior del menor y en los fines educativos de las medidas. Las sucesivas reformas han supuesto un retroceso que, en algunos casos, ha llegado a desnaturalizar la filosofía humanizadora y reeducadora de la Ley.*

3. *La aplicación práctica de las medidas de la Ley, tanto las cautelares como las impuestas en sentencia firme, ha puesto de manifiesto una redacción confusa e imprecisa de determinados artículos que admite distintas interpretaciones.*

Los jueces de menores instan a los responsables de las administraciones públicas a que faciliten los medios materiales y personales necesarios para que la ejecución de las medidas impuestas alcance su eficacia.

Diez años después, en algunas comunidades autónomas los jueces de menores siguen afrontando los problemas derivados de la falta de medios necesarios para la ejecución de las medidas impuestas.

4. *Es necesario fomentar la mediación como respuesta jurídica al menor infractor, tanto la prejudicial como en fase judicial durante la ejecución de las medidas, y siempre con la intervención de los profesionales de los equipos técnicos.*

5. *Los menores tienen derecho a ser protegidos por las administraciones públicas cuando se encuentren en una situación de riesgo o dificultad social que perjudique su desarrollo personal o social. La administración pública debe detectar, prevenir, valorar y neutralizar esas situaciones de riesgo que convierten en conflictivos a muchos menores.*

Intervenir de forma temprana desde el ámbito de la protección es la vía adecuada para reducir el fenómeno de la delincuencia juvenil.

6. *Los jueces de menores instan al legislador a que realice un pronunciamiento sobre la interrupción de*

la prescripción en el derecho penal del menor, dado que la reciente reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 no ha tenido en cuenta los principios y especialidades del procedimiento previsto en la Ley Penal del Menor.

7. *Uno de los factores que ha propiciado las reformas regresivas de la Ley es el tratamiento morboso y desenfocado que algunos medios de comunicación han hecho de casos aislados. Especialmente, la explotación mediática del discurso de las víctimas presentándolo como el único justo y consagrando así la reivindicación punitiva e incluso vengativa por delante del interés educativo del menor delincuente. Tal presión mediática, favorable a la desnaturalización de la Ley, debería haber sido soportada por los responsables de las reformas, manteniendo la racionalidad e imparcialidad que debe de serles propia.*

8. *Los jueces de menores son contrarios al endurecimiento de las medidas previstas en la Ley Penal del Menor al igual que a la rebaja del límite de la edad penal de catorce años.»*

Mediación Intrajudicial

- El Pleno del Consejo General del Poder Judicial celebrado el 30 de junio de 2011, tomó conocimiento de una propuesta de la Vocalía Delegada para la Mediación, para la constitución de un Grupo de Trabajo, formado por expertos/as en lo Contencioso-Administrativo, a los efectos de estudiar y delimitar el marco de actuación y Protocolo para la posible implantación de un proyecto piloto de mediación en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- Toma de conocimiento por el Pleno del CGPJ, en su reunión de 30 de junio de 2011, de las normas básicas de funcionamiento e interrelación entre Juzgados de lo Mercantil y los Mediadores de la Cámara de Comercio, dentro de la experiencia piloto en la Jurisdicción Mercantil, que se desarrollará en esa ciudad.
- Aprobación, en Comisión Permanente de 27 de julio de 2011, de la suscripción del Convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y la Fundación de Derechos Civiles, con el objeto de

establecer el marco de colaboración para la puesta en marcha y desarrollo de una experiencia piloto de Mediación Intrajudicial en los Juzgados de lo Social de Madrid.

- Los próximos días 29 y 30 de septiembre, tendrá lugar en León la celebración del Curso «La Mediación: Experiencia Práctica», que se enmarca dentro de las actividades del Convenio de Formación de Jueces y Magistrados con la Comunidad Autónoma de Castilla y León para el presente año, y cuya clausura estará a cargo de la Vocal Margarita Uría.
- La Fundación Pública Andaluza «Centro para la Mediación y el Arbitraje de Andalucía», celebra en el Puerto de Santa María (Cádiz) los días 20 y 21 de octubre, las I Jornadas Técnicas bajo el título «Mediación. Nuevos Enfoques de la Justicia», que tienen por objeto el análisis de la Mediación en países de nuestro entorno, su aplicación práctica en cuanto a su integración en los respectivos sistemas judiciales, así como el papel de las diferentes administraciones en su implantación. La Vocal participa en estas Jornadas con la ponencia «Mediación como instrumento al servicio del sistema judicial».

Relaciones Internacionales

Cumbre Judicial Iberoamericana

El CGPJ ostenta la Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana desarrollando una importante actividad que se materializó con la asistencia de una delegación del CGPJ para participar en la Segunda Ronda de Talleres que se celebró en Caracas (Venezuela) los días 29 de junio al 2 de julio de 2011. Además está prevista la celebración de la III Ronda de Talleres, en Cádiz los días 14 a 16 de noviembre. Por otra parte, los días 5 y siguientes de octubre se celebrará, en la ciudad de Managua, la segunda reunión preparatoria para la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana.

Red Europea de Consejos del Poder Judicial

La actual Presidencia de la Red la ostenta el Vocal Miguel Carmona, razón por la cual viene asistiendo

periódicamente a las reuniones del Comité Ejecutivo y del Comité de Dirección. Importante participación tiene también el Vocal Antonio Monserrat quien ha venido coordinando el grupo de trabajo sobre «Development of Minimum Judicial Standards» habiéndose presentado, con gran acogida, los resultados de este grupo de trabajo en la Asamblea General de la Red que tuvo lugar en Vilna (Lituania) en el mes de junio pasado. Está prevista la participación de una delegación del CGPJ en la reunión de coordinación de los nuevos grupos de trabajo que se constituyen para el periodo 2011-2012, los próximos días 15 y 16 de septiembre, en La Haya.

Marruecos/ España

El VI Encuentro hispano-marroquí, tendrá lugar en la ciudad de Toledo en el mes de noviembre. Importantes gestiones para su organización se están llevando a cabo en estas fechas

América

En el mes de agosto se ha realizado en Panamá una «Asistencia Técnica para realizar acciones de capacitación teórica y práctica en materia de Sistema Penal Acusatorio», en el marco del Proyecto sobre Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Administración de Justicia.

En el marco de los PIFTE (Programa Iberoamericano de Formación Técnica Especializada), está prevista, para los meses de octubre y noviembre, la realización de dos cursos en el Centro Iberoamericano de Formación de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) sobre los temas del Jurado y el Acceso a la Justicia, respectivamente. Estos cursos vienen financiados por la AECID y son coordinados por el CGPJ.

Eurosocial II

Los días 12 y 13 de julio se celebraron en la sede de la FIIAPP una reunión para organizar los encuentros de programación en el marco de Eurosocial II. En esta reunión se le asignó al CGPJ conjuntamente con la COMJIB la organización del I Encuentro que

tendrá lugar a finales de octubre/principios de noviembre, posiblemente en Buenos Aires o Bogotá y que tiene por objeto la elaboración de los futuros perfiles de proyectos sobre el área temática de acceso a la justicia.

Hermanamientos

Al CGPJ se le ha adjudicado la ejecución del proyecto twinning de la Comisión Europea en Croacia sobre «Professional Development of Judicial Advisors and Future Judges and State Attorneys through Establishment of Self Sustainable Training System». Este proyecto viene liderado por el CGPJ y participan en calidad de socios juniors Italia y Finlandia. Las reuniones para la elaboración del contrato tendrán lugar durante el último trimestre del año 2011 y primero del año siguiente. Se ha preparado asimismo una propuesta en un proyecto twinning en Argelia sobre «Fortalecimiento de las estructuras y del funcionamiento del Centro de Investigación Jurídico y Judicial (CRJJ) de Argelia.»

REJUE-REDUE

En el mes de octubre se celebrarán en Águilas (Murcia) los encuentros anuales de los miembros de la REJUE (Red Judicial Española) y de la REDUE (Red de Expertos en Derecho Comunitario).

Relaciones Institucionales

Convenios

Durante este trimestre se han aprobado los siguientes Convenios:

Pleno de 30 de junio de 2011

- Protocolo de Convenio de cooperación entre el Consejo General del Poder Judicial y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), representada por la Misión OSCE en Serbia. Para establecer las bases de la colaboración en la puesta en marcha del programa «Asistencia

al Consejo Superior Judicial de Serbia» teniendo por objeto el programa de asistencia el fortalecer la independencia, credibilidad y eficiencia del Consejo Judicial Servio, aportando competencias relativas a la creación de un sistema de evaluación de jueces, la creación de un procedimiento disciplinario creíble dentro del sistema judicial, ayuda para favorecer la adopción de las normas éticas en el Poder Judicial, mediante visitas de estudio, preparación de asesores en las instituciones participantes y reuniones específicas de trabajo.

Pleno de 21 de julio de 2011

- Convenio de cooperación entre la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España y la Escuela Nacional de Magistrados del Trabajo (ENAMAT) de Brasil. Con el objeto de promover el perfeccionamiento de la formación de los Magistrados de ambos países a través del intercambio de experiencias sobre ingeniería pedagógica, formación de formadores, formación inicial y formación continua, desde el enfoque fundamentalmente teórico-práctico, profesional, transdisciplinar y humanista de la relación enseñanza-aprendizaje.

Calificación

Comparecencias

El 20 de junio comparecieron los aspirantes a dos puestos de profesor ordinario del Área de Instrucción en la Escuela Judicial.

Ese mismo día tuvo lugar la entrevista a los aspirantes al puesto de Jefatura de Área de Relaciones Externas e Institucionales de la Escuela Judicial.

El 14 de septiembre comparecieron los aspirantes a las Audiencias Provinciales de Alicante, A Coruña, Soria y Málaga.

Ese mismo día tuvo lugar la entrevista de los aspirantes a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Sevilla.

Nombramientos

Pleno del 30 de junio de 2011

- Roser Bach Fabregó, Directora de la Escuela Judicial
- Cristina González Beilfuss, Jefa del Área de Relaciones Externas de la Escuela Judicial.
- Jorge Jiménez Martín, Profesor del Área de Instrucción de la Escuela Judicial.

Pleno del 21 de julio de 2011

- Antoni Rotger Cifré, Profesor del Área de Instrucción de la Escuela Judicial.

Atención al ciudadano

La Unidad de Atención al Ciudadano va a participar activamente en el Proyecto de Presentación Oficial y Jornadas de Divulgación a nivel nacional de la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia de Panamá. Se trata de un Proyecto dirigido por el Fondo Mixto Hispano Panameño de Cooperación y en el que el Consejo General del Poder Judicial presta su colaboración. Lo que se busca es la elaboración e implantación de una Carta de Derechos de las Personas ante el Sistema Judicial panameño (a semejanza de la Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia de 16 de abril de 2002 que existe en España).

En el ámbito del Convenio suscrito entre el Centro de Estudios Jurídicos/Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial, la UAC ha dispuesto actividades de formación en materia de «Atención al Ciudadano y Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia», dirigidas a los siguientes colectivos:

- Fiscales de la 51.^a promoción, que tendrá lugar el 30 de septiembre de 2011.
- 3.^a Promoción de funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, que se llevará a cabo el 27 de septiembre de 2011.
- 37.^a promoción de Secretarios Judiciales, que se llevará a cabo los días 20-21 de octubre y 24-25 de noviembre de 2011.

En esta misma línea la UAC desarrolla actividades de formación dirigidas a funcionarios en colaboración con la Junta de Andalucía, y en el ámbito del Plan de Formación del IAPP para el año 2011, con la realización de cursos en materia de atención e información a la ciudadanía en todas las capitales andaluzas, salvo Almería, que se llevarán a cabo durante los meses de octubre y noviembre de 2011.

Escuela Judicial

A) Selección

Categoría Juez

Terminado el proceso selectivo convocado por Acuerdo de 9 de marzo de 2010, de la Comisión de Selección, el 14 de septiembre de 2011 se incorporaron a la Escuela Judicial los 232 jueces en prácticas que conforman la Promoción 63.^a

En cuanto al proceso selectivo convocado por Acuerdo de 31 de enero de 2011, de la Comisión de Selección, se han presentado 4.139 aspirantes a las 400 plazas convocadas, 250 para ingreso en la Escuela Judicial y 150 en el Centro de Estudios Jurídicos. El primer ejercicio del proceso se celebró el día 29 de mayo de 2011 de forma simultánea en Barcelona, Granada, Madrid y Valladolid.

Categoría Magistrado

Concluida la primera fase del proceso selectivo convocado por Acuerdo de 23 de septiembre de 2010, del Pleno del CGPJ, el 5 de septiembre de 2011 se incorporaron a la Escuela Judicial los 57 magistrados en prácticas que conforman la Promoción 18.^a (30 correspondientes a la especialidad civil-penal, 16 a la social y 11 a la contencioso-administrativa).

Especialistas Mercantil

La Comisión Permanente del CGPJ aprobó por Acuerdo de 27 de julio de 2011 el nombramiento de seis Magistrados/as especialistas en los asuntos propios de los órganos de lo mercantil.

Especialistas Civil y Penal

El Pleno del CGPJ acordó el pasado 30 de junio convocar sendos procesos de especialización de Magistrados/as en los órdenes civil y penal, en número de 25 plazas para cada orden.

B) Formación

Estancias en instituciones públicas y privadas.

- Medios de comunicación (3 a 7 de octubre).
- Tribunales Penales Internacionales (13 a 16 de septiembre).
- Organización Internacional del Trabajo (19 a 21 de septiembre).
- Tribunal Constitucional (19 a 21 de septiembre).

Foro permanente de estudios judiciales europeos.

En colaboración con el Gobierno de Murcia y Caja Murcia:

- Aplicación judicial del Derecho Comunitario Europeo (3 a 7 de octubre).
- Seminarios de estudio comparado de sistemas judiciales a través del lenguaje jurídico francés e inglés) – Estancias en Francia e Inglaterra.

Foro de formación y estudios medioambientales del Poder Judicial

En colaboración con la Junta de Andalucía:

- El daño ambiental (17 a 18 de octubre).

Foro de formación y estudios del Poder Judicial sobre protección de los trabajadores y riesgos laborales

En colaboración con el Gobierno del Principado de Asturias:

- Tratamiento penal de los delitos contra la salud y la seguridad en el trabajo (13 a 15 de septiembre).

Foro Permanente en materia de Igualdad

En colaboración con el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña y la Universidad de Barcelona:

- Lenguaje jurídico y género (24 a 25 de octubre).

Otras instituciones y organismos colaboradores

- CC.OO. (El futuro del Derecho del Trabajo en un mundo globalizado) (20 a 21 de octubre).
- Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (Encuentro con las Cámaras de Comercio) (17 a 19 de octubre).
- Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España (Encuentro con el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España: Prevención de riesgos laborales. Regulación y consecuencias jurídicas de su infracción) (29 de septiembre a 1 de octubre).
- Dirección General de Tráfico (Encuentro sobre seguridad vial con la Dirección General de Tráfico, Centro de Estudios Jurídicos y la Fiscalía General del Estado) (19 a 21 de septiembre).
- Embajada de Francia e Instituto Francés (El francés de la Unión Europea) (17 de octubre a 19 de diciembre).
- Hospital Niño Jesús y Fiscalía General del Estado (Encuentro entre Profesionales de la Judicatura y de la Medicina. Hospital del Niño Jesús) (21 a 22 de septiembre).
- Junta de Andalucía-Consejería para la Igualdad y Bienestar Social (Jornadas técnicas de Análisis del sistema de protección de menores en conexión con el sistema judicial) (5 de octubre de 2011).
- U.G.T. (La libertad sindical: Algunos temas de actualidad) (21 a 22 de septiembre).
- UNICEF, IUNDIA (La internalización de los derechos de la Infancia frente a la precarización de los derechos) (26 a 28 de septiembre).
- Universidad de Navarra (Derecho Civil Navarro).

Cendoj

Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de Panamá

En estos días visitó el Cendoj una delegación del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de

Panamá, con el interés primordial de obtener información sobre la estructura y funcionamiento de este centro. Dentro de los planes de este Tribunal se encuentra la creación y gestión de un Centro de Investigación y Documentación de información jurídica en relación a actos de selección de contratista y de contratación pública.

Convenio con la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

En el mes de junio de 2011 se ha firmado entre el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Convenio de Colaboración por el que desde el BOE se hace llegar al Consejo a través del CENDOJ, la legislación consolidada de la que dispone así como aquella que elabore una vez tratada y normalizada para su incorporación el Fondo Documental y cuya ejecución se está llevando a cabo en estas fechas.

Web 2.0

Desde agosto de 2011 se ha puesto a disposición de la ciudadanía el entorno público de la nueva Web 2.0 (www.poderjudicial.es), que supone una reestructuración completa del portal. Presenta un acceso mucho más sencillo e intuitivo,



adaptado a los diferentes perfiles, ofreciendo un buscador general y con contenido multilingüe.

En breve plazo se implantará la nueva extranet en la que se refuerza la posibilidad de participación y colaboración entre usuarios, con el objetivo de facilitar y mejorar la labor desempeñada por jueces y magistrados.

Publicaciones electrónicas

Teniendo en cuenta la política de papel cero, puesta en marcha por el Consejo General del Poder Judicial y tras la resolución del concurso de publicaciones electrónicas convocado a principios del año 2011, el CENDOJ ha iniciado los trabajos de tratamiento de las publicaciones del Consejo para la creación de un repositorio digital y la difusión de las mismas a través de dicho repositorio.

Estas publicaciones se encuentran recogidas en tres colecciones:

- Cuadernos Digitales de Formación.
- Conclusiones de Seminarios.
- Revista del Poder Judicial, la única que también mantendrá su edición en formato impreso.

Seminario Internet y Derecho

Dentro del Plan Estatal de Formación Judicial tuvo lugar el Seminario Internet y Derecho.

Un grupo de quince compañeros, compartió con nosotros las cuestiones que plantea el uso de las nuevas

tecnologías no solo en nuestro papel de Jueces-Magistrados sino como usuarios.

Elaboramos una documentación para el estudio que nos permitió redactar unas conclusiones para la resolución de los conflictos que se plantearon en los distintos ámbitos jurisdiccionales a los que pertenecían los integrantes del Seminario.

Joint Programme Support for Access to Justice in Armenia

En el mes de septiembre, durante los días 14 y 15 y dentro del programa de la Unión Europea, Joint Programme Support for Access to Justice in Armenia, visitó San Sebastián una delegación armenia interesada por el reparto de asuntos en los juzgados españoles así como en los productos que el Centro de Documentación Judicial ofrece a Jueces y Magistrados así como a la ciudadanía.

Presentación ante la ACA en Varsovia

Durante los días 29 y 30 de septiembre, se ha celebrado en Varsovia el Congreso de la ACA (Asociación de Magistrados de Tribunales Supremos y Cortes Administrativas) en el transcurso del cual, el Cendoj ha participado en dos ámbitos, por un lado, mostrando el buscador de acceso a la jurisprudencia para el público en general y a Jueces y Magistrados en un entorno privado que incluye valores añadidos; y por otro lado, mostrando la posición de España en el ECLI (Identificador Único de Jurisprudencia Europea) e ICLI (Identificador Único de Jurisprudencia Iberoamericana).

En el próximo número:

- Entrevista al Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, D. Vassilios Skouris.
- Tribuna: José Manuel Sieira Míguez, Magistrado Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.
- Reportaje: la gestión del conocimiento judicial: El CENDOJ.
- Foro de Opinión: «La investigación penal: ¿jueces o fiscales?»