



CONSEJO GENERAL  
DEL PODER JUDICIAL

# RPIJ

**REVISTA** DEL PODER JUDICIAL

NÚMERO

**94**

QUINTA  
ÉPOCA

AÑO **2012**



© 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

<b>1</b>	<b>Editorial,</b> MARGARITA URÍA ETXEBARRÍA, Vocal del CGPJ .....	<b>2</b>
<b>2</b>	<b>Tribuna,</b> <i>La tutela judicial efectiva en el ámbito castrense.</i> ÁNGEL CALDERÓN CEREZO, Magistrado Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo .....	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>Entrevista,</b> GONZALO MOLINER TAMBORERO, <i>Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo.</i> .....	<b>12</b>
<b>4</b>	<b>Reportaje,</b> <i>Actualización del régimen de control de gestión y transparencia del Consejo General del Poder Judicial</i> .....	<b>17</b>
<b>5</b>	<b>Foro de opinión: «Mediación y reducción de la litigiosidad»</b>	
	<i>Opina,</i> SILVIA BARONA VILAR, Catedrática de Derecho Procesal y Vicerrectora de la Universidad de Valencia ...	<b>23</b>
	<i>Opina,</i> ANA CARRASCOSA MIGUEL Y M.ª ÁNGELES VELASCO GARCÍA, Magistradas. Letradas del Servicio de Inspección del CGPJ ...	<b>33</b>
	<i>Opina,</i> MARÍA TERESA MARTÍN NÁJERA, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid .....	<b>35</b>
	<i>Opina,</i> ANER URIARTE CODÓN Y MARCOS BERMÚDEZ ÁVILA, Magistrados de los Juzgados 2 y 3 de lo Mercantil de Bilbao ...	<b>37</b>
	<i>Opina,</i> ÁLVARO GIL-ROBLES, ex Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y ex Defensor del Pueblo Español .....	<b>40</b>
	<i>Opina,</i> ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid .....	<b>44</b>
<b>6</b>	<b>Comentarios jurisprudenciales,</b> Coordinado por JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Magistrado. Director del Gabinete de la Presidencia del CGPJ y del Tribunal Supremo .....	<b>60</b>
	SALA 1ª. RESPONSABILIDAD CIVIL MEDIOAMBIENTAL. REPERCUSIÓN RETROSPECTIVA DE LOS GASTOS DE DESCONTAMINACIÓN A LA SOCIEDAD CONTAMINANTE TRAS SUCESIVAS TRANSMISIONES DE LOS TERRENOS, CARLOS SÁNCHEZ MARTÍN. Magistrado. Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo .....	<b>60</b>
	SALA 2ª. PREVARICACIÓN JUDICIAL POR ACTUACIÓN QUE OBVIA LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y LAS REGLAS DEL PROCESO DEBIDO (Sentencia n.º 571/2012, de 29 de junio. Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta). CARLOS PRAT WESTERLINDH. Letrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo .....	<b>64</b>
	SALA 3ª. LA RECURRIBILIDAD EN CASACIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LAS SALAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA RESOLVIENDO UNA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD PLANTEADA POR UN JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, RAMÓN CASTILLO BADAL. Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo .....	<b>69</b>
	SALA 4ª. LA TRANSFERENCIA BANCARIA COMO FORMA DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN LEGAL EN LOS DESPIDOS OBJETIVOS. A PROPÓSITO DE LA STS DE 5 DE DICIEMBRE DE 2011 (REUD 1667/2010), JUAN MANUEL SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA. Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo ...	<b>76</b>
	SALA 5ª. INDEMNIZACIÓN POR DELITO DE FALTA DE EFICACIA EN EL SERVICIO. DIGNIDAD DE LA GUARDIA CIVIL VS. GARANTÍAS PROCESALES, EDUARDO DE URBANO CASTRILLO. Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.	<b>82</b>
<b>7</b>	<b>Resumen de noticias</b> .....	<b>90</b>
<b>8</b>	<b>Bibliografía</b> .....	<b>94</b>
	BAJO LA LUPA. <i>Los Derechos fundamentales de los jueces [Alejandro Saiz Arnaiz (Dir.)],</i> por GERVASIO MARTÍN MARTÍN. Magistrado. Letrado del CGPJ .....	<b>103</b>
<b>9</b>	<b>Apéndice</b> .....	<b>106</b>



Margarita Uría Etxebarria  
Vocal del Consejo General del Poder Judicial

EN el actual período de mandato del Consejo General del Poder Judicial apostamos desde el comienzo por difundir y potenciar la mediación como forma de resolución de conflictos ya judicializados, y es que sin desdeñar la existencia de otro tipo de mediaciones previas, dado nuestro cometido vinculado a lo judicial, nos centramos en promover una forma de justicia a tiempo o una tutela judicial efectiva diferente a la mera aplicación por un juez o tribunal de las leyes rituarías.

Al tomar posesión en 2008 recibimos ya la herencia de los impulsores pioneros que, siguiendo recomendaciones europeas e internacionales, fueron poniendo en marcha planes en materia familiar y penal sobre todo, con el esfuerzo, entusiasmo y te-

són de muchas y muchos a los que justo es rendir tributo.

En el Consejo como tal existió el impulso de algún Vocal a título individual, pero no el apoyo colectivo o la aprobación en plenario de los proyectos que como planes piloto se abordaban aquí y allá. En el área de la familia fueron de enorme ayuda las leyes autonómicas que fueron aprobándose en casi todas las Comunidades Autónomas que daban soporte normativo y «confianza» a los operadores jurídicos y justiciables que aceptaban la solución mediada. En lo penal, aun no existiendo normativa procesal explícita, el Código Penal contempla la posibilidad de tener en cuenta el arrepentimiento espontáneo, la reparación del daño o la indemnización, en el juego de atenuantes de la pena, sin olvidar el uso de las conformidades de acuerdo con el Ministerio Fiscal. Puede decirse que existían experiencias de mediación familiar y penal en toda España, aunque desigualmente distribuidas, con más implantación en aquellas Comunidades Autónomas como País Vasco y Catalunya donde pronto existió un compromiso institucional de sus administraciones, titulares de competencias transferidas para dar soporte y apoyo a los proyectos. En esta última estaba ya en fase de elaboración el interesantísimo proyecto que concluyó con la aprobación del Libro Blanco para la Mediación, que es hoy un referente para cualquier iniciativa.

Una de nuestras primeras decisiones como línea para este mandato, fue aprobar el Plan de Modernización que expresamente recoge la mediación como forma de disminuir la carga de trabajo de los órganos judiciales. Siendo ésta una orientación valorable (justicia a tiempo es tutela judicial efectiva), creo que también hay que destacar el valor justicia restaurativa o justicia terapéutica, aludiendo a la posibilidad de restaurar de manera menos traumática que con una sentencia, la realidad social dañada o rota por un conflicto de cualquier naturaleza.

Durante nuestro mandato el Consejo eligió una Vocalía con titular y delegado para la promoción, difusión e implantación de proyectos que hemos realizado una labor intensa, empezando por aprobar en Pleno los protocolos penal y de familia, que ya venían utilizándose, más uno nuevo para el orden social que dio soporte a un proyecto piloto en Bilbao, que hubo de suspenderse como consecuencia de la crisis económica, al

no responsabilizarse el Gobierno Vasco del pago a los mediadores. Pero modificada la Ley de Procedimiento en el orden social, se ha puesto en marcha en Madrid un proyecto piloto con nueve juzgados de esta naturaleza, apoyados por las secretarías judiciales que funciona con notable aceptación y será objeto de evaluación puntual en el mes de diciembre.

Producida la aprobación de la Ley de Mediación en materia civil y mercantil, que primero fue un Real Decreto-Ley, han comenzado a proliferar los proyectos en estos dos órdenes, apoyándose en el carácter de entes mediadores que se da a las Cámaras de Comercio y el reconocimiento como tales de los Colegios Profesionales, aunque no exclusivamente. Pionero es el proyecto de Bilbao con sus dos Juzgados de lo mercantil, más uno de adscripción territorial involucrados. En marcha están todos los de Castilla y León, Sevilla y Cádiz, Baleares y una larga lista que piden el apoyo y respaldo del Consejo ya que existe firmado un Convenio Marco de colaboración entre el CGPJ y el Consejo Superior de Cámaras de Comercio.

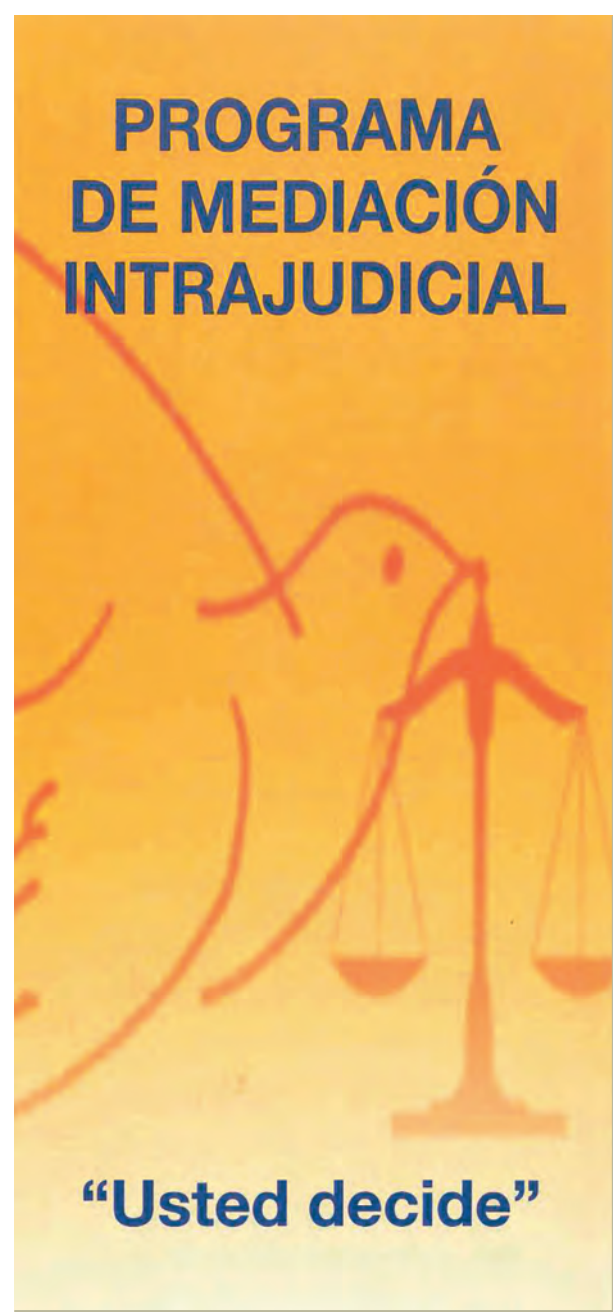
También tenemos proyectos en el orden contencioso administrativo. Tras la elaboración de un Protocolo de actuación por un grupo de expertos constituido al efecto, del que se dio cuenta al Pleno, pensamos poner en marcha algún proyecto piloto en órganos unipersonales, a la vez que confiamos en que el grupo de trabajo constituido en el Ministerio de Justicia para la reforma de la ley jurisdiccional vigente, recoja las referencias del Protocolo de actuación que han sido bien recibidas.

Otras tareas complementarias han sido promover en la Inspección el que dos de los componentes dediquen especial atención a los juzgados que hacen mediación para su evaluación y a los que quieren hacerla para ayudar en su fomento e implantación; también se ha instado a la Comisión Nacional de Estadística para que en su cómputo oficial dé entrada a los procedimientos mediados y además, en los premios de calidad en la justicia, que juzga y falla la Comisión de Modernización, en la pasada edición y en ésta se han premiado sendos proyectos de mediación.

No puedo concluir este apunte editorial sin hacer mención a GEMME, la Asociación Europea de Jueces por la Mediación tan tenaz y eficaz en su labor, con la que el Consejo colabora, existiendo el propósito de firmar un

Convenio para un apoyo estable de impulso a iniciativas y apertura de nuevas vías de solución de conflictos.

Extender la cultura de la mediación, impulsar proyectos, fomentar su práctica están en nuestro quehacer. Todavía nos queda algo de mandato. Que cuando salgamos no pueda decirse que no existe cultura de mediación en este país, ni impulso oficial, ni apuesta por planes pilotos. Nuestro agradecimiento a los distintos órganos judiciales tan enormemente involucrados y receptivos.



# la tutela judicial efectiva en el ámbito castrense

**Ángel Calderón Cerezo**

*Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo*



1. Correspondo a la invitación que se me hace para colaborar en la Revista del Poder Judicial mediante las siguientes páginas, en las que se contienen una serie de consideraciones más que nada personales en torno a la Jurisdicción Militar (JM) en sentido estricto, y a la función que cumple la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, sobre la base de la experiencia adquirida tras algunos años de ejercicio en esta Sala. Anticipo mi convicción en cuanto a que la JM es jurisdicción especial,

que forma parte de la unidad jurisdiccional con todas las exigencias y con las consecuencias que de ello se derivan; así como que el modelo creado por la Constitución de 1978 en su fundamental art. 117.5 y desarrollado, sobre todo, por la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM) debe considerarse a estas alturas consolidado orgánica y funcionalmente, y que la tutela judicial efectiva que prestan los órganos judiciales militares no desmerece de la que dispensan los órganos de la Jurisdicción Ordinaria. Por último, pienso que la reducida delimitación competencial referida a lo que se denomina «ámbito estrictamente castrense», pudiera revisarse más allá de los estrechos límites actuales en la materia Contencioso-Militar, y ello porque tras veinticinco años de la función jurisdiccional constitucionalizada, pueden considerarse superados los recelos que se han tenido presentes para mantener la drástica reducción competencial de los órganos de la JM.

2. **La historia reciente de lo que ha sido la JM** en España debe tenerse muy en cuenta para comprender su situación actual, sobre todo en lo que atañe a la mencionada restricción de atribuciones que en mi opinión obedece a las frecuentes e injustificadas extralimitaciones de su ámbito natural, con clara instrumentalización por el poder político para el logro de fines ajenos a los que estaba concebida la JM.

El Decreto de Unificación de Fueros de 1868, aprobado pocos meses después del triunfo de la Revolución de ese mismo año, que llevó al General Juan Prim Prats a la presidencia del Gobierno, declaró subsistente el fuero militar restringido, si bien que de nuevo la hipertrofia jurisdiccional se hizo presente con la denominada Ley de Jurisdicciones de 1906, y aún se incrementó du-

rante todo el tiempo que duró la Dictadura del General Primo de Rivera.

El panorama cambió sustancialmente con el advenimiento de la II República. Mediante una serie de Decretos del Gobierno Provisional (de 6 de mayo y 11 de junio de 1931), luego convertidos en Ley, se reorganizó en profundidad, la llamada Jurisdicción de Guerra en el sentido siguiente: a) La competencia quedó reducida a los delitos «esencialmente militares» por razón de la materia, b) Las funciones judiciales hasta entonces ejercidas por los Capitanes Generales se atribuyen a los Auditores; c) Se suprime el Consejo Supremo de Guerra y Marina creado por el Código de Justicia Militar de 1890; y d) Se crea la Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo (Sala 6.ª) que asumiría las competencias del desaparecido y disuelto Consejo Supremo.

La Constitución de la República estableció, en su art. 95, párrafo segundo: *«La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos Armados».*

Con el Régimen surgido tras la Guerra Civil se desmonta el sistema de la República, de manera que se restablecieron las competencias jurisdiccionales de los Capitanes Generales, y Autoridades militares equivalentes en la Armada y Ejército del Aire, que las ejercían asistidos del Auditor y mediante la formación de los correspondientes Consejos de Guerra. Se restableció asimismo el rebautizado Consejo Supremo de Justicia Militar, con lo que todavía era más ostensible la separación entre la JM y la Ordinaria cada una dotada de su propia cúspide jurisdiccional.

Durante este período tiene lugar el apogeo de la JM, por la frecuente atribución a ésta de competencias bien alejadas de sus propios cometidos, desbordados al conocer no solo de los delitos de naturaleza militar por razón de la materia, sino también en función del lugar (militar) de comisión de cualquier delito y atendida la condición militar de su autor, lo que constituía verdadero fuero personal privilegiado. La instrumentalización de la JM se reitera mediante la asignación de materias tan dispares como el Acaparamiento y ocultación de mercancías (Ley 26.10.1939); Accidentes ferroviarios (Ley 18.02.1941); Seguridad del Estado (Ley 29.03.1941); Bandidaje y terrorismo (Ley 21.09.1960); o Terrorismo (Ley 15.11.1971); siempre con las miras

puestas en procurar la celeridad del enjuiciamiento y el rigor en la sanción.

Del panorama esbozado formaba parte que el ejercicio de la potestad disciplinaria era inmune al control jurisdiccional, taxativamente excluido por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 (art. 40.d).

**3. Durante la Transición** las fuerzas políticas reaccionaron frente al anterior estado de la JM y así en los denominados Pactos de la Moncloa de 1977 coincidieron, en el punto VII dedicado a los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política, en que la JM habría de reducirse a su ámbito natural estricto, bajo los principios constitucionales y pudiendo acudir en última instancia al Tribunal Supremo de la Nación.

El texto constitucional comienza su Título VI dedicado al Poder Judicial, con el art. 117 en que se proclama, primero, la independencia judicial, luego la exclusividad jurisdiccional en su doble aspecto positivo y negativo y, finalmente, en el apartado 5 se establece: *«El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución».*

Afirmar en el año 1978 el principio de unidad jurisdiccional podía parecer una obviedad, en la medida en que el Poder Judicial del Estado emana de la soberanía nacional y por consiguiente es único. Pero una declaración en tal sentido era necesaria para liquidar la situación preconstitucional, que perduraría hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ), en que venían funcionando un mosaico de jurisdicciones extravagantes tales como la de Menores, Peligrosidad Social, el Tribunal Arbitral de Seguros, Delitos Monetarios, Tribunales de Contrabando, Tribunal de Defensa de la Competencia, etc. La unidad jurisdiccional que se proclama en la CE encuentra su fundamento, además del origen soberano del que emanan los poderes del Estado, en la unidad territorial garantizada por la supremacía decisoria del Tribunal Supremo situado en la cúspide funcional respecto de todos los órganos jurisdiccionales (art. 123 CE.), y en que los miembros de los órganos jurisdiccionales estarían regidos por los principios de independencia, inamovilidad, imparcialidad

y responsabilidad, y en su actuación se observarían las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE. Por consiguiente, en lo sucesivo las únicas excepciones al principio de unidad jurisdiccional, constitucionalmente proclamado e identificado como Poder Judicial, estarían representadas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, y los consuetudinarios Tribunales de las Aguas de Valencia y el Consejo de Hombres Buenos de Murcia.

En el fundamental art. 117.5 CE. lo primero que hace el Constituyente es un reconocimiento de la subsistencia de la JM, formando parte de la unidad jurisdiccional como jurisdicción especial única dentro del sistema, a la que se confía impartir la tutela judicial efectiva que promete el art. 24.1 CE. decidiendo las pretensiones sobre derechos e intereses legítimos que se susciten en el ámbito competencial que como tal jurisdicción especial enseguida se le asigna. Una declaración de esta clase resultaba imprescindible porque de otro modo la JM preconstitucional, de las características antes aludidas, sería incompatible con el Poder Judicial en el que necesariamente habría de integrarse.

A la anterior declaración siguen dos mandatos que condicionan radicalmente el reconocimiento de la JM de nuevo cuño; el primero limitando el ejercicio de su actuación a lo que se denomina «ámbito estrictamente castrense», y el segundo exigiendo que su ejercicio se produzca «de acuerdo con los principios de la Constitución»; con cuyas prescripciones queda configurada constitucionalmente la JM. El Tribunal Constitucional ha respaldado reiteradamente la justificación de la existencia de dicha JM como jurisdicción especial dentro de la unidad jurisdiccional (SSTC. 60/1991, de 14 de marzo; 204/1994, de 11 de julio; 113/1995, de 6 de julio; 179/2004, de 21 de octubre, y últimamente 177/2011, de 8 de noviembre). Únicamente se defiende lo contrario, es decir, como excepción a dicha unidad, en el Auto 121/1984, de 29 de febrero, cuando todavía no existían las leyes de desarrollo de las previsiones del art. 117.5 CE., en particular la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio.

El mismo Tribunal ha resaltado lo peculiar de la tutela judicial que está llamada a impartir la JM, por las características de los bienes jurídicos a preservar propios de la organización castrense, referidos a valores tales como la jerarquización, la unidad y, sobre todo, la dis-

ciplina como elemento esencial de cohesión dentro de las Fuerzas Armadas, que han de protegerse para que éstas cumplan las misiones que la CE. les asigna, con referencia a lo dispuesto en su art. 8 (SSTC. 180/1985, de 19 de diciembre; 97/1985, de 29 de julio; 107/1986, de 24 de julio; 60/1991; de 14 de marzo, y 115/2001, de 10 de mayo).

4. No existe una definición legal de **lo que deba entenderse por «ámbito estrictamente castrense»**. En efecto es un concepto relativamente indeterminado, a veces casi intuitivo, en cuya delimitación confluyen aportaciones procedentes del Tribunal Constitucional, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y de la Sala de Conflictos de Jurisdicción, casi siempre referidas al orden penal que es la materia en que se ha desarrollado la JM. Durante la II República, tanto los Decretos antes citados como la propia Constitución de 1931 hacían una acotación de la clase de delitos cuyo enjuiciamiento se reservaba a la Jurisdicción de Guerra, en los términos ya vistos.

El Constituyente de 1978 partió de la idea de reducir drásticamente el marco competencial penal, suprimiendo no solo el fuero basado en la condición militar del autor de cualquier delito sino también por razón del lugar de comisión de los hechos, quedando únicamente la competencia por razón de la materia, esto es, para enjuiciar los delitos de naturaleza militar. La LOPJ establece por su parte que *«la competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense, respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio...»* (art. 3.2). En su art. 9, dedicado a los distintos órdenes jurisdiccionales, se menciona a la JM en el orden civil en que le corresponderá *«la prevención de los juicios de testamentaria y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieron en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la autoridad judicial competente»*. (art. 9.2 pfo. segundo).

Hay que esperar a otra ley también constitucionalmente necesaria, la LOCOJM, para que se abra a la JM la competencia en el orden contencioso disciplinario. Según su art. 4.º *«la jurisdicción militar se extiende a*



*materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes.*». Su art. 12 concreta la competencia penal en los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, extensible a los delitos conexos (art. 14). Y el art. 17 se refiere a la tutela judicial en los casos en que se recurra contra sanciones impuestas en aplicación del Régimen Disciplinario de los miembros de las Fuerzas Armadas (y del Instituto Armado de la Guardia Civil). Asimismo corresponde la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra las sanciones impuestas en la vía disciplinaria judicial militar, tanto por la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, como por la Comisión Disciplinaria o el Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

En la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LPM), se contiene la regulación procedimental de ambas materias y la anecdótica en el orden civil (arts. 519 y ss.). Interesa resaltar que así como la Ley de Enjuiciamiento Criminal es supletoria de la LPM en la materia penal, no sucede lo mismo en lo Contencioso con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en que la supletoriedad corresponde a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Solo por remisión expresa a dicha Ley Jurisdiccional resulta aplicable lo en ella dispuesto en cuanto al recurso de casación (arts. 86 a 95 Ley 29/1998, de 13 de julio) de que conoce la Sala 5.<sup>a</sup>, de lo Militar, del Tribunal Supremo.

La citada LPM acota y restringe el alcance del Recurso Contencioso-Disciplinario Militar, de manera que la JM conocerá solo de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos sancionadores recurribles de las Autoridades y Mandos Militares dictados en aplicación del Régimen Disciplinario específico para las Fuerzas Armadas y Guardia Civil (art. 448). En consecuencia, el conocimiento de estos recursos constituye una excepción dentro del amplio espacio competencial que se asigna al orden Contencioso-Administrativo (art. 3.<sup>o</sup> b. Ley 29/1998). Todas las demás pretensiones que se susciten en la materia corresponde el conocimiento a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aunque guarden estrecha relación con el ámbito castrense (vgr. la materia de personal militar, ascensos, antigüedad en el escalafonamiento y destinos). Tampoco corresponde a la Sala 5.<sup>a</sup> el control jurisdiccional de la infralegalidad, aunque las disposiciones generales en

cuestión se relacionen con el ámbito castrense, incluso si su contenido es disciplinario. La previsión contenida en el art. 27.3 de la dicha Ley 29/1998, según la cual «el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma», no es extensible a la Sala de lo Militar al no estar prevista esta competencia en la LOCOJM ni tener carácter supletorio de la LPM dicha Ley Jurisdiccional.

Quizás ha sido la STC. 60/1991, de 14 de marzo, seguida por la STC. 113/1995, de 6 de julio, la que más certeramente ha centrado lo que deba entenderse por lo estrictamente castrense en el orden penal.

*«Como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y a los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 CE.); con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado "uti miles", por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.»*

En consecuencia, el Alto Tribunal maneja tres criterios delimitadores del entorno castrense acotado por la CE para la actuación de la JM en el orden penal; el primero de carácter objetivo, de carácter funcional o instrumental, el segundo, y subjetivo el tercero que, por lo demás, resulta ser el menos valioso porque no todos los delitos previstos en el CPM son tipos penales especiales pudiendo ser cometidos algunos de ellos por personas no militares. Los tres criterios que brinda la doctrina constitucional pueden reducirse a uno solo, según el cual el ámbito de lo penal esencialmente castrense se concreta en la protección de los bienes jurídicos que deben preservarse para que los Ejércitos cumplan las misiones que la CE. les asigna, y que según el art. 8 de la Norma Fundamental consisten en «*garantizar la*

*soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».*

A modo de resumen de lo dicho en este apartado pueden establecerse las siguientes conclusiones:

Primera: El ámbito estrictamente castrense que delimita la competencia de la JM es concepto relativamente indeterminado, cuya concreción se refiere al desarrollo constitucional.

Segunda: Dicho ámbito competencial está actualmente representado por el derecho militar sancionador, penal y disciplinario.

Tercera: La concreción de lo estrictamente castrense debe jugar con mayor intensidad en el orden penal, en que se sitúan los riesgos de extralimitación funcional que históricamente dieron lugar al fuero militar privilegiado.

Cuarta: Dicho ámbito de competencia se refiere siempre a la materia castrense, si bien no todo lo castrense se atribuye a la JM, sino únicamente lo que se considera que forma parte del núcleo sustancial e imprescindible de los bienes protegibles en relación con las misiones que la CE. encomienda a los Ejércitos.

Quinta: En el orden contencioso se incluye la tutela jurisdiccional frente a actos dictados en el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de Autoridades y Mandos Militares, quedando excluido el control del resto de la actuación de la Administración Militar y de la potestad reglamentaria cualquiera que sea su contenido castrense, incluso de carácter disciplinario.

**5. El segundo mandato que se contiene en el art. 117.5 CE** consiste en que el ejercicio de la JM, que la CE, reconoce como formando parte de la unidad jurisdiccional, debe producirse *«de acuerdo con los principios de la Constitución»*. Solo acomodándose esta jurisdicción especial a las garantías constitucionales de independencia, inamovilidad, imparcialidad y responsabilidad que se predicán de Jueces y Magistrados del Poder Judicial, y asimismo a las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24 CE, están los Juzgados y Tribunales militares en condiciones de otorgar la tutela judicial efectiva sin indefensión en la esfera competencial que se delimita como específica,

en los términos a que me acabo de referir y en cuanto que Jueces ordinarios legalmente predeterminados que cumplen los requisitos del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, esto es, satisfacen el derecho que toda persona tiene a que su causa sea oída «por un Tribunal independiente e imparcial».

Los detractores de la JM, y quienes opinan que se trata de una excepción al principio de la unidad jurisdiccional, consideran que aquellas garantías sobre todo de independencia e inamovilidad no se cumplen enteramente en el caso de los miembros de los órganos judiciales militares, en quienes prima la condición de funcionarios públicos, integrantes del Cuerpo Jurídico Militar, cuyo estatuto lo gestiona el Ejecutivo a través del Ministerio de Defensa, que decide sobre sus nombramientos, ascensos y régimen jurídico, manteniendo una mínima vinculación con el Órgano Constitucional de Gobierno de Jueces y Magistrados miembros de la Carrera Judicial.

No participo de esa opinión y, bien al contrario, creo que el art. 117.5 CE impone al legislador una transformación radical de la JM en cuanto a su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa (SSTC 60/1991 y 113/1995). La JM más allá de todas sus peculiaridades reiteradamente reconocidas por el Tribunal Constitucional, ha de ser antes de nada «jurisdicción», es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva. Y esa misma idea se corrobora pero en sentido negativo en el art. 117.6, al declarar que se prohíben los Tribunales de excepción, lo que excluye la existencia de órganos judiciales que excepcionen el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (STC 113/1995).

Los Juzgados y Tribunales militares adaptados a los principios constitucionales como prescribe el art. 117.5, son reconocibles claramente como los órganos jurisdiccionales a los que se encomienda el otorgamiento de la tutela judicial sin indefensión que promete el art. 24.1 CE., y ello es así desde la posición que ocupan de Juez ordinario legalmente predeterminado dentro del espacio competencial que les corresponde. El Tribunal Constitucional lo ha dicho reiteradamente, con carácter general y en particular en supuestos que han

sido cuestionados tales como «Habeas corpus» (SSTC 194/1989, de 16 de noviembre, y 106/1992, de 1 de julio, entre otras), o en relación con la tutela de los derechos y libertades fundamentales señaladas en el art. 53.2 CE. (STC 113/1995).

Los órganos judiciales militares cumplen los principios de exclusividad, independencia, inamovilidad, imparcialidad y responsabilidad (*vid.* arts. 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9, 118 y 119 LOCOJM); en los procesos de la jurisdicción castrense se observan escrupulosamente las garantías constitucionalizadas en el art. 24 de la Norma Fundamental, de manera que puede afirmarse sin duda que otorgan aquella tutela efectiva como Jueces ordinarios predeterminados. Así lo confirma el Tribunal Constitucional en su Sentencia 204/1994, de 11 de julio, y más recientemente en la 179/2004, de 21 de octubre, en las que se declara la inconstitucionalidad de los arts. 108.2 LOCOJM y 127.1 LPM, por vulnerar los arts. 14 (principio de igualdad) y 24.1 CE (acceso a la jurisdicción), en cuanto que aquellas normas prohibían el ejercicio ante la JM de la acción penal como acusador particular, así como la acción civil derivada del delito o falta, cuando el perjudicado y el acusado fuesen militares y existiera entre ellos relación jerárquica de subordinación.

No es óbice a la real y efectiva independencia de los miembros de los órganos judiciales militares, el que éstos formen parte a su vez de un Cuerpo militar disciplinado y jerarquizado, en primer lugar porque en el ejercicio de la función jurisdiccional se encuentran por completo desvinculados del mando, y en segundo término porque la garantía de independencia no es inherente al hecho de formar parte del Cuerpo judicial único a que se refiere el art. 122.1 CE, sino que se deriva del estatuto garantista que regule el desempeño de la función. En otras ocasiones, como sucede con el Tribunal Constitucional o con el Tribunal de Cuentas, son llamados al ejercicio de funciones jurisdiccionales quienes no son Jueces y Magistrados, y sin embargo también actúan con independencia (STC 204/1994).

Ni se extraen consecuencias contrarias a dicho principio esencial porque en algunos procesos los Tribunales de la jurisdicción especial se integren con Vocales militares, en todo caso en minoría respecto de los Jurídicos. No se afecta la independencia judicial porque aquellos no son designados por los mandos militares (*vid.* STEDH 24.10.2006 «caso Martin contra el Reino

Unido»), sino mediante insaculación practicada por el propio Tribunal de entre una lista de Oficiales y Oficiales Generales o asimilados, elaborada al efecto con carácter anual, concluyendo en el caso su esporádica actuación jurisdiccional. La composición mixta de los Tribunales militares forma parte del margen de libertad de que goza el legislador al regular su organización. Como se dice en la Sentencia 20.10.2009 de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, *«la presencia de los Vocales no jurídicos solo sería cuestionable desde la perspectiva de las garantías de independencia e imparcialidad, y demás del art. 24 CE., en la medida en que la vinculación profesional de estos Vocales pudiese afectar a la independencia e imparcialidad consustanciales a la función jurisdiccional»*.

Lógicamente la imparcialidad, objetiva y subjetiva, que forma parte del derecho al proceso con todas las garantías también es exigible a los miembros de los Tribunales militares, como ha tenido ocasión de recordar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencias de 28.10.1998 «caso Castillo Algar contra España» y 25.07.2002 «caso Perote Pellón contra España»; ambas condenatorias del Estado español. Para salvar las situaciones que dieron lugar en ambos casos a la quiebra de la debida imparcialidad, se publicó la LO 9/2003, de 15 de julio, que modificó la LOCOJM, reformando la estructura orgánica de los Tribunales para evitar que alguno de los miembros que debieran integrar la Sala de enjuiciamiento del fondo se hubiera «contaminado» previamente con la intervención en cualquier actuación procesal previa, decidiendo recursos sobre resoluciones interlocutorias o de carácter cautelar.

Las anteriores afirmaciones se refuerzan con la vinculación de los Tribunales militares y de sus miembros al Consejo General del Poder Judicial en tres aspectos sustanciales: a) Régimen disciplinario compartido con la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, a la que corresponde la imposición de las sanciones de menor entidad (art. 138 LOCOJM); b) Inspección (art. 125), y c) Solicitud de amparo por parte de los miembros de los órganos judiciales militares que se consideren perturbados en su independencia (art. 9).

Me propongo concluir este apartado, insistiendo en la idea esencial según la cual la JM que la CE legitima, es la que se acomoda a los principios constitucionales referidos sobre todo a la independencia judicial y a la

observancia de las garantías sustanciales del proceso debido, cumplido lo cual los órganos judiciales militares son juez ordinario predeterminado a los que corresponde otorgar la tutela judicial efectiva que promete el art. 24.1 CE.

Tras la publicación en 1987 de la LOCOJM, se ha progresado en el modelo jurisdiccional en lo que a la tutela judicial se refiere, depurándolo de los elementos residuales que en su momento se consideraron particularidades sostenibles de la organización castrense, cuyo resultado ha sido el claro mejoramiento de la tutela judicial en su núcleo esencial de acceso a la jurisdicción. Me refiero básicamente a lo siguiente:

- a) Admisión de recurso jurisdiccional contra sanciones por faltas disciplinarias de carácter leve, excluidas en la LO. 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
- b) Supresión de la legitimación especial de los Mandos Militares Superiores para interponer recurso de casación en defensa de la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar (art. 111 LOCOJM derogado por LO 9/2003, de 15 de julio).
- c) Procedencia de ejercer la acusación particular y la acción civil ante los Tribunales militares, cuando el perjudicado y el inculpado fueran militares y entre ellos existiera relación jerárquica de subordinación (STC 179/2004, de 21 de octubre).
- d) Apertura del Recurso Contencioso-Disciplinario Ordinario, fundado en infracciones de legalidad corriente, a las impugnaciones deducidas contra sanciones por faltas leves (STC 177/2011, de 8 de noviembre).
- e) Nulidad del art. 468.c) LPM que excluía del control jurisdiccional la resolución de separación del servicio, como consecuencia de condena por delito de Rebelión a pena privativa de libertad superior a seis años o inhabilitación absoluta (STC 31/2000, de 3 de febrero).

6. Tras la vigencia de la Constitución de 1978 la continuidad del Consejo Supremo de Justicia Militar, creado en 1939, resultaba contrario a lo dispuesto en el art. 123 de la Norma Fundamental por cuanto quedaba de manifiesto la real existencia de dos Tribunales Supremos, uno en el ámbito de la Jurisdicción Ordinaria y otro en la Militar. La LO 9/1980, de 6 de diciembre, reformador del Código de Justicia Militar de 1945, dispuso que

determinadas Sentencias dictadas en la instancia por el dicho Consejo Militar serían recurribles en Casación ante la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, pero aquel siguió funcionando hasta **la constitución y entrada en funciones de la Sala de lo Militar (Sala 5.<sup>a</sup>) del Tribunal Supremo** lo que se produjo en mayo de 1988, aunque su creación se deba a la LOCOJM de 1987 (art. 22). Mediante esta Ley se modificó la LOPJ (art. 55) incorporando la nueva Sala a las otras cuatro entonces existentes; la cual *«se regirá por su legislación específica (la LOCOJM) y supletoriamente por la presente Ley y por el ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo»*.

El precedente remoto puede encontrarse en la Sala de Justicia Militar (Sala 6.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo), creada por D 11.05.1931 antes aludido, si bien entonces la Sala no era solamente órgano de casación al haber asumido todas las competencias que hasta entonces vino desempeñando el Consejo Supremo de Guerra y Marina creado por el Código de Justicia Militar de 1890. El antecedente más reciente tal vez haya que buscarlo en la ley italiana 180/1981, de 7 de mayo, que tanta influencia ejerció sobre los redactores de la LOCOJM.

Se trata de un órgano de la Jurisdicción Ordinaria situado en el vértice jurisdiccional al que incumbe, sobre todo, verificar la aplicación que del derecho militar sancionador, que en la actualidad representa el «ámbito estrictamente castrense», realizan en la instancia tanto los Tribunales Militares Territoriales como el Tribunal Militar Central, este último situado a la cabeza de la JM en sentido estricto. Y este control jurisdiccional se lleva a cabo normalmente a través del Recurso de Casación, mediante el que se crea la jurisprudencia, es decir, la interpretación uniforme del ordenamiento jurídico, con lo que se garantizan los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica. A través del Recurso de Casación y de la doctrina surgida con la resolución de cada caso, la Sala determina la unidad de actuación jurídica de la JM en su conjunto.

La Sala 5.<sup>a</sup> no es un Tribunal Militar pero en cambio forma parte de la organización jurisdiccional castrense que en ella culmina, agotando las posibilidades revisorias de los procesos seguidos ante aquellos Tribunales. Representa en el Alto Tribunal el orden jurisdiccional militar, junto a los otros cuatro ya existentes, orden militar que no se predica en la instancia porque la JM es especial y no especializada. En mi opinión, la Sala en que confluye la JM

no incorpora ningún elemento legitimador ni determina la unidad jurisdiccional en el vértice que representa el Alto Tribunal. La JM desde su primer escalón organizativo forma parte de la unidad jurisdiccional, aunque de carácter especial, si bien que en el Alto Tribunal la función es solo especializada por razón de la materia.

La procedencia de la mitad de sus miembros, que en todo caso son Magistrados del Tribunal Supremo, no es argumento de peso a favor de la prolongación de la especialidad en la propia Sala, ni tampoco para bloquear sus reducidas competencias constreñidas al escueto «ámbito estrictamente castrense» que con mayor razón resulta vinculante para los órganos de la JM en sentido estricto, pero no tanto para una Sala inserta en la Jurisdicción Ordinaria. Esta adscripción incuestionable quedó de manifiesto desde la misma fecha de la puesta en funcionamiento de la Sala (año 1988), en que la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Alto Tribunal en sucesivas resoluciones dejó claro que las cuestiones competenciales que llegaran a suscitarse entre la Sala 5.<sup>a</sup> y cualquiera otra de las Salas del Tribunal no deben tratarse como tales conflictos de Jurisdicción sino de competencia, a ventilar ante la Sala Especial prevista en el art. 42 LOPJ.

## **Las peculiaridades del modelo jurisdiccional constitucionalizado que culmina en la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, hace posible un nivel destacado en la calidad de la tutela judicial que se otorga en esta esfera competencial**

Las peculiaridades del modelo jurisdiccional constitucionalizado que culmina en la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, hace posible un nivel destacado en la calidad de la tutela judicial que se otorga en esta esfera competencial. Así, en el orden penal todas las causas sentenciadas o sobreseídas, cualquiera que sea el delito de que se trate o la pena que esté prevista, tienen acceso a la Casación, y otro tanto ocurre en el orden Contencioso-Disciplinario, en que cualquiera que sea la sanción

impuesta tras el agotamiento de la vía administrativa, cabe acudir a la instancia judicial y el acceso a la Casación. Y en ambos casos la Justicia se administra gratuitamente, porque no está previsto la constitución de depósitos y el Estado ha renunciado a percibir cualquier tasa o derecho económico, por la prestación de lo que se denomina servicio público judicial. Los tiempos en que se produce la respuesta judicial son mínimos en la instancia, y en lo que se refiere a la Sala 5.<sup>a</sup> la tramitación y decisión dura habitualmente el tiempo previsto para el cumplimiento de los plazos procesales.

Es cierto que la carga competencial que la Sala soporta es solo discreta. Así viene ocurriendo desde el comienzo de sus actividades, por lo que es claro que en su creación no primaron consideraciones cuantitativas sino cualitativas, radicadas en el mejor acomodo a los principios constitucionales de una jurisdicción de nuevo cuño, en que la observancia de las peculiaridades castrenses pudiera lograrse también en el Alto Tribunal mediante las aportaciones de cuatro Magistrados extraídos del Cuerpo Jurídico Militar, y la prescripción de la paridad en el funcionamiento ordinario de la Sala (art. 29 LOCOJM).

En mi modesta opinión sería conveniente potenciar el rendimiento de una Sala reconocidamente infrautilizada, lo que requeriría ampliar sus competencias siempre dentro del ámbito castrense. No me estoy refiriendo al orden penal más sensible al riesgo de extralimitación de lo que se considera estrictamente castrense, sino a lo que concierne al control jurisdiccional de la actuación de la Administración Militar. No se trata de ninguna novedad. En el «Libro Blanco de la Justicia» (año 2001) elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, ya figuraba la propuesta (apartado 63) de residenciar en la Sala 5.<sup>a</sup> el conocimiento de los actos y disposiciones del Consejo de Ministros en materia de personal militar, así como de los Recursos de Casación, Queja y Revisión suscitados en la materia.

Asimismo en la Memoria del Tribunal Supremo aprobada por su Sala de Gobierno, desde el año 2006, se viene incluyendo esta sugerencia ente las propuestas de la Sala 5.<sup>a</sup> para mejorar su funcionamiento, en este caso referido dicho incremento competencial genéricamente al ámbito de la Administración Militar de que conoce el Tribunal Supremo en única instancia o a través del Recurso de Casación o de otros extraordinarios.

# entrevista con gonzalo moliner, presidente del tribunal supremo y del CGPJ

Por Agustín Zurita Pinilla

## «El poder judicial es la última garantía para los derechos de los ciudadanos»

*Gonzalo Moliner Tamborero, castellanense, mediterráneo de nacimiento, vivencias y estilo, fue nombrado el pasado mes de julio Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, tras unas semanas convulsas en este último órgano, que acapararon buena parte de la atención mediática de nuestro país.*

*Se asoma a estas páginas con su aire tranquilo y sereno, no exento de firmeza y determinación. Juez desde hace 43 años por vocación y convicción, emplea hoy su poco tiempo libre leyendo y dedicándose a la horticultura o a la bicicleta, buscando relajarse y recobrar fuerzas para ejercer una responsabilidad que le ha llegado en medio de una gran crisis económica y social, que no respeta a ningún colectivo.*

*Sonriente, cercano, el nuevo Presidente del Tribunal Supremo es buen conversador y de sus palabras, llanas, y de sus gestos, siempre amables, uno se queda con la esperanza que transmite en sus mensajes: es posible superar esta crisis y la Justicia ha de ser protagonista en la recuperación.*

**Presidente, ¿qué impulsa a un magistrado del Tribunal Supremo, con más de cuarenta años de ejercicio profesional, a abandonar la Presidencia de la Sala de lo Social del Alto Tribunal, para**

**pasar a ocupar la Presidencia del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial en unos momentos, digámoslo suavemente, un tanto complejos?**

*Creo que existen varios factores que determinan la aceptación del cargo: por un lado, sin duda, un ejercicio de responsabilidad por parte de quien lleva en efecto tantos años en la carrera judicial: no es momento de apartarse de los problemas sino de afrontarlos. Y también, como ya he comentado en alguna ocasión, porque, contemplando desde el Tribunal Supremo lo que sucedía en el Consejo hace unos meses, pensé que no podía declinar la posibilidad de contribuir a recuperar la credibilidad de la institución que, en definitiva, es intentar recobrar la confianza de los ciudadanos hacia la Justicia y hacia el conjunto de hombres y mujeres que conformamos el Poder Judicial.*

**¿Considera, Presidente, que la sociedad, esos ciudadanos que menciona usted, valora adecuadamente la labor de los jueces españoles?**

*Yo creo que, en líneas generales, y si nos alejamos de episodios puntuales, los ciudadanos sí que valoran la labor del Poder Judicial, y siguen confiando a los tribunales la solución de sus conflictos. Es posible, no obs-*



tante, que lo que más predomine sea un cierto desconocimiento del trabajo de los jueces, sobre todo, de la labor de quienes diariamente tutelan derechos y libertades desde órganos judiciales pequeños, desde la primera instancia judicial.

Y sería justo que comenzásemos todos a destacar esa labor, tan importante como la que más en la Administración de Justicia, y realizada la más de las veces no en las mejores condiciones, sino en las peores. Quiero resaltar ese esfuerzo que hacen cotidianamente estos jueces por prestar un servicio público de calidad en cualquier rincón de nuestro país.

**Sucede también, señor Moliner, que los ciudadanos todavía confunden al Consejo con el Poder Judicial en sentido estricto...**

*Sí, sí, en efecto se produce esa confusión de que habla. Y en ese sentido, las circunstancias tan anómalas que rodearon la vida del Consejo los meses previos al verano, tuvieron un coste importante de pérdida de prestigio y credibilidad no sólo para el propio Consejo, sino también para el Poder Judicial en su conjunto, y me atrevería a decir que para toda la Administración de Justicia española.*

*Creo que hemos de insistir, desde todas las plataformas posibles, en hacer visible esa diferenciación. El Poder Judicial, con el Tribunal Supremo a la cabeza, ejerce de manera exclusiva la jurisdicción y es el garante máximo de los derechos y libertades de los ciu-*

*dadanos. Cada juez es Poder Judicial en sentido estricto y constitucional. El Consejo General del Poder Judicial, institución esencial en el Estado de Derecho pues garantiza la independencia del denominado tercer poder del mismo, es el órgano de gobierno, político en el sentido más preciso del término, del Poder Judicial.*

**¿Es posible, Presidente, recuperar la credibilidad y la confianza de la sociedad?**

*Es posible, es deseable, y a ello vamos a dedicar desde el Consejo, no sólo desde la Presidencia, todo el esfuerzo. He de subrayar, como indiqué en el discurso de apertura de los tribunales ante Su Majestad el Rey, la importancia de la confianza que todos los ciudadanos de este país deben tener en nuestro actual sistema constitucional en general y en el poder judicial y en el Tribunal Supremo como máximo representante de aquél, en particular.*

*Reitero hoy mis palabras de aquel discurso en el sentido de que en un momento en el que las dificultades económicas por las que atravesamos nos llevan a desconfiar de muchas de nuestras instituciones, el Poder Judicial debe seguir siendo considerado como la última garantía para los derechos de los ciudadanos.*

*Insisto, pues, en que haremos todos los esfuerzos necesarios para que el poder judicial en su conjunto sea acreedor a esta confianza y coopere con ello en el esfuerzo que la mayor parte de la sociedad está haciendo para salir de esta situación.*

**Dado que menciona, Presidente, las dificultades económicas que atraviesa el país, me gustaría preguntarle sobre ese clima de malestar en el colectivo judicial en relación con lo que algunos han considerado un exceso de recortes...**

*Al respecto me gustaría señalar que en el fondo quiero entender que el origen de ese malestar tiene que ver con la sobrecarga de trabajo, con la justicia interina, con la provisión de medios materiales y personales, con la necesidad de mejorar las condiciones laborales existentes en la Administración de Justicia...*

**Pero no me negará, señor Moliner, que aquello que más trasciende a la opinión pública es una cuestión**

**referida a los recortes presupuestarios, y a la supresión de permisos, derivados ambos de la implantación de políticas de austeridad y contención...**

*Y yo entiendo que eso suceda, por las circunstancias que atravesamos. Pero es justo que coloquemos todo en su dimensión correcta.*

*En los momentos actuales de grave crisis, en los que por desgracia las palabras que más utilizamos son, como señala usted, las de la austeridad y los recortes, sí me gustaría que los ciudadanos comprendieran nítidamente el origen de ese malestar que usted menciona. En el caso de los jueces y magistrados de este país, se está produciendo además un fenómeno de doble dimensión: a la disminución de las retribuciones –circunstancia que afecta a todos los empleados públicos– se une el aumento generalizado de su trabajo, motivado precisamente por la crisis.*

*Mire usted, el Poder Judicial asume los mismos sacrificios que el resto de la ciudadanía, e incluso reclama su parte de compromiso en el esfuerzo que todos debemos hacer para que el país supere la grave situación económica.*

*Ahora bien, la judicatura no puede ser tratada como un colectivo funcional cualquiera, porque no lo es, representa un Poder del Estado y es el estamento encargado de la defensa de los derechos de los ciudadanos y de regular la convivencia ciudadana.*

**Pero éste es un mensaje que al parecer no ha calado en toda la carrera judicial. En alguna Junta de Jueces del pasado mes de septiembre se llegó incluso, Presidente, a solicitar su dimisión...**

*Lo primero es, por supuesto, respetar todas las opiniones. Llevo 43 años en la carrera judicial, he defendido como el que más el derecho a la libre expresión, y lo he hecho en otros tiempos más complicados que los actuales, y faltaría más que ahora no lo admitiera de cualquiera de mis compañeros. Respeto, por tanto, absoluto a esas críticas y a esas posiciones.*

*También tengo que señalar que he actuado, en el poco tiempo que llevo al frente del Consejo, y en todo momento, guiado por un firme propósito de defender aquellas demandas de la carrera judicial que son*

*razonables, no con un ánimo corporativista sino porque si son atendidas, como espero, creo que se producirá una mejora del servicio público que el Poder Judicial da a la ciudadanía. Y ése es un bien, que no podemos despreciar desde una institución esencial en el Estado de Derecho.*

*Tenga la seguridad que he pretendido actuar desde la convicción de esos planteamientos y, por supuesto, desde la máxima transparencia. Me reúno y me he reunido con representantes de los diversos estamentos de la carrera judicial, con jueces asociados y no asociados, y nunca he ocultado que también lo hago, porque es mi deber, con los más altos representantes del Ejecutivo y de los grupos parlamentarios y he informado a la carrera judicial de esos encuentros y de los avances producidos, como fue por ejemplo el compromiso del Presidente y de la Vicepresidenta del Gobierno, así como del Ministro de Justicia, de convocar oposiciones el próximo año.*

*En todos los encuentros he descrito a mis interlocutores una situación, que yo percibo como real. Y quiero aprovechar esta entrevista para decirles a todos mis compañeros de la carrera judicial que no se desanimen, a la vez que les pido un margen de confianza para que este Presidente y este Consejo puedan demostrar su disposición a resolver todos aquellos asuntos que están en la base del malestar que exhiben los jueces españoles desde algún tiempo; y por otra parte, también debo pedir a los ciudadanos que tengan confianza porque el Poder Judicial, desde su total independencia, va a seguir trabajando, como hasta ahora, para evitar el colapso judicial al que juzgados y tribunales parecían obligados por el espectacular aumento de la carga de trabajo provocado por la crisis económica y, por supuesto, para darles una respuesta adecuada en el marco constitucional, es decir para, en definitiva, asegurar un servicio público cada día más eficaz y cercano.*

**Pero usted sabe, señor Moliner, que se han despertado muchos recelos en la carrera judicial por el alcance de unas reformas orgánicas que, entre otros supuestos, podrían reducir las competencias y funciones del propio Consejo General del Poder Judicial...**

*Mire usted, poco se conoce aún de esas anunciadas reformas en cuanto al futuro del Consejo. Hemos leído*



*do y hemos escuchado informaciones que apuntan en diversas direcciones. Son reformas que probablemente va a proponer el Gobierno, asumiendo las propuestas que le ha hecho, o le hará, una comisión de expertos... Bien, no hay nada aún concreto que, además, como sabe, tendrá que ser informado por el Consejo, y será en ese momento, y a la vista del texto que se nos presente cuando yo, como el resto de miembros del Consejo, emita mi parecer y cuando el Consejo haga pública su opinión al respecto.*

*Tras más de 30 años de vigencia del actual modelo de Consejo del Poder Judicial, es posible debatir sobre una revisión de su formato, composición y funcionamiento. Pero ese proceso nunca puede ser cauce para una rebaja institucional del órgano de gobierno del tercer poder del Estado, y el Consejo velará por que no ocurra.*

*Sinceramente, no creo que se pretenda reducir al Consejo a un órgano meramente testimonial, porque estaría en peligro, entonces, la defensa de la independencia judicial y no he visto en estos meses ninguna actitud que me induzca a sospechar algo similar.*

*Creo que estamos en condiciones de colaborar todos en las reformas imprescindibles para asegurar el buen funcionamiento de la Justicia y de su órgano de gobierno, desde la lealtad y respeto institucionales, y en ese esfuerzo apuestan decididamente los jueces y, como no podía ser de otra manera, el Consejo que presido.*

**Reformas, Presidente, que por otra parte deberían tener el mayor consenso posible en vía parlamentaria para asegurar más perdurabilidad en el tiempo.**

*Sí, en efecto, así debe ser. Cuando me refería anteriormente a que todos debemos colaborar en las reformas, bajo ningún concepto pensaba dejar fuera de juego a las fuerzas políticas.*

*Volviendo a mi intervención en la apertura de tribunales, creo honradamente lo que allí expresé, es decir que tanto el Gobierno actual, y el partido político que lo sustenta, como el resto de las formaciones parlamentarias van también a aplicar sus esfuerzos para llegar a un necesario consenso de acuerdo con criterios de política de Estado en defensa del interés general. Confío en ello.*

**Por adentrarnos en otras cuestiones, Presidente, me gustaría que comentara el plan de austeridad y transparencia que lleva a cabo este Consejo y su reflejo en el proyecto de presupuesto para el próximo año, que es el que define las líneas directrices de actuación.**

*El plan de transparencia está en marcha, en efecto, desde hace unos meses y se viene aplicando de manera cotidiana en el seno del Consejo, extremando –como se anunció– el control y la fiscalización de todos los gastos. Me parece que el Consejo, en materia presupuestaria, ha realizado un gran esfuerzo de reducción del gasto público que tal vez no haya tenido un gran eco mediático, pero que conviene que se sepa que supone una disminución del presupuesto en un 12 por ciento; una cifra que, estoy seguro, será mayor en la realidad contable final del año 2013.*

*Hay capítulos básicos del presupuesto que marcan, como decía, la línea a seguir. Hablo de Modernización, Formación, Inspección, Relaciones Internacionales, que conforman las líneas generales de este Consejo, que con un plus de esfuerzo de quienes trabajan en ellas, van a continuar siendo los ejes motores de actuación.*

**Me permitirá, Presidente, que me centre en dos de ellas. Por un lado, porque ha sido muy cuestionada, a raíz de la denuncia sobre los desplazamientos del anterior Presidente, la política de viajes referida básicamente al ámbito internacional. ¿Son realmente necesarios estos viajes?**

*El compromiso de actuación de este Consejo lo es esencialmente con los jueces y los ciudadanos españoles y de ahí que las grandes cifras del presupuesto se destinen a la modernización de la Justicia o a la Escuela Judicial, por ejemplo. Pero el Consejo es también una institución del Estado español, que representa a nuestro país en el ámbito internacional. Es básico que España esté presente en todos los foros importantes y de decisión, también a nivel jurídico o judicial.*

*Nadie entendería, por citar un supuesto concreto, que el Presidente del Poder Judicial español no asistiera a la Cumbre de Presidentes de Tribunales y Cortes Supremas de la Unión Europea o de Iberoamérica.*

*Y ya que menciono Iberoamérica, le diré que mantene-  
mos una presencia muy importante en aquella zona,  
con multitud de programas de cooperación que, por  
ejemplo, en materia de capacitación constituyen la  
base de muchos procesos formativos de los jueces de  
los países iberoamericanos.*

*Moderación y racionalización en los gastos, por su-  
puesto, también en los desplazamientos. Pero no es  
conveniente su total supresión.*

**La segunda cuestión tiene que ver con las políticas de formación, con el funcionamiento de la Escuela Judicial, y también con el uso de las nuevas tecnologías en el marco de la modernización judicial.**

*Es mucha la importancia que desde el Consejo General del Poder Judicial damos a la formación de los jueces, y es grande la cantidad de recursos que a ella dedicamos, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que otorga al Consejo las competencias en materia de selección, formación y perfeccionamiento de los miembros de la carrera judicial.*

*Por ello, la Escuela Judicial, como órgano técnico encargado de la selección y formación de jueces y magistrados, es un organismo vivo que continuamente evoluciona y trabaja en la detección de necesidades de la sociedad, la modernización en los métodos pedagógicos y la mejora de la calidad de la formación, tanto inicial como continua.*

*Pretendemos una formación integral, especializada y de alta calidad, que pueda asegurar que el juez, el de ahora y el del futuro, actúe conforme a los principios, valores y deberes propios del Poder Judicial de un Estado democrático, y sea capaz de interpretar la norma a la luz de la realidad, porque esté inmerso en ella, y no aislado –como se decía antiguamente– en su torre de marfil.*

*En cuanto al proceso de modernización de la Justicia española y la incorporación de las nuevas tecnologías, creo que podemos sentirnos orgullosos de los cambios*

*que ha experimentado en los últimos tiempos la Administración de Justicia, aunque aún queden tramos que recorrer para alcanzar, por ejemplo, la tan anhelada interconexión informática entre órganos judiciales. No obstante, el Consejo, a través del Punto Neutro Judicial y de la gran labor que desarrolla el Centro de Documentación Judicial, ha dado pasos muy significativos para la mejora del servicio público. Se trata, en suma, de perseverar en la idea de lograr una Justicia que sea cada vez más ágil, eficaz y dinámica, que pueda compararse a cualquier Administración moderna y avanzada.*

**Finalmente, Presidente, sintetizando, si me permite, alguna de las reflexiones que le he oído en las últimas semanas, «en tiempos de crisis, más y mejor Justicia...»**

*Es que es precisamente en momentos de crisis cuando más se evidencia que la Justicia es el último baluarte para la pervivencia de cualquier sociedad.*

*Y la existencia de unos jueces cada día mejor preparados, más responsables e independientes, nos asegura que el Poder Judicial está en condiciones de contribuir a potenciar la prestación de un servicio público que garantice a los ciudadanos las bases jurídicas para afrontar la situación negativa que vivimos. Y, estoy seguro, que la Justicia puede, y debe, ser el germen de la tan anhelada recuperación económica. Estoy plenamente convencido que una Justicia eficaz, predecible, rigurosa jurídicamente, aporta confianza en los diferentes estratos sociales y sirve de estímulo para la generación de prosperidad.*

*Hoy reitero –como han hecho otros juristas– que en momentos de crisis, sigue siendo muy rentable invertir en Justicia, en una Justicia actualizada, porque es necesario para el futuro social y económico del país, porque es fortalecer el Estado de Derecho y sus instituciones, porque es, en suma, creer en la fuerza de la ley democrática y en la justa regulación de la convivencia entre iguales, que son las señas de identidad de los países democráticos modernos y avanzados.*

# actualización del régimen de control de gestión y transparencia del CGPJ

*Si la transparencia ha de entenderse como una cualidad de la actuación de los poderes públicos, que hace que ésta pueda ser conocida y fiscalizada por los ciudadanos, a fin de garantizar aspectos como el correcto ejercicio de las potestades de cada uno de esos poderes, el eficiente funcionamiento de los servicios públicos que prestan y la eficaz asignación de los recursos públicos con que cuentan, el Consejo General del Poder Judicial, como órgano constitucional integrante del sector público, no ha de quedar al margen de la corriente que ha venido a situar esta materia en el primer nivel de prioridad en la agenda política y social, por lo que toca a la actuación de los poderes públicos.*

Preámbulo del acuerdo de 28 de junio de 2012

## Objetivo del régimen de transparencia

El pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de 28 de junio de 2012, ha aprobado una actualización del régimen de control de gestión y transparencia del Consejo General del Poder Judicial.

El objeto del Acuerdo de actualización del régimen de control de gestión y transparencia del Consejo General del Poder Judicial, descansa en los siguientes elementos:

- La aprobación de los criterios para la mejora de la ejecución del presupuesto del Consejo, enmarcados en la lógica austeridad con que debe afrontarse el actual período de crisis económica, que sirvan para la contención del gasto a la hora de ejecutar el Presupuesto del Consejo.
- La actualización de las normas sobre indemnizaciones por razón de servicio con motivo de desplazamientos y gastos de protocolo o de representación con cargo al Presupuesto del CGPJ, que sustituyan a las hasta ahora vigentes, con la finalidad principal de reforzar la justificación que los Altos Cargos del Consejo tienen que acreditar respecto de sus actividades públicas, dotando al sistema de una absoluta transparencia. De igual forma y en consonancia con la austeridad de la utilización de los recursos públicos escasos, hoy exigibles, se establecen diversas limitaciones a los gastos que pueden realizarse.

- La publicación en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) de la agenda institucional de actividades y reuniones de las Comisiones legales y reglamentarias, de las Vocalías delegadas para las distintas materias u órdenes jurisdiccionales y de las Vocalías territoriales.
- La publicación trimestral en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) del estado de la ejecución presupuestaria clasificada por programas, capítulos y conceptos.

## Naturaleza del acuerdo

En cuanto a la naturaleza de su contenido, el Acuerdo presenta dos clases de elementos netamente diferenciables por sus objetivos y grado de terminación:

1. Por un lado, está la parte relativa a la actualización de la normativa interna sobre indemnizaciones por razón del servicio, la cual puede considerarse enmarcada dentro de la política de reducción del gasto y en consonancia con los criterios de austeridad. En esta Actualización, se establecen importantes restricciones tanto de sus Altos Cargos, como del personal a su servicio, en materia de autorización y justificación de viajes, que se acogerán siempre a la tarifa más económica que resulte idónea para la actividad de que se trate, y en materia de gastos de carácter protocolario o representativo, que se minoran y exigen justificaciones concretas de la actividad.

2. Junto a ello, la parte del Acuerdo relativa a la transparencia y control de la ejecución presupuestaria, presenta una naturaleza más programática, tratándose ahora de sentar las bases para la puesta

en marcha de una serie de actuaciones, de las cuales se derivarán medidas más concretas, que serán las que de un modo efectivo garanticen su plena ejecución.

### Sometimiento de la actividad económico-financiera del CGPJ a los principios de legalidad, de eficiencia y de economía.

La actividad económico-financiera del CGPJ, como órgano constitucional, ha estado sometida, desde su creación y en todo momento, además de a los naturales controles de gestión de cualquier órgano del Estado y de control interno por parte de la Intervención, al control del Tribunal de Cuentas, como supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la actividad económica del Estado.

La Intervención en el Consejo, como órgano de control interno, lleva a cabo la fiscalización previa de todos los actos, documentos y expedientes susceptibles de producir obligaciones o derechos de contenido económico.

Las normas generales de contratación y económico financieras del Estado se aplican rigurosamente a todas las actividades del Consejo.

El Tribunal de Cuentas ha fiscalizado favorablemente todas las cuentas de liquidación de sus presupuestos, integradas en las Generales del Estado, desde su creación.

### El presupuesto del CGPJ: reducción del gasto

El CGPJ aprueba anualmente su presupuesto, como órgano constitucional, para su inclusión en los Generales del Estado en una sección independiente, antes de ser aprobados por el Parlamento, a propuesta del actual Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Todo ello según la LOPJ y la legislación general presupuestaria del Estado a la que el Consejo está sometido. Para el ejercicio del control de legalidad en la ejecución del presupuesto se contempla el ejercicio de la función interventora en la modalidad de fiscalización previa.

El Consejo inició, en julio de 2010, una política de contención del gasto y una reducción de sus presupuestos para 2011 en coherencia con el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. En consonancia con el Real Decreto se redujeron las retribuciones de los miembros del Pleno en un 10 %.

El Consejo fijó una disminución global, para el ejercicio presupuestario de 2011, del 4,98 % en relación

con las cifras de 2010. Dicha disminución no pudo ser mayor debido, entre otras circunstancias, al importante crecimiento del número de jueces en prácticas que iban a depender de la Escuela judicial en 2011, en línea con la tendencia iniciada en 2008. Ello ha supuesto un aumento del 64 % de los jueces y magistrados que han sido nombrados en el período de septiembre de 2008 a mayo de 2012, en relación con el de noviembre de 2001 a agosto de 2008. Sus retribuciones son abonadas por el Consejo hasta que toman posesión como jueces.

El conjunto de las reducciones presupuestarias se han adoptado sin menoscabo de sus funciones y manteniendo el cumplimiento de los objetivos que la Constitución y la LOPJ marca al Consejo.

En enero de 2011 el Pleno del Consejo ya fijó unos criterios de ejecución de su presupuesto para ese ejercicio que establecía la no disponibilidad del 5 % de las cantidades aprobadas. Desde entonces se lleva a cabo un seguimiento especial del gasto global originado del que se informa periódicamente al Pleno.

El plan de austeridad de ejecución del presupuesto del Consejo ha dado sus frutos superándose notablemente la no disponibilidad del 5 % mencionado. A título de ejemplo se alcanzó un ahorro en el Presupuesto del Consejo para 2011 del 21,09 % (no ejecución). Ello tiene relación directa con las exigentes medidas de contención del gasto aprobadas por el Consejo, que no han impedido el cumplimiento de la totalidad de sus compromisos constitucionales, legales y reglamentarios.

El Consejo, a la hora de elaborar su presupuesto para 2012, ha continuado en la senda de reducción de sus gastos, minorando el de 2012, sobre el de 2011, en un 3,86 %, por lo que el acumulado, desde 2010 a 2012, es de un 8,84 %.

La disminución del presupuesto de 2012, en relación con la de 2011, no pudo ser mayor debido al importan-

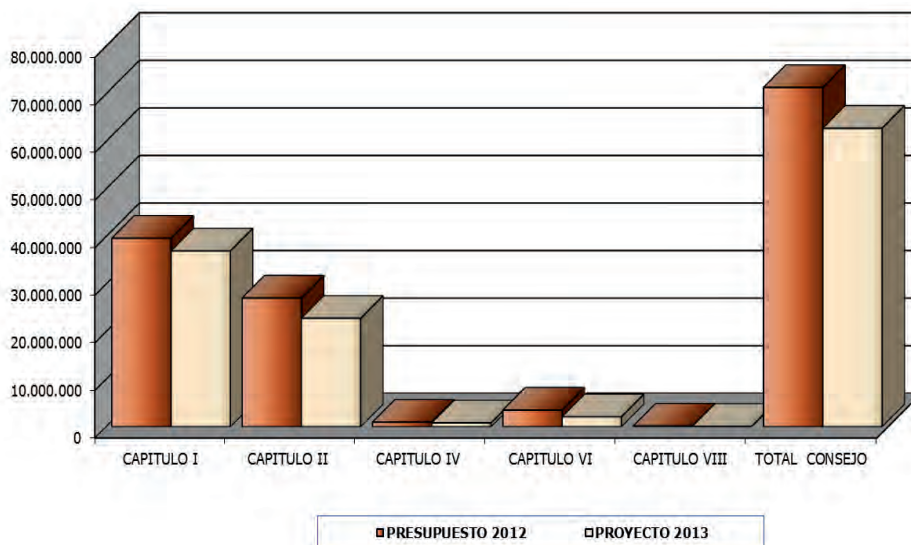
te crecimiento del número de jueces en prácticas que dependen de la Escuela Judicial en 2012, de determinados compromisos adquiridos por el Consejo para la Carrera Judicial: conectividad de sus ordenadores, seguro de responsabilidad civil, plan de prevención de riesgos y revisiones médicas y de las importantes mejoras en el punto neutro judicial, la red de comunicaciones que enlaza a todas las Comunidades Autónomas y a todos los organismos públicos y privados que participan en la gestión procesal, creando un espacio privado judicial de intercambio seguro de datos.

Como consecuencia del Plan de Transparencia y la política de austeridad, el Consejo ha minorado de nuevo su presupuesto para 2013. Con el proyecto para este próximo año, se han presentado unas cifras de gasto que conllevan una reducción del 12,02 % sobre el de 2012.

**PROYECTO DE PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO 2013. COMPARACION CON EL PRESUPUESTO PARA 2012**

RESUMEN POR CAPITULOS	PRESUPUESTO 2012	PROYECTO 2013	% Variación 2013/2012
CAPITULO I. GASTOS DE PERSONAL	39.647.010	36.973.520	-6,74%
CAPITULO II. GASTOS CORRIENTES	27.083.290	22.819.402	-15,74%
CAPITULO IV. TRANSFERENCIAS CORRIENTES	973.660	810.588	-16,75%
CAPITULO VI. INVERSIONES REALES	3.508.550	2.092.460	-40,36%
CAPITULO VIII. ACTIVOS FINANCIEROS	140.000	83.000	-40,71%
<b>TOTAL CONSEJO</b>	<b>71.352.510</b>	<b>62.778.970</b>	<b>-12,02%</b>

**COMPARACION PRESUPUESTO PARA 2012 - PROYECTO 2013**



## Criterios de austeridad

El Consejo ha acordado introducir los siguientes criterios para la mejora de la ejecución del presupuesto y la contención del gasto:

- Establecer, con carácter general, la no disponibilidad del 5 % del presupuesto aprobado para el Consejo en 2012 en Vocalías, Comisiones y Órganos Técnicos del Consejo salvo las partidas de gastos de protocolo y de representación del Consejo, que lo harán en un 20 %. Se excepcionan de las partidas mencionadas las incluidas en su capítulo uno, gastos de personal.
- Limitar y progresivamente reducir el personal al servicio del propio Consejo en todos sus niveles con la finalidad de acomodar la dimensión del personal a las exigencias de contención de gasto establecidas con carácter general en el sector público y salvaguardando el principio de eficacia al que se ajustan constitucionalmente las AAPP.
- Sustituir progresivamente los encuentros y actividades de formación o de colaboración que se desarrollen en otros países, fomentándose la utilización de los medios tecnológicos, mediante fórmulas de intervención a distancia.
- Minorar las actividades formativas presenciales, incluidas las derivadas por los cambios de orden jurisdiccional fomentándose la utilización de los medios tecnológicos, mediante fórmulas de intervención a distancia.
- Revisar y unificar todos los convenios de formación y colaboración suscritos por el Consejo con organismos y entidades ajenas.
- Reforzar los sistemas de contratación pública del Consejo, que ya han supuesto una reducción por bajas de adjudicación del 16,94 % en 2011, y reducir progresivamente los suministros habituales con que cuenta el Consejo General del Poder Judicial en línea con los acordados por el Pleno en enero de 2011.
- Redefinir las condiciones de celebración de actividades externas tales como asistencia a cursos, presencia indispensable en actividades y visitas, ajustando las condiciones y gastos de desplazamientos.

## Transparencia de las actividades del Consejo

El Consejo General del Poder Judicial ha acometido durante el actual mandato diversas actuaciones orientadas al logro de mayores niveles de transparencia.

Así, en el ámbito de la información proporcionada de manera activa, cabe destacar el importante impulso que ha supuesto el lanzamiento de la nueva página web, en la que se han estructurado de forma más racional los contenidos, y se ha ampliado el número de recursos puestos a disposición de los ciudadanos, aproximando a los usuarios del poder judicial en su conjunto diversas herramientas que facilitan la búsqueda y obtención, de forma telemática y en formato electrónico, de la información pública generada por los órganos del poder judicial, tanto en su vertiente jurisdiccional como gubernativa.

Por lo que se refiere a la información relativa al propio Consejo, desde la web del Consejo General del Poder Judicial ([www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)) se ofrece una información directa sobre aspectos institucionales, organizativos y de las actividades que se desarrollan en las distintas áreas de trabajo del Órgano, desde los estudios, estadísticas y memorias anuales, hasta los convenios, los informes de relevancia jurídica y los acuerdos del Pleno.

Cumple también un importante papel en este sentido la Oficina de Prensa del Consejo –complementada por las Salas de Prensa del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia–, la cual pone a disposición de todos los medios de comunicación las últimas noticias, así como una agenda de asuntos y señalamientos con las actividades que llevan a cabo tanto el Consejo como los distintos órganos judiciales.

La importancia de la Oficina de Prensa en la estrategia de transparencia del Consejo ha quedado patente en el Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo el 22 de marzo de 2012, en virtud del cual se dispone proceder a la difusión, a través de aquella, y tras su notificación a los interesados, *«de todas aquellas resoluciones de incoación de expedientes disciplinarios, archivo o imposición de sanciones que adopte el Pleno o la Comisión Disciplinaria, que, por su contenido o doctrina, revistan relevancia pública»*.

Un área en la que el Consejo General del Poder Judicial, en su actual mandato, ha querido proporcionar una

transparencia especial ha sido la relativa a la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, hasta el punto de que una de sus primeras tareas fue la elaboración de un Reglamento (el 1/2010, de 25 de febrero), en cuya parte expositiva se señala como objetivo fundamental el de «*garantizar la observancia del imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución) y el respeto al derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 de la Constitución), produciendo con ello el efecto positivo de mayor transparencia en la provisión de plazas judiciales de carácter discrecional*». El Reglamento contiene una regulación pormenorizada del procedimiento para la provisión de ese tipo de plazas, como instrumento que a su vez servirá para garantizar el recto sentido de la decisión final, que deberá estar convenientemente motivada. Así, regula las convocatorias de las plazas vacantes, las solicitudes de quienes aspiren a ocuparlas, y la elaboración de las propuestas motivadas tanto por la Comisión de Calificación como por el Pleno.

Dentro de este procedimiento ocupa un lugar destacado, por su novedad y el fomento de la transparencia que comporta, las comparecencias de los aspirantes a estas plazas, que se desarrollarán ante la Comisión de calificación y resto de Vocales del Consejo que deseen asistir. En esas comparecencias, los candidatos tendrán oportunidad de explicar y defender su currículum, con especial

referencia a los méritos previstos en la convocatoria y, en su caso, del correspondiente programa de actuación. Sobre estos temas, asimismo, los Vocales asistentes podrán pedir aclaraciones o formular preguntas.

El Reglamento prevé que estas comparecencias se celebren en audiencia pública. Los profesionales de los medios de comunicación social acreditados ante el Consejo General del Poder Judicial podrán seguir el desarrollo de las comparecencias y hacer uso de medios técnicos de captación o difusión de imagen y sonido.

En otro orden de cosas, merece destacarse el avance logrado en un aspecto tan sensible como es el destino de los fondos de los que el Consejo dispone para subvencionar determinadas actividades. Por primera vez, este Consejo ha dictado un Reglamento de Asociaciones Judiciales Profesionales (el 1/2011, de 28 de febrero), en el cual se contiene una regulación pormenorizada de las subvenciones que las asociaciones judiciales perciben del Consejo por gastos de organización y funcionamiento, por actividades de Interés para la justicia y la vida asociativa, por el grado de efectiva implantación en la Carrera Judicial, así como por resultados electorales obtenidos en las elecciones a Salas de Gobierno, dictando en todos los casos pautas objetivas sobre el alcance y modo de calcular tales subvenciones, y haciendo público el catálogo y baremo de actividades subvencionables en el Anexo del Reglamento.

El Consejo ha iniciado pues, su andadura por la senda de la transparencia pública, en un camino que es ya irreversible. A partir de aquí, sólo queda profundizar en esta línea, teniendo presentes los estándares y directrices que se desprenden de los instrumentos normativos ya existentes, o cuya aprobación –como el Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno– se puede considerar previsible.

En consecuencia, el presente Acuerdo reconoce el derecho de los miembros del Poder Judicial y de todos los ciudadanos para disponer de toda la información sobre la actividad que el Consejo desarrolla, con los únicos límites que se contemplan en la futura Ley de Transparencia.

En este sentido, se considera vital para cumplir el objetivo de transparencia que el Consejo se ha marcado, reforzar las obligaciones de publicidad de las actividades oficiales desarrolladas por los Altos Cargos y de los Órganos del Consejo, siguiendo la línea que legalmente se aplica a los Altos Cargos y Órganos de

la Administración General del Estado, en espera de lo que establezca la Ley actualmente en tramitación.

A tal fin, se profundizará en el ofrecimiento a través de la página web del Consejo, de la información que este Órgano produce, de carácter tanto institucional y organizativo,

como de planificación, de relevancia jurídica y de relevancia económica, presupuestaria y estadística. Se prestará especial atención a la publicidad de las resoluciones que pongan

fin a procedimientos resueltos por el Consejo, ya se trate de recursos contra decisiones de alguno de sus Órganos, de procesos selectivos o de procedimientos disciplinarios.

### Agenda institucional del Consejo

Como nuevo instrumento de la política de transparencia del Consejo, se procede a crear la Agenda Institucional de actividades del Consejo, en la que quedarán plasmadas las actividades de:

- El Pleno.
- Las Comisiones legales.
- Las Comisiones reglamentarias.
- Las Vocalías delegadas para las distintas materias u órdenes jurisdiccionales.
- Las Vocalías territoriales.
- La Secretaría General.
- Cualesquiera otras comisiones u órganos del Consejo cuya actividad se considere relevante de cara a la total transparencia de su actividad (actividades previstas de formación de la carrera judicial, de la Mesa de contratación, Grupos de Trabajo, etc.).

La Agenda Institucional de actividades del Consejo, de la que es responsable la Secretaría General, se publicará, periódicamente actualizada, en la página web del CGPJ ([www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)), en una pantalla separada y fácilmente localizable.

### Estado de la ejecución presupuestaria

Para reforzar la transparencia de la actividad económica del Consejo, se garantiza el derecho a la información relativa a su presupuesto anual y a la ejecución del mismo públicamente. Para ello la Comisión Presupuestaria, elaborará anualmente el documento «Presupuesto del CGPJ» y trimestralmente el Documento «Estado de ejecución del Presupuesto del CGPJ».

Ambos documentos presentarán el desglose del Presupuesto clasificado por programas, capítulos y conceptos y se publicarán en la web del CGPJ ([www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)).

### Seguimiento del acuerdo

Para la verificación del cumplimiento del régimen de control de gestión y transparencia del Consejo General del Poder Judicial, se llevará a cabo un seguimiento del gasto originado, de forma periódica, para adoptar las decisiones oportunas en cada momento, comprobando la eficacia de las medidas aprobadas.

A tal fin, la Comisión Presupuestaria elaborará trimestralmente un informe sobre ejecución del presen-

te Acuerdo, dando cuenta inmediata al Pleno para su aprobación, en su caso.

Asimismo, con carácter periódico y en todo caso cada seis meses, el Pleno efectuará una evaluación de los niveles de transparencia alcanzados, disponiendo en su caso las actuaciones pertinentes.

Ramón Camp i Batalla, *Presidente Comisión Presupuestaria*

Margarita Uria Etxebarria, *Presidenta Comisión de Estudios*



# mediación y reducción de la litigiosidad

## Mediación penal: un instrumento para la tutela penal

opina

Silvia Barona Vilar  
Catedrática de D.º Procesal, Universitat de València (\*)

### I. La mediación penal en el entrópico modelo procesal español. Apuntes para una introducción: mediación penal como modalidad de tutela del ciudadano

España viene arrastrando tras de sí una necesidad ineludible de modificar su norma procesal, la LECRIM, a partir de la cual no solo sea posible incorporar un modelo procesal penal nuevo, íntegro, que abandone el ya exhausto y entrópico sistema procesal decimonónico, sino además incorporar en ese nuevo modelo de justicia penal instrumentos como el de la mediación penal, como elemento integrado y vinculado con el proceso penal; manifestación preferentemente de justicia terapéutica o restaurativa, aun cuando permite desarrollar múltiples funciones desde la exigencia de la tutela penal, individual y social. En esos aires de cambio que vienen aclamándose desde diversos foros es indudable que ha jugado un papel esencial movimientos como la victimología, el abolicionismo, la incorporación de la *Restaurative Justice*<sup>1</sup>, todas ellas marcando un senti-

miento de frustración y desencanto ante la inoperancia del modelo en general y, en particular, de las víctimas, las grandes olvidadas del sistema penal preventivo.

En esa metamorfosis del paisaje penal han ido surgiendo cuestiones tales como la minimización *versus* la expansión del derecho penal, la eficacia de la pena y sus posibles alternativas, las nuevas tecnologías aplicables a la delincuencia, la aparición de la delincuencia colectiva o de masas, el incremento de la violencia y de la lucha contra el terrorismo y su incidencia en los principios que conforman el Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho, la aparición de un modelo penal supranacional e internacional, etc., y una «crisis» de algunos de los postulados clásicos, cuestionándose inclusive el por qué y para qué el derecho penal, la necesidad de resucitar la figura de la víctima, la valoración de la conducta del delincuente y sus posibles repercusiones penales y procesales, generándose una conciencia crítica del paisaje penal<sup>2</sup>, incorporán-

estudio de los diversos ordenamientos jurídicos que pueden aportar interesantes reflexiones sobre la mediación; y también BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, en el que se desarrolla dogmáticamente las cuestiones que se describen y cómo han ido cambiando el paisaje penal de estas últimas décadas. Y con anterioridad BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch Alternativa, 2004.

<sup>2</sup> Interesantes son: «*La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*», Libro Homenaje a Cerezo Mir, Madrid, Tecnos, 2003, «*Derecho Penal del Siglo XXI*», (Director Mir Puig), Cuadernos de Derecho Judicial, 2008, y «*La ciencia del Derecho Penal ante el*

(\*) Realizado en el marco de los Proyectos DER 2010-17126 (MICINN) Y PROMETEO 2010-095(GV).

<sup>1</sup> Para un estudio de estas cuestiones puede verse BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, con un

dose la mediación en este maremágnum de seísmos, que ofrece una transformación del mero «ser» víctima al «estar» como víctima en el modelo de justicia penal, poniendo fin al estado de *nada (vacío) legal*<sup>3</sup> en que se encontraba, en situación de inferioridad procesal respecto de los demás sujetos intervinientes en el proceso.

Asumiendo que nos hallamos inmersos en el caos o la entropía procesal penal es precisamente éste el momento adecuado para replantear el modelo de tutela penal de nuestro país, incorporando como instrumento del instrumento procesal, que es el proceso penal, el procedimiento de mediación, como un cauce en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de un conflicto penal, con intervención del mediador, reestableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario. Se trata de un medio de gestión del conflicto que fomenta el diálogo y la reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo y que favorece la minimización de la violencia estatal.

La víctima y el victimario son los principales actores<sup>4</sup>. Se da prioridad a la reparación del daño y a la prevención especial sobre la prevención general y la retribución. No afecta al principio de exclusividad de la jurisdicción ni afecta al monopolio estatal del *ius puniendi*, dado que deben ser los tribunales los que van a controlar los resultados de la mediación y los que, en su caso, atribuirán o no eficacia jurídica a lo acordado. Es una modalidad auto-compositiva intraprocesal que, a la postre, exigirá de una decisión judicial, ya para poner fin al proceso de forma anticipada -sobreseimiento por razones de oportunidad reglada- o ya para poner fin al proceso a través de la sentencia. Se trata de un procedimiento, no un proceso, dado que el procedimiento existe en cualquier actividad jurídica, siendo la manera formal en que se desarrolla aquella,

nuevo milenio» (ESER/HASSEMER/BURKHARDT, trad. Cast. dirigida por MUÑOZ CONDE), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

<sup>3</sup> En la doctrina inglesa se le denominaba originalmente *legal nonentity*, al que se refiere FATTAH, E.A., «From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change», en *Annales Internationales de Criminologie*, 29 (1991), No. 112, p. 45. Se tradujo al alemán como *rechtlichen Nichts*, KILCHLING, M., *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg, Edition Iuscrim (MPI), 1995, p. 1.

<sup>4</sup> BARONA VILAR, S., «Hacia la consagración de la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico y la recuperación de la justicia restaurativa», en *Pensamientos jurídicos y palabras*, dedicados a RAFAEL BALLARIN HERNÁNDEZ, Ed. Universitat de València, 2009, p. 104.

y proceso se refiere tan solo al ejercicio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de manera irrevocable, que no es sino la función jurisdiccional (art. 117.3 CE). Y en el caso de la mediación no estamos ante función jurisdiccional, no actúa el mediador heterocompositivamente o *supra partes*, sino autocompositivamente o *intra partes*. Su misión, desde la neutralidad, consiste en trabajar con las partes, aproximándolas, ayudándolas a asentar sus posiciones y sus intereses, pero no decide por ellas.

Ahora bien, no es una «alternativa» al proceso ni pretende serlo, no es excluyente, sino que debe ser un elemento más del sistema procesal penal, un perfecto complemento integrador<sup>5</sup> de intereses individuales con interés público, surgiendo de nuevo la idea de la reparación de la víctima con eficacia penal o procesal.

España no es ni ha sido ajena a la mediación penal. Prueba de ello es la experiencia en materia de responsabilidad penal del menor, tras la aprobación de la LO 5/2000, de 12 de enero, que recogía previsiones sobre la mediación, la reparación y la conciliación<sup>6</sup>. A esta experiencia en menores con marco legal se suma la concurrencia de una pluralidad de proyectos piloto, sin norma habilitante, que se han venido desarrollando en nuestro país desde hace más de dos décadas, algunos institucionalizados por entidades privadas o públicas y en los últimos tiempos en colaboración con el CGPJ. Se ha venido reclamando regulación sobre mediación<sup>7</sup>. En consecuencia, se precisa, llegado este punto, un paso más, la institucionalización legal de la mediación penal, lo que requiere norma habilitante nacional con intrínseca vinculación con el proceso penal, su posible incorporación como instrumento reparador en el CP y con efectos penales, así como un conjunto de disposiciones (incluidas en la nueva LECRIM), reglamentarias, etc.

<sup>5</sup> Sobre esa necesidad integradora puede verse la obra de DOMENIG, C., *Restorative Justice und integrative Symbolik. Möglichkeiten eines integrativen Umgangs mit Kriminalität und die Bedeutung von Symbolik in dessen Umsetzung*, Bern/Stuttgart/Wien, Haupt ed., 2008. En general toda la obra es una propuesta de integración pero a los efectos expuestos son especialmente interesantes las pp. 324-326.

<sup>6</sup> De muy reciente publicación puede verse la obra *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. También, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Comares, 2007, p. 136.

<sup>7</sup> Sobre estas ideas puede verse GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos* (Directora SILVIA BARONA VILAR), cit., en especial pp. 30-32.

## II. ¿Cuándo se recomienda la mediación penal? Delimitación objetivo-subjetiva en mediación y planteamiento de *numerus clausus* versus *numerus apertus*

Una de las cuestiones más interesantes y a la vez más controvertidas en la conformación de la mediación penal es precisamente la delimitación del ámbito objetivo de la misma, a saber si es posible efectuar un elenco *numerus clausus* de supuestos (o, al contrario, *numerus apertus*) en los que sea posible acudir al procedimiento de mediación, o no, y, en su caso, habría que determinar los posibles criterios a valorar para esta delimitación, siendo, a estos efectos, muy ilustrativa la experiencia de otros ordenamientos jurídicos, amén de nuestros proyectos-piloto. En mi opinión parece más recomendable la no existencia de una lista cerrada de hechos delictivos que puedan llevarse a mediación. La determinación legal de esa enumeración llevaría a una inadaptación de la mediación a la realidad del momento, que puede ser cambiante y en la que pueden confluír toda una serie de factores que pudieren alterar una fría enumeración de delitos, de hechos delictivos que lleven aparejado una determinada pena, o de sujetos determinados, etc. Cuestión diversa es la posible configuración de protocolos de actuación, que pueden revisarse con cierta periodicidad, tras la evaluación de los resultados alcanzados. Parece que pueden concurrir otros elementos que lleven a determinar, caso por caso<sup>8</sup>, y atendidas las coordenadas concurrentes, la posible remisión del asunto al servicio de mediación penal.

A título de ejemplo, en Alemania se mantiene un sistema abierto que permite acudir al TOA (*Täter-Opfer-Ausgleich*) tanto en los delitos bagatelarios como en los delitos graves con carácter general, aun cuando en algunos estados federales se remite a mediación solo en hechos de menor importancia o de media gravedad, lo que no es del todo acorde con lo que dispone el artículo 46<sup>a</sup> StGB, que incluye la posibilidad de que pueda acudirse a mediación por cualquier tipo de delito. En la práctica en la mayor parte de los estados federales se efectúan listas positivas o negativas de conveniencia o no del TOA<sup>9</sup>. Y

<sup>8</sup> En el mismo sentido GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, cit., p. 40.

<sup>9</sup> KILCHLING, M., «Restorative Justice developments in Germany» en *Regulating Restorative Justice. A comparative study*

ésta es probablemente la solución más adecuada si se tiene en cuenta que ha sido la que han asumido la mayor parte de las legislaciones, como sucede con el modelo de los EEUU<sup>10</sup>, con la mediación en Inglaterra<sup>11</sup>, con el procedimiento de conciliación de los Países Escandinavos<sup>12</sup> Australia, Nueva Zelanda, Canadá<sup>13</sup>, etc., en los que no existe un elenco cerrado de supuestos susceptibles de mediación, lo que no implica, a su vez, la aceptación de que todo pueda gestionarse por mediación. En la mayor parte de los países existe una lista de posibles hechos que con más frecuencia van a poder llevarse a mediación, y esos criterios y la experiencia de su aplicabilidad en estos países puede servir a la hora de determinar la viabilidad –con criterios de posibilismo– de la mediación en España, pero, siempre y en todo caso, desde su consideración como criterios abiertos.

Cuanto se ha expuesto a favor del *numerus apertus* no es óbice a la consideración de determinados criterios que pueden concurrir a los efectos de valorar la oportunidad y eficiencia del procedimiento de mediación en cada caso concreto.

*of legislative provisions in European Countries*, quien considera que no debe excluirse *a priori* los hechos que pueden llevarse a mediación. Puede verse igualmente para el tratamiento de Alemania mi capítulo «Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., pp. 266-267.

<sup>10</sup> En los Estados Unidos la idea principal pivota sobre la afirmación de que no parece tener sentido fijar inicialmente una exclusión de determinadas infracciones penales, debiendo analizar caso por caso las circunstancias concurrentes. Puede verse, PUGH, C., «What Do You Get When You Add Megan Williams to Mathew Shepard and Victim-Offender Mediation? A Hate Crime Law That Prosecutors Will Actually Want to Use», *Cal. W.L. Rev.*, n. 45, 2008, p. 216; GABBAY, Z.D., «Exploring the Limits of the restorative Justice Paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime», en *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, n. 8, 2007, p. 422; BELTRÁN MONTOLIÚ, A., «Modelo de mediación en los Estados Unidos de América», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., pp. 71-72.

<sup>11</sup> No existen tampoco límites referidos a un determinado tipo de delito o falta que lleve a excluir la mediación en Inglaterra, lo que no es óbice a potenciar más la misma en determinados tipos de delitos como los robos, hurtos, asaltos y actos con un mínimo de violencia personal. Puede verse MONTESINOS GARCÍA, A., «La mediación penal en Inglaterra y Gales», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 96.

<sup>12</sup> ERVO, L., «La conciliación en materia penal en los países escandinavos», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 128.

<sup>13</sup> Siguiendo a SHERMAN, L.W./STRANG H., *Restorative justice: the evidence...*, cit., p. 21, se trabaja mejor con mecanismos de justicia restaurativa cuando se trata de delitos con violencia así como con delitos contra la propiedad (p. 24), lo que es quizás compleja la voluntad de la víctima en tomar parte en estas modalidades restaurativas, y si lo hacen suelen optar por cauces indirectos y no el *face-to-face*.

## 1. Posibles criterios. De la gravedad a la violencia

Uno de los criterios que se han barajado en la mayor parte de las legislaciones ha sido el de la gravedad, de manera que se ha afirmado que la mediación es más conveniente cuando de supuestos no graves se trata. Ahora bien, la gravedad no siempre es un buen dato objetivo para excluirla. Se argumenta que puede haber supuestos en los que los hechos sean de alto reproche social y sin embargo la víctima y el victimario de manera voluntaria prefieran el diálogo y acudir a mediación. Al establecer los límites objetivos de la gravedad se está tratando de manera desigual a los sujetos que podrían beneficiarse de esta modalidad mediadora, especialmente las víctimas. Y hasta es posible que desde el punto de vista social, la función reparadora pueda favorecer indiscutiblemente la paz social y a la sociedad misma en su conjunto.

Atendido este criterio de la gravedad, habrá de considerarse qué debe entenderse como grave, a los efectos de hacer viable o no la mediación: ¿la pena, si se cometen los hechos con violencia, etc? Considerar que es la pena implica asumir un criterio excesivamente objetivado que podría, en la práctica, producir desigualdades de elección de víctima-victimario. Si se valora que el hecho se ha cometido o no con violencia podría llevar *a priori* a rechazarla por el efecto perverso que la mediación podría acarrear a las víctimas, que podrían sufrir una especie de victimización secundaria al verse cara a cara con quien ha ejercido este tipo de conductas con ellas.

Puede ser de especial interés valorar el estado de la cuestión en otros ordenamientos jurídicos. En tal sentido, en los Estados Unidos, si bien inicialmente se rechazaba la mediación cuando de delitos graves y violentos se tratare, poco a poco fue transformándose esta posición, favoreciéndose programas que vinculasen a las víctimas y sus agresores, argumentándose que se devuelve a las víctimas el sentimiento de seguridad que habían perdido y el control sobre sus vidas<sup>14</sup>. Se requiere para estos casos una

<sup>14</sup> BRAITHWAITE, J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2001, pp. 45-73. Ello no significa que en todos los estados se admita dado que por ejemplo en California hay programas que sólo permiten infracciones leves o  *misdemeanors*, mientras otros estados admiten la mediación para los delitos graves o  *felonys*. BAKKER, M.W., «Repairing the Breach and Reconciling the Discordant: Mediation in the Criminal Justice System», en *North Carolina Law Review*, n. 72, 1994, p. 1485. Mas desarrollo sobre estos ámbitos, BELTRÁN

adquisición de destrezas especiales para ser mediador<sup>15</sup>, que permitan manejar una mayor intensidad emocional en su desarrollo<sup>16</sup>. Similar es el modelo canadiense, en el que la mediación puede ofrecer una respuesta al miedo de las víctimas ante la posible reiteración de los hechos, de manera que el procedimiento de mediación puede convertirse en una posible herramienta de rehabilitación del delincuente<sup>17</sup>. En igual dirección se encuentran los países escandinavos<sup>18</sup>. Por su parte, Francia se muestra más moderada al aceptar la mediación en los casos de violencia leve<sup>19</sup>, mientras que en Alemania se ha optado por permitir acudir a los TOA cualesquiera fuere la gravedad del hecho, atendida ésta a la pena atribuida legalmente<sup>20</sup>. En Portugal la mediación, regulada en la Ley n.21/2007, en su artículo 2.a, se restringe a los delitos contra las personas y contra el patrimonio castigados con pena de hasta 5 años de prisión, a los delitos semipúblicos y para los delitos privados, excluyéndose en delitos contra la libertad sexual, en casos de corrupción, peculio y tráfico de influencias, y en aquellos supuestos en los que se tramitan los procesos especiales sumario y sumarísimo, porque se entiende que la mediación demora la exigencia de rapidez de aquéllos. Con ello encontramos que el modelo portugués ha queri-

MONTOLIU, A., «Modelo de mediación en los Estados Unidos de América», cit., pp. 70-71.

<sup>15</sup> Insiste en este punto UMBREIT, M.S., «Violent offenders and their victims», en *Mediation and Criminal Justice. Victims, offenders and community* (WRIGHT y GALAWAY ed.), Londres, SAGE Publications, 1989, pp. 109-110. Pese a mostrar las dificultades en estos casos, afirma este autor que puede darse en los supuestos de delitos cometidos con violencia también la mediación, suponiendo, en su caso, una importante respuesta al crimen y a la victimización mucho mas creativa y humana, con esperanza en los próximos años (especialmente *vid.* p. 112).

<sup>16</sup> En cualquier caso, las dificultades que presentan estos delitos cometidos con violencia existen, como lo manifiesta SMIT, J. Esta autora considera que podría acudirse a mediación, siempre dirigida por especiales profesionales que pudieren controlar lo suficiente los sentimientos sufridos por la víctima en estos casos. Así, si bien no se muestra contraria a la mediación en los supuestos de violencia de género, si lo hace, sin embargo, cuando se trata de delitos sexuales, en los que es imposible imaginar ninguna clase de mediación («The role of probation in restitution procedures», en MESSMER, H./OTTO, H.-U., *Restorative Justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation...*, cit., p. 392).

<sup>17</sup> WEMMERS, J.A.; MARTIRE, R.; TREMBLAY, A., *La médiation et les victimes d'actes criminels. Actes de l'atelier tenu le 15 octobre 2004 à l'Université de Montréal*, Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal, 2005.

<sup>18</sup> ERVO, L., «La conciliación en materia penal en los países escandinavos», cit., p. 168.

<sup>19</sup> Puede verse MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., pp. 43-44 y 53; ETXEBERRÍA GURIDI, «El modelo francés de mediación penal», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., pp. 214-215; Y GUILBOT, M./ROJARE, S., «La participation du Ministère Public a la médiation», en *Archives de Politique Criminelle*, 1992, n. 14, p. 51.

<sup>20</sup> LAUE, Ch., *Symbolische Wiedergutmachung*, cit., pp. 142-145; DOMENIG, C., *Restaurative Justice und integrative Symbolik*, cit., p. 304.

do configurar lo que es mediable y lo que no puede serlo, de forma taxativa<sup>21</sup>. Es una forma diversa a algunos de los modelos anteriormente expuestos.

En suma, es un tema muy discutido y complicado, que ofrece argumentos a favor y en contra de la mediación en delitos graves. A mi parecer aun cuando no debe ser la mediación en los delitos graves la más común, no debe *a priori* negarse esta posibilidad. Habrá que valorar si existe voluntad bilateral de sometimiento a este procedimiento, las circunstancias de la comisión del hecho, el factor emocional, las consecuencias sobre la víctima primaria y las secundarias o derivadas, y el posible éxito de las medidas reparatorias.

## 2. Determinación de posibles delitos favorables a la mediación

Aun cuando en la mayoría de los sistemas no se ha asumido la determinación cerrada de supuestos en los que se posibilita la mediación, existen delitos más favorables a la misma, por la naturaleza de los hechos, o por el interés en juego.

### A) Delitos contra el patrimonio

Es el prototipo de delito para llevar a mediación penal, probablemente porque desde ellos tiene mucho sentido favorecer la reparación, propugnándose en este tipo de delitos la misma como positiva<sup>22</sup>.

### B) Faltas

Conectado con las afirmaciones anteriormente vertidas habría que entender que a menor gravedad más factible se hace la mediación, lo que implicaría considerar que en

<sup>21</sup> Puede verse LAMAS LEITE, A., «El régimen de mediación penal de adultos en Portugal: entre la justicia negociada y (alguna) dimisión del Estado», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., pp. 303 y ss.

<sup>22</sup> GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 40; MONTESINOS GARCÍA, A., «La mediación penal en Inglaterra y Gales», cit., p. 96; ERVO, L., «La conciliación en materia penal en los países escandinavos», cit., p. 144, dando datos estadísticos de los delitos que más comúnmente se llevan a mediación, destacando el 305 de hurtos, el 185 de agresiones, el 165 de daños pequeños y graffittis, el 12 % de robos, entre otros.

principio las faltas son hechos que vendrían favorecidos más que los delitos en el procedimiento de mediación, en cuanto a alcanzar acuerdos y reparaciones al respecto. Se trata, más bien, de un estereotipo no siempre real, por cuanto, por un lado, pueden no querer las partes, y por otro, por el interés general en juego. Así sucede, por ejemplo, siguiendo a GONZÁLEZ CANO<sup>23</sup>, con las reguladas en el Título III (faltas contra los intereses generales, arts. 629 a 632 CP) y las recogidas en el Título IV (faltas contra el orden público, arts. 633 a 637 del CP).

### C) Delitos de lesiones, contra el honor, contra la libertad (amenazas o coacciones), contra los derechos y deberes familiares (impago de pensiones) y delitos contra la salud pública

En las experiencias piloto estos delitos, llevados a mediación, han arrojado resultados favorables, al alcanzar acuerdos. Quizás estadísticamente el que menor grado de cumplimiento voluntario ha arrojado es el de la reparación en los casos de incumplimiento de deberes familiares.

## 3. Determinación de posibles supuestos, por razón del delito o por la calidad de alguna de las partes, menos favorables a la mediación

En algunos casos, ora por su naturaleza, comisión del hecho, gravedad, sujetos, etc, se hace más compleja la mediación. Así, son supuestos complejos.

### A) Delitos de violencia de género

En nuestro país la situación ha venido marcada por la prohibición de la mediación en la LO 1/2004, integral de medidas contra la violencia de género<sup>24</sup>, (art. 44.5).

<sup>23</sup> GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 41.

<sup>24</sup> Un desarrollo interesante de esta materia, sin perjuicio de la múltiple doctrina en relación con la misma, puede verse en la obra de ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Se ha tratado de argumentar a favor de la mediación penal con argumentos como que podría entenderse una prohibición solo de la mediación civil, al ubicarse entre las reglas procesales civiles, aun cuando es muy complicada esta interpretación. Otro argumento esgrimido es el de que no es posible prohibir en la ley de 2004 lo que en 2004 no existía en la ley, esto es, la mediación penal como tal en nuestro ordenamiento jurídico. Se esgrimen como argumentos justificadores de su exclusión el posible desequilibrio entre la víctima y el victimario, que frustraría cualquier tipo de diálogo, acuerdo, comunicación y/o respuestas voluntarias.

En todo caso, y siendo indudable que concurre un claro desequilibrio emocional en la mayor parte de los casos, pueden igualmente darse situaciones en las que podría ser recomendable para ambos la mediación. Ello nos lleva a la afirmación anterior de la necesidad de determinar caso por caso la conveniencia o no de acudir a mediación penal; también para estos supuestos. Es la solución a la que se llega en algunas legislaciones de nuestro entorno, aun cuando otras efectúan una exclusión taxativa.

Así, en EEUU se asume como criterio general la no recomendación de la mediación si existe o puede existir un desequilibrio de fuerzas, ya sea emocional, económico o social, entre la víctima y el victimario, considerándose como ejemplo el maltrato al cónyuge o a los hijos<sup>25</sup>. En Alemania la mayor parte de los Estados federales colocan como excluibles de la TOA los delitos con violencia en la comisión del hecho, y los que ocasionan un riesgo de peligrosidad para la víctima, siendo un lugar común la discusión en torno a la exclusión de la mediación en los delitos de violencia doméstica y los de la violencia de género. Se argumenta la no exclusión *a priori*, si bien no se recomienda llevar a mediación violencias familiares o domésticas si concurre una clara situación de desigualdad, de sometimiento de una parte sobre la otra<sup>26</sup>, si bien cabría su viabilidad si se salvan los escollos expuestos y si hay previsión de mejora de las relaciones que van a tener continuidad

<sup>25</sup> FISCHER, K./VIDMAR, N./ELLIS, R., «The culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases», en *Sothorn Methodist University Law Review*, vol. 46, 1993, pp. 2117 y ss, y en el mismo sentido GUILL, T.U., «A framework for understanding and using ADR», *Tulane Law Review*, vol 71, 1997, p. 1333.

<sup>26</sup> KILCHLING, M., «Restorative Justice Developments in Germany», en *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, cit.. También, mi capítulo en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, cit.

en el futuro<sup>27</sup>. Por su parte, en Francia también se ha cuestionado. Se considera pertinente en ciertos casos, que habitualmente implican deseo de continuación de la vida familiar, de modo que, salvo que se trate de relaciones ya rotas o «en vías de ruptura», la posibilidad de recomponer la relación de pareja, inclusive con alguna acción de violencia, puede alcanzarse de forma menos traumática si se consigue que el cónyuge violento tome conciencia de su conducta frente a la pareja, con la ayuda del mediador. Si existe voluntad de poner fin a la relación conyugal, los sentimientos de odio, venganza, ajuste de cuentas afloran y es casi imposible alcanzar una solución amistosa<sup>28</sup>. En suma, se viene a aceptar mediación en supuestos de violencia de género solo si se trata de un primer episodio de violencia no grave<sup>29</sup>.

En España son curiosos los resultados que se arrojan en los supuestos de conflictos familiares llevados a mediación, precisamente porque la ayuda del mediador deviene esencial para la modulación de las relaciones, para convertir lenguajes negativos en positivos, diferenciar posición adoptada e intereses en juego, etc. En suma, es precisamente un ámbito en el que cabe la composición, la gestión del conflicto, la reconstrucción de una relación que inevitablemente va a continuar. Aun cuando pudiere ser positivo, ello no es óbice al obstáculo legal con el que nos encontramos y a la justificación del mismo sobre la base de la idea de evitar la victimización secundaria y la desigualdad como elementos que imposibilitan el diálogo y el consenso.

## B) Reincidentes

Se suele considerar como poco apto para mediación aquellos supuestos en los que intervienen los reincidentes. Se les atribuye así una suerte de «etiqueta», un prejuicio de no mediable. Ese prejuicio debe, sin embargo, matizarse, en atención a las circunstancias, a la calidad de la reincidencia (puede serlo por un delito o falta que afecta a bien jurídico absolutamente diverso), pudiendo, bajo el trabajo del mediador, favorecerse la rehabi-

<sup>27</sup> BANNENBERG, B., RÖSSNER, D. «New developments in restorative justice to handle family violence», in Weitekamp, E., Kerner, H.-J. (eds.), *Restorative Justice in context. International practice and directions*, Cullompton, Willan, 2003, pp. 51-79.

<sup>28</sup> MBANZOULOU, *La médiation pénale*, cit., p. 59.

<sup>29</sup> RAKATOMAHANINA y otros, «Réflexions sur l'efficacité de la médiation pénale dans les violens conjugales faites aux femmes», en *Gazette du Palais*, noviembre-diciembre, 2005, p. 4043.

litación del posible delincuente<sup>30</sup>. Parece recomendable que sean los directores de la persecución penal, y en ciertos casos los mediadores los que de forma singularizada determinen, caso por caso, si la mediación es o puede ser más conveniente personal y socialmente.

En Alemania se ha sostenido que es posible la mediación con antecedentes penales, no siendo necesario que los victimarios sean primarios<sup>31</sup>. Repárese que se trata de una posibilidad, no necesidad y, por ello, se determinará caso por caso si es o no conveniente que un reincidente se someta a mediación, bajo aceptación de unas condiciones a cumplir. En Inglaterra, muy probablemente por la influencia de la materia en menores, la situación es más restrictiva, al rechazarse esta posibilidad en los programas de mediación con adultos, aun cuando doctrinalmente tampoco existe una posición unánime, valorándose la reincidencia o la multirreincidencia, para excluir o no la mediación<sup>32</sup>. En los Países Nórdicos se acepta la mediación en estos casos, aunque se recomienda, y así aparece en la ley, esencialmente para delincuentes primarios<sup>33</sup>.

En general podría considerarse una norma general que sería la de restringir el acceso a mediación penal en caso de reincidentes, pero no prohibírselo, valorándose caso a caso las circunstancias en la comisión del delito, la naturaleza del delito y la pena que lleva aparejada, entre otras, para evitar que la mediación se convierta en un puro instrumento de utilidad personal, para la obtención de una rebaja de la pena, un no sometimiento al proceso etc., en cuyo caso carece de sentido acudir a mediación porque se está frustrando la esencia de este procedimiento.

## C) Delitos de peligro

Consecuencia de nuevas y múltiples tipologías delictivas, derivadas de lo que ha venido denominándose

como la *sociedad mundial del riesgo*<sup>34</sup>, un concepto que permite acoger los desarrollos de «la sociedad mundial», la «sociedad de la información» y la «sociedad del riesgo» que tanto han afectado y afectan a la evolución de la criminalidad<sup>35</sup>, y que han marcado un sendero hacia la expansión del Derecho Penal, las dificultades para asumir como posible la aplicación de las manifestaciones de la *restaurative justice*, y entre ellas la mediación, se complican, aun cuando no imposibilitan.

Razones que se esgrimen para esta complejidad son la delimitación subjetiva plural, compleja y diversa, que arroja dificultades para favorecer la aproximación víctima-victimario. Y se hace, si cabe, más compleja en el caso de indeterminación absoluta de las víctimas de esta modalidad delictiva. Esa dificultad se hace más palmaria en los delitos de peligro abstracto, en los que surge el concepto de víctimas innominadas o colectivas, que generan *a priori* ciertos obstáculos a la hora de considerar la mediación<sup>36</sup>. Estos obstáculos se han salvado por algún sector doctrinal incorporando la figura de la denominada «víctima simbólica» o «víctima por subrogación», no individualizada, siendo posible la actuación de determinadas personas jurídicas al lado de las víctimas, como sucede con asociaciones en defensa del medio ambiente, o asociaciones dedicadas a la desintoxicación en el caso de drogodependencias, o destinadas a trabajar por la no-violencia, o inclusive asociación pro víctimas de los delitos violentos o delitos de terrorismo, etc. Actuarían en defensa de los intereses colectivos e incluso difusos de los afectados por los delitos de peligro, y tratan de potenciar el reconocimiento de la responsabilidad del victimario, la atenuación de su pena y favorecer, a través de la mediación penal la función también de prevención general positiva<sup>37</sup>. El argumento en contra se encuentra en la frustración de la idea clásica de diálogo,

<sup>30</sup> GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 42.

<sup>31</sup> Puede verse, al respecto, KILCHLING, M., «Restorative Justice Developments in Germany», en *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, cit., que explica como en el Estado de Baden-Württemberg, a mediados de los años 90 solo el 40 % de los delincuentes que se sometieron a mediación eran primarios.

<sup>32</sup> MONTESINOS GARCÍA, A., «La mediación penal en Inglaterra y Gales», cit., pp. 96-97.

<sup>33</sup> ERVO, L., «La conciliación en materia penal en los países escandinavos», cit., p. 145.

<sup>34</sup> BECK, *World Risk Society*, Cambridge, 1999; también BECK/HOLZER, *Wie global ist die Weltrisikogesellschaft?*, en Beck/Lau (ed), «*Entgrenzung und Entscheidung*», 2004, pp. 421-439.

<sup>35</sup> Puede verse SIEBER, U., «Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal», *Revista Penal* julio 2008, La Ley, pp. 126-127. Con anterioridad, SIEBER, U., «Grenzen des Strafrechts» en Albrecht/Sieber, *Perpektiven der strafrechtlichen Forschung Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* 2004, 2006, pp. 35-79.

<sup>36</sup> Sobre este tema y soluciones puede verse el curso sobre mediación civil y penal de RÍOS MARTÍN y OLAVARRÍA IGLESIA, en la obra colectiva *Mediación civil y penal*, CGPJ, 2008, cit., p. 265.

<sup>37</sup> Interesantes reflexiones sobre este punto y conclusiones al respecto pueden verse en GONZÁLEZ CANO, I., «La mediación penal en España», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 41.

comunicación, con la víctima concreta, afirmándose que la intervención de la persona jurídica complica enormemente la flexibilidad requerida en este procedimiento de mediación, especialmente en lo que se refiere a alcanzar el consenso o acuerdo<sup>38</sup>.

### D) Víctimas especialmente vulnerables

Se incluye una lista de personas que pudieren considerarse como víctimas especialmente vulnerables y con las que la mediación penal puede ser compleja. Se trata de incapaces, menores, víctimas de género, etc. Se duda de la eficacia de este procedimiento como consecuencia del estado en que se encuentra la víctima, con una aminoración de sus facultades, por razones diversas, que empañan su capacidad absoluta y que perturban la eficiencia del modelo mediador. Esta situación dificulta el diálogo aun cuando no lo impide de forma absoluta. En muchos casos requiere de la intervención de persona o personas que representen al sujeto vulnerable. Y eso se considera como la expresión de una voluntad indirecta o derivada, no directa de los sujetos afectados.

Aun cuando los argumentos esgrimidos pudieren ser válidos, no por ello debe entenderse excluida la mediación en estos casos. Cuestión diversa es si por otros criterios ya expuestos o por exponer no se recomendare la mediación penal, no tanto por ser la víctima menor de edad sino porque el tipo de delito y las circunstancias que concurrieron en la comisión de los hechos, así como las propias del autor de los mismos, puedan llevar a aconsejar la exclusión de mediación penal.

### e) Supuestos de mediación con pluralidad de sujetos

Se argumenta que trabajar con una pluralidad de sujetos puede ser negativo para que la mediación penal pueda cumplir sus fines. En este sentido, es cierto que podrían no querer todos someterse al procedimiento de mediación, planteándose al respecto si puede obligarse a acudir a mediación o si podría exigirse la aceptación de un acuerdo en el que no se ha participado. Hay que partir de la divisibilidad de lo divisible. Repárese que el

reconocer los hechos por alguno de ellos está afectando o puede afectar tanto a la presunción de inocencia de los demás como a su propio derecho de defensa, aun cuando no siempre es así. Estos son obstáculos que deben valorarse a la hora de admitir y considerar para unos hechos la mediación solo parcialmente subjetiva o no recomendarse en ningún caso. Ello no es óbice a la viabilidad de la mediación en aquellos supuestos de posibles acuerdos parciales que no devengan en prueba de cargo para los restantes coimputados, manteniéndose la máxima de que las soluciones de reparación no pueden hacerse extensivas a quienes no intervinieron.

### F) Mediación con personas jurídicas

Se plantea igualmente como cuestionable la mediación penal con personas jurídicas, tanto cuando sean víctimas de la comisión de hechos delictivos como si se trata de victimarios, máxime tras la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP, que reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>39</sup>, así como la adaptación de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. España se incorpora con ello al colectivo de países que admiten esta posibilidad en sus ordenamientos jurídicos, como sucede con Inglaterra<sup>40</sup>, Estados Unidos<sup>41</sup>, Francia<sup>42</sup>, Portugal<sup>43</sup>, entre otros, y precisamente en conexión directa con este reconocimiento debe igualmente atribuirse la posibilidad de que quienes pueden intervenir en un proceso, lo pueden hacer en la mediación, al menos en teoría. Repárese que más allá de proclamar la posible responsabilidad penal de estas personas jurídicas y las consecuencias derivadas de sus actos desde el punto de vista penal, es imprescindible determinar los instrumentos de tutela que el ordenamiento jurídico ofrece a la persona jurídica o frente a la persona

<sup>39</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (con FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.) Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2012, p. 20.

<sup>40</sup> Entre otros puede verse WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, 2 ed., Ed. Oxford University Press, 2001, pp. 84 y ss.

<sup>41</sup> En la literatura española puede verse NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Un modelo legislativo*, Madrid, lustel, 2008, pp. 178-194.

<sup>42</sup> PRADEL, J., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés; algunas cuestiones*, en [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_61.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61.pdf).

<sup>43</sup> LAMAS LEITE, A., «El régimen de mediación penal de adultos en Portugal: entre la justicia negociada y (alguna) dimisión del Estado», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 310.

<sup>38</sup> A estas cuestiones nos referimos en la obra BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., pp. 308.



jurídica. Si bien el proceso penal abriga cualesquiera reproche que socialmente se quisiera plasmar en el marco de la tutela penal, ello no es óbice a «usar» del instrumento de la mediación, también cuando quienes intervienen en la cosa penal son personas jurídicas.

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos no se excluye la mediación penal en estos casos. Uno de los argumentos que podrían esgrimirse para objetar la mediación con personas jurídicas podría ser el que conecta con el propio fin de la mediación y las funciones que se desempeñan por el mediador en el desarrollo del procedimiento de mediación. Se aduce la dificultad de volcar información, aproximar a las partes, mantener una actitud proactiva a favor del acuerdo y el pacto y en materia penal asumir en aras de una reparación de la víctima determinadas consecuencias económicas o simbólicas, amén de mostrar una conducta predispuesta a la rehabilitación. Argumentos todos ellos alegables también en un proceso. Se aducen dificultades de aplicación y viabilidad de las consecuencias, pero no es más complicado que en el proceso. Y finalmente se esgrime un argumento en contra de la denominada reparación o compensación simbólica, por la eliminación del elemento reparatorio que la mediación ofrece a las víctimas<sup>44</sup>.

Pese a todos estos argumentos debe considerarse como posible la mediación penal con personas jurídicas, ora cuando las mismas sean víctimas ora cuando lo sean victimarios. En ambos casos será la persona física que la representa la que pueda sentarse en el procedimiento de mediación y concluir, en su caso, un acuerdo que responda al cumplimiento de la función restaurativa<sup>45</sup>.

### III. ¿Cómo configurar la mediación penal? Clases y líneas generales del procedimiento

Nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en estos momentos ante la encrucijada de determinar cómo

<sup>44</sup> Con carácter especial en la doctrina alemana. Al respecto puede verse, LAUE, Ch., *Symbolische Wiedergutmachung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, p. 147.

<sup>45</sup> En el mismo sentido se ha admitido en el modelo alemán. Puede verse mi capítulo «Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania», en la obra colectiva *La mediación penal para adultos*, (dir. BARONA VILAR), cit., p. 267.

configurar la mediación penal, sobre todo atendiendo a las diversas modalidades y clases de mediación así como fijar las líneas programáticas procedimentales mínimas.

## I. Clases de mediación

A la hora de pergeñar el modelo de mediación penal es posible atender a dos criterios para clasificarla: la manera en que se lleva a cabo la misma; y el momento en el que se produce y su vinculación con el proceso.

### I.1 Mediación penal atendiendo al tipo de negociación

Atendiendo la técnica o manera en que se lleva a efecto la mediación, es posible hablar de mediación directa y mediación indirecta<sup>46</sup>.

#### a) Mediación directa

Es la que se desarrolla con las dos partes hallándose las mismas simultáneamente en el mismo espacio físico. Se considera más eficaz para alcanzar el acuerdo, sobre todo por cuanto implica una mayor potenciación del diálogo. Su desarrollo *face to face* debe estar precedido, por un lado de entrevistas personales. En primer lugar se comienza trabajando con la víctima, y en breve llega el victimario, y a partir de ello deberá actuar habilidosamente el mediador.

#### b) Mediación indirecta

La negociación se desarrolla sucesivamente, no simultáneamente, con el mediador y las partes, sin cara a cara entre ellas; no existe coincidencia física en el mismo espacio la víctima y el victimario. La técnica de mediación en estos casos es diversa porque las habilidades del mediador irán dirigidas a convertirse en vehículo de transmisión de información de una parte a otra.

<sup>46</sup> Puede verse PASCUAL RODRÍGUEZ, E., «Fase de negociación en la mediación penal con adultos. El encuentro entre las dos partes: persona víctima y persona infractora. Técnicas de negociación. Mediación directa e indirecta», en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial, n. 136, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 170-171.

### 1.2 Mediación penal en atención al momento procesal de desarrollo

En atención a este criterio es posible hablar de mediación preprocesal, mediación intraprocésal y mediación *postsententiam*.

La mediación preprocesal es anterior al proceso y puede ser alternativa y excluyente del mismo, solo posible en aquellos supuestos que se rigen por el principio de disponibilidad. Esta situación es excepcional en nuestro sistema jurídico.

La mediación más común será la intraprocésal, vinculada al proceso. Es la vía complementaria perfecta del proceso penal, dado que el acuerdo alcanzado, para ser eficaz y producir consecuencias jurídico-penales, debe quedar «validado» por el órgano jurisdiccional, bien a través de un auto de sobreseimiento, o, en caso de alcanzarse el acuerdo ya iniciado el juicio oral, a través de la sentencia de conformidad.

Finalmente cabría una mediación *postsententiam* que podría referirse, por un lado, a la mediación en ejecución, para favorecer, siempre que hubiere participado la víctima, por ejemplo, la suspensión de la pena o la sustitución de la pena privativa de libertad por otra; o bien cabría hablar de la mediación penitenciaria, que se plantea para favorecer un modelo dialogante diverso al sistema disciplinario sancionador, hoy por hoy basado en la aplicación del catálogo de sanciones establecidas en la LO Penitenciaria. Este régimen actual no busca el diálogo, sino la solución cortoplacista, manteniendo sensaciones de enfrentamiento, vencedores y vencidos.

## IV Posible procedimiento de mediación

Las experiencias de otros ordenamientos jurídicos y las provenientes de los proyectos-piloto nos permiten afirmar que es recomendable determinar unas fases del procedimiento, pero dejando flexibilidad en su desarrollo. Podemos destacar como posibles las siguientes etapas:

a) *Fase de aproximación o de contacto*: Se inicia por decisión del juez o del fiscal y siempre que exista inclinación favorable a la misma por parte del acusado y del abogado –cabría planteamiento por las partes teóricamente, aun cuando parece compleja esta posibilidad–. El

equipo de mediación contacta con las partes, se firma un documento inicial de consentimiento de haber sido informados de lo que es y significa la mediación, cumpliéndose con el principio de voluntariedad. El mediador podrá entrevistarse individualmente, para valorar si existe verdadero interés en dialogar y alcanzar el acuerdo.

b) *Fase de encuentro o de acogida*. Se realizan entrevistas conjuntas o separadas, que tiendan a favorecer el acuerdo. Habrá libertad de actuación por los mediadores, lo que no es óbice a la existencia de protocolos de actuación, según la pluralidad de sujetos, la naturaleza del delito, etc.

c) *Fase de acuerdo o negociación*. Se pretende suscribir un documento con el acuerdo. Si no existe acuerdo, el mediador informa al Juez o en su caso Fiscal, con debido respeto de la confidencialidad. Evidentemente es la fase en la que el éxito de la mediación se visualiza. Si existe acuerdo los objetivos se han conseguido, mientras que si no se da acuerdo, la continuación del proceso es necesaria. El acuerdo deberá ser escrito y puede consistir en la reparación, material o moral –como la petición de perdón– o simbólica; y debe quedar firmado por las partes. Parece razonable que antes de la firma del acuerdo se consulte, y, en su caso, se consensue con el abogado.

d) *Fase de ejecución*. Implica la puesta en práctica del acuerdo (reparación, tratamiento, etc.). Se plantea quién debe efectuar el seguimiento del cumplimiento efectivo: Juez, Fiscal, incluso hay quien considera –opinión que no comparto– el mediador. En cualquier caso, el control es imprescindible, dado que la reparación deberá llevarse a cabo antes de que se dicte la resolución final que ponga fin al proceso penal, lo que obliga a que la ejecución del acuerdo, siquiera parcialmente, debería haberse comenzado antes del inicio del juicio oral. La ley deberá establecer los efectos en caso de incumplimiento, total o parcial, siendo que provocarán la continuación del proceso<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> En todo caso, repárese que la mediación penal en España parece estar pensada esencialmente para aquellos supuestos en que se produce la remisión a la misma por estar pendientes unas diligencias incoadas contra el infractor. Es por ello que se canalizará formalmente la mediación como un incidente en el mismo proceso, y si se alcanza el acuerdo deberá homologarse por el juez mediante auto, y si no se alcanza, deberá darse por finalizado el procedimiento de mediación por el juez mediante auto para proceder a continuar con la pieza principal.

## La actividad inspectora del Consejo General del Poder Judicial y la mediación

opina

Ana M.<sup>a</sup> Carrascosa Miquel y M.<sup>a</sup> Ángeles Velasco García  
Magistradas. Letradas del Servicio de Inspección

Desde hace poco más de un año desde el Servicio de Inspección del CGPJ se viene desarrollando por dos de sus Letradas una labor de seguimiento e impulso de la Mediación Intrajudicial, tanto penal como familiar y, en el último periodo, tras la promulgación del RDL 5/2012 en materia civil y mercantil, también en materia civil.

El Consejo General del Poder Judicial al encomendar esta labor al Servicio de Inspección no hace sino cumplir el mandato constitucional que otorga al órgano de gobierno de los jueces, entre otras funciones, la de Inspección y régimen disciplinario (art. 122). Esta función tiene como fin primordial la mejora de la administración de justicia y el apoyo a la gestión de los órganos judiciales.

Así lo dice textualmente la Ley Orgánica del Poder Judicial en su exposición de motivos donde aparecen concebidas las facultades de inspección de Juzgados y Tribunales, no como una mera actividad represiva, sino, más bien, como una potestad que incorpora elementos de perfeccionamiento de la organización que se inspecciona.

El Consejo General del Poder Judicial, a través del Servicio de Inspección, ejerce, pues, la labor de inspección persiguiendo primordialmente la incorporación de elementos de perfeccionamiento de la organización que se inspecciona.

Desde el conocimiento directo a través de la labor inspectora del funcionamiento de los programas de Mediación desarrollados por diversos Juzgados y Tribunales en nuestro país, se ha llegado al convencimiento de que la mediación, ya sea como alternativa a la Jurisdicción, ya sea como sistema complementario de ésta en la resolución de conflictos, constituye un instrumento

eficaz para lograr ese «perfeccionamiento» en la administración de justicia que como hemos visto es el fin primordial de la actividad inspectora del Consejo. En aquellas jurisdicciones donde ha alcanzado un grado más avanzado de desarrollo, especialmente, la de familia y la penal, el Servicio de Inspección ha tenido ocasión de comprobar que, entre otros métodos de resolución de conflictos que conviven con el sistema adversarial propio de la Jurisdicción, la mediación aporta perspectivas de trabajo y propuestas de viabilización del conflicto que no pueden desatenderse si pretendemos realmente hacer una justicia más humana y cercana a las necesidades de los administrados, en definitiva, más eficaz.

Los esquemas procedimentales tradicionales deben evolucionar pues su propia concepción y desarrollo. Ciertamente es además que las salas de justicia y en general la infraestructura judicial se adecuan mal a las nuevas demandas de humanización y que, pese a que los juzgados –como los hospitales– son lugares donde la gente sufre, pocos recursos se dedican a atender y aliviar ese dolor. Parece que solo la solución jurisdiccional es posible, solo la solución emanada de la fría y despersonalizada aplicación de las leyes. El descontento general hacia el trabajo de juzgados y tribunales choca frontalmente con la extraordinaria dedicación de los titulares de esos órganos que cada día se comprueba desde la inspección. Como afirmaba André Gide en su libro «No juzguéis», la justicia de los hombres ha de ser imperfecta porque los hombres somos imperfectos, pero cuanto mejores sean los instrumentos de que dispone el Juez (se refería a la ley), mejor será la calidad de su trabajo. Todo ello requiere una profunda reflexión, crítica y serena, y posiblemente una reforma radical del sistema de justicia.

Mientras tanto, desde ámbitos no jurisdiccionales se nos brinda una posibilidad nueva, que de alguna manera devuelve el conflicto a las partes para que entre ellas –ayudados por un experto, un mediador, conocedor de las técnicas adecuadas– sean capaces de buscar y encontrar una solución pacífica a su conflicto, ya sea familiar, penal, civil... Una solución a la que llegan trabajando desde lo que une a las partes como individuos concretos, como, por encima de esa individualidad, al género humano como perfectible.

Estas experiencias que en nuestro país comenzaron a finales de los años 80, circunscritas casi exclusivamente a Cataluña y al ámbito de la mediación familiar y de menores infractores, han ido desarrollándose poco a poco hasta el momento actual, en el que está presente en la mayor parte del Estado español.

Desde esos primeros balbuceos en que se cuestionaba si la jurisdicción era el recurso adecuado para resolver cuestiones tan íntimamente ligadas a la psicología como todas las que se producen como consecuencia de la ruptura familiar, especialmente en relación al cuidado de los hijos de la pareja en crisis –y se ofrecía además como método idóneo para aliviar el trabajo que sobrecarga los juzgados–, se ha llegado al momento actual, en el que poco a poco mediadores y juristas han aprendido a convivir y a cohabitar «en agradable compañía» conscientes de que ningún problema tiene una solución única y de que nadie posee todas las respuestas. Se ha comprobado, y aprendido también, que la mediación resuelve el conflicto personal, lo pacifica, da una respuesta a lo que las partes buscan al acudir a la jurisdicción. El efecto directo es la satisfacción de los justiciables y de quienes forman parte de la administración de justicia, junto a una mejora general en la percepción del sistema de justicia; la pacificación del conflicto

**Se ha comprobado, y aprendido también, que la mediación resuelve el conflicto personal, lo pacifica, da una respuesta a lo que las partes buscan al acudir a la jurisdicción. El efecto directo es la satisfacción de los justiciables y de quienes forman parte de la administración de justicia, junto a una mejora general en la percepción del sistema de justicia**

conlleva además, como efecto indirecto, una disminución de los asuntos pues las partes que han alcanzado un acuerdo de mediación en general no vuelven a pleitear entre ellos; además la ejecución de la decisión judicial que aprueba el acuerdo se simplifica pues son las partes quienes han determinado su contenido, lo conocen, lo asumen y lo aceptan.

La llamada mediación intrajudicial, es decir, la que se lleva a cabo en el curso de un proceso ya iniciado es la mediación que las Inspectoras del Consejo examinan en las denominadas «Visitas de Conocimiento». Por ello además de visitar y recabar información de los órganos que la vienen desarrollando, se tienen encuentros tanto con Jueces, Secretarios Judiciales, Fiscales, como con Colegios de Abogados, Procuradores, Psicólogos, y diversas asociaciones y organizaciones de mediadores; estos encuentros sirven por un lado para hacer una labor divulgativa de las buenas prácticas recogidas a lo largo de esas visitas, y por otro, para encauzar nuevos proyectos de mediación, garantizando así su calidad. Ello es así porque el trabajo realizado desde la inspección se complementa además con el de la Vocalía de Mediación, que a través del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad, supervisa y hace un seguimiento del desarrollo de los convenios que se suscriben entre el Consejo General del Poder Judicial y las entidades que llevan a cabo la mediación. La calidad de los proyectos garantiza el buen futuro de este recurso.

Desde este trabajo de conocimiento y difusión de la mediación desarrollado por el Consejo a través de su Servicio de Inspección se busca dar cumplimiento al mandato constitucional y legal de mejorar nuestro actual sistema de justicia, permitiendo que el ciudadano, cuando lleva ante la jurisdicción sus conflictos, obtenga las respuestas que busca y merece.

## Mediación intrajudicial

opina

María Teresa Martín Nájera, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid

La mediación es una forma autocompositiva de resolución de conflictos. Eso supone que se renuncia al uso de la violencia y a la intervención de un tercero con autoridad.

En la mediación, interviene un tercero para facilitar la comunicación y apoyar que se llegue a un acuerdo, dirigiendo el proceso mediacional pero no el acuerdo al que se puede llegar, que resulta posibilitado mediante la metodología de la mediación. El tercero interviniente carece de autoridad. Se denomina mediador y tiene una formación específica.

En el Primer Congreso Europeo de mediación familiar celebrado en 1990 se adoptó la definición de mediación como «un proceso en que la pareja acepta la intervención neutral y cualificada de una tercera persona llamada mediador familiar, cuyo papel consiste en llevarles a encontrar por sí mismos un acuerdo duradero y mutuamente aceptable, considerando las necesidades de cada miembro de la familia y, especialmente de los niños pequeños, dentro de un espíritu de responsabilidad compartida y de igualdad entre los progenitores».

El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, recoge esta finalidad al manifestar en su exposición de motivos que *«como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales en este sector del ordenamiento como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes»*.

Es una forma de que los ciudadanos tomen el derecho en sus manos y por tanto una forma de participación social. El Decreto-Ley también lo menciona al hablar de la desjuridificación consistente *«en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo reparatorio.»*

Hay sectores que consideran que la mediación supone una privatización de la justicia a semejanza del arbitraje. Nada más lejos de la realidad. La filosofía y la práctica de la mediación consiste en empoderar a los ciudadanos y facilitarles herramientas para resolver por sí mismos los conflictos en que puedan verse inmersos y eso supone una mejora social y un avance indudable hacia la paz social. No se trata de privatizar la justicia, que debe seguir existiendo ya que la mediación tampoco es una panacea que pueda resolver todas las situaciones, sino de que parte de los conflictos se puedan resolver por los propios ciudadanos. En el momento actual los ciudadanos entregan en muchos casos el poder de decisión a los tribunales cuando ellos los podrían resolver.

Me acerqué a la mediación en el año 2004 de la mano de Pascual Ortuño a nivel teórico leyendo sobre la materia. Antes de este estudio era contraria a la mediación porque realmente no la conocía y tenía la sensación de que el mediador iba a suplantar al juez, tomando decisiones que únicamente correspondían al poder judicial en un estado de derecho como es nuestro caso. Sentía que mi labor ya no iba a ser necesaria y esto me producía confusión. Sin embargo, una vez que fui conociendo la metodología y los principios en que se basa, me di cuenta de que era absolutamente necesaria en los conflictos familiares, y que era lo que yo echaba en falta en mi experiencia como juez de familia. Alguien que pudiera intervenir entre las partes para poner un poco de sensatez y racionalidad en algunos conflictos.

Luego, en el año 2006, tuve el privilegio de participar en la experiencia piloto auspiciada por el Consejo General del Poder Judicial de la mano de Félix Pantoja que se llevó a cabo en 6 Juzgados de Familia del territorio nacional: Barcelona, Madrid, Málaga, Pamplona, Palma de Mallorca y Sevilla. Se puso en marcha la experiencia una vez que entró en vigor la

Ley 15 del año 2005, de Modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Nulidad, Separación y Divorcio. En esta Ley se introdujo por primera vez la mediación en la LEC. En la actualidad existe a disposición de los Juzgados de familia de Madrid un punto de información sobre mediación familiar servido por mediadores de los CAF del Ayuntamiento de Madrid que atienden en la sede de los Juzgados a los progenitores remitidos desde dichos órganos.

Llevo destinada en un Juzgado de Familia desde el año 2002, y en mi experiencia he visto que hay parejas que vuelven una y otra vez al juzgado ya sea pidiendo modificaciones de medidas, o la ejecución de las ya acordadas o la liquidación de gananciales. Al principio, pensaba que mi sentencia no era buena pero no era así. Por eso suelo decir que los jueces hacemos buenas sentencias. Pero hay personas que no dejan de acudir a los tribunales una y otra vez en una forma de pedir ayuda. Y es entonces cuando quedó palpable que debía ofrecerles otros instrumentos además de la sentencia para que ellos mismos pudieran resolver sus diferencias y desbloquear la situación en que se encontraban, acudiendo a terceros (abogados y jueces) en busca de una solución que solo ellos podían encontrar. Y es que podemos resolver impecablemente el problema jurídico y contar las partes con los mejores abogados que, si no van avanzando en las fases de la ruptura, no vamos a solucionar los problemas afectivos, sociales, emocionales y de comunicación que haya entre ellos.

Y en este sentido, ofrecer la mediación desde el ámbito judicial o desde la abogacía, desde luego, va a favor de la calidad de la respuesta judicial como recoge la exposición de motivos del Decreto-Ley de Mediación y como habíamos constatado muchos de los jueces de familia que estamos implicados en esta materia.

En Derecho de Familia, donde las relaciones de las partes deben preservarse en el futuro, sobre todo si tienen hijos en común, resulta más adecuado acudir en primer lugar a la mediación.

En todas las reuniones y grupos de expertos en Derecho de Familia hay un sentir común y es que la información sobre la metodología de la mediación

sería de gran interés para las partes que se encuentran inmersas en un proceso de ruptura. La mediación es poco conocida por la sociedad y supone la mejor opción para resolver el conflicto. Esta metodología facilita el paso a través del conflicto integrando las decisiones que deben tomarse con las emociones asociadas. Se trata de crear un marco de respeto y seguridad en que las partes puedan expresar sus sentimientos y puntos de vista, ponerse cada uno en el lugar del otro a través de la validación de las posiciones de ambos para desde esa base poder establecer puentes de comunicación y llegar a los acuerdos que más se adapten a sus circunstancias personales y sean satisfactorios para ambos. Proporciona un espacio en el que puedan tener cabida todos aquellos temas que tengan relevancia para ellos aunque no la tengan desde el punto de vista jurídico formal.

La Directiva Europea 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles es un instrumento de mínimos ya que respeta al máximo la competencia de cada Estado para regular la mediación de la forma que crea conveniente. Se basa en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

El objetivo de la Directiva es difundir las ventajas de la mediación sobre la base de su utilidad ya que:

- Procura un abaratamiento de costes
- Obtiene una solución rápida
- Propicia acuerdos que sean prácticos y que sirvan para mantener una relación futura viable entre las partes
- Facilita el cumplimiento voluntario

El Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles ha traspuesto al Derecho Español la Directiva. Se regula la mediación bajo los principios de voluntariedad, confidencialidad, neutralidad e imparcialidad. Sus disposiciones son aplicables al Derecho de Familia ya que modifica determinados artículos de la LEC, siendo de resaltar que se protege la confidencialidad del mediador ya que no puede ser solicitada su intervención en el proceso. Por otro lado recoge en el título III el estatuto del mediador, regulando sus derechos y obligaciones y contempla también el proceso de mediación.

# El proyecto piloto de mediación mercantil en los juzgados de Vizcaya

opina

Aner Uriarte Codón y Marcos Bermúdez Ávila  
Magistrados de los Juzgados 2 y 3 de lo Mercantil de Bilbao

## I. La mediación

La mediación es una forma de solucionar los conflictos entre los particulares mediante la intervención de un tercero al que acuden voluntariamente. Como en el arbitraje y en el proceso judicial, es un tercero imparcial el que busca la solución. A diferencia de estos dos últimos métodos, la solución del mediador no se impone con carácter coactivo a las partes en conflicto.

No son éstos métodos excluyentes entre sí. Dependerá del asunto que deba resolverse el que uno sea más adecuado que otro. Así mediante la mediación se pretende que las partes comprendan el origen de sus diferencias, confronten sus visiones del problema, sopesen las consecuencias del conflicto e intenten evitarlas aceptando la mejor solución posible basada en la aplicación de las normas jurídicas. Una buena mediación supone un medio rápido, económico y satisfactorio para las partes, que aceptan (y no ven impuesta) la mejor solución a su conflicto, en evitación, también, de sucesivos problemas entre ellas.

## II. La apuesta del Consejo General del Poder Judicial

Desde el año 2005 el Consejo General del Poder Judicial ha apostado por la potenciación de la mediación como método más adecuado para la solución de determinados conflictos, lo que a su vez supone la descarga de los órganos jurisdiccionales, ofreciendo apoyo activo a determinados proyectos piloto en los ámbitos de derecho de civil, penal y laboral y estimulando la «cultura de la mediación». En esta tarea, el Plan de Modernización de la Justicia aprobado en la última etapa del Consejo incluye una referencia específica a la mediación civil y penal como instrumento eficaz en la resolución de

conflictos y se han impulsado reformas orgánicas y procesales con el propósito de agilizar la Justicia.

En el ámbito civil la mediación se utiliza preferentemente en la esfera familiar, en las relaciones contractuales, en conflictos derivados de la propiedad horizontal, el consumo, y las relaciones mercantiles (problemas que se plantean en las pequeñas sociedades de capital, transporte, conflictos en materia de marcas y otras propiedades especiales). Orgánicamente la estructura la conforman de un lado los Juzgados que ofrecen la mediación (en Barcelona, Vizcaya, Madrid, Valencia, Girona) y de otra los llamados «servicios de mediación» a los que son derivadas las partes cuando el asunto lo recomienda (en Andalucía, Aragón, Asturias, Castilla León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Madrid, Extremadura, Galicia, Baleares, La Rioja, Navarra y el País Vasco), auspiciados, dependiendo del caso, por la Comunidad Autónoma, las cámaras de comercio y los colegios profesionales.

## III. El proyecto piloto en los Juzgados de lo Mercantil de Vizcaya

Los tres jueces al frente de los Juzgados de lo Mercantil de Bilbao, tanto los dos titulares de los dos órganos judiciales, Marcos Bermúdez Ávila y Aner Uriarte Codón, como el Juez de Adscripción Territorial, Zigor Oiarbide de la Torre, se comprometieron con un proyecto piloto de mediación mercantil, a petición del Consejo General del Poder Judicial, con la intervención de la Cámara de Comercio de Bilbao y del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco.

Así, en julio de 2011, se acordó la puesta en marcha del mismo, consistente, básicamente, en la posibilidad de que, en determinados procedimientos judiciales tramitados en

los dos Juzgados de lo Mercantil, se pudiera derivar a las partes en conflicto al servicio de mediación prestado por la Cámara de Comercio; manteniendo la pendencia del procedimiento a la espera de la resolución de la mediación en marcha, recogiendo los eventuales acuerdos que se pudieran alcanzar, y prosiguiendo con la litis en el caso contrario.

De esta forma, se decidió habilitar esta vía para los procedimientos mercantiles no concursales, esto es, los procedimientos declarativos, juicios ordinarios y verbales, en los que se ejercitaran alguna de las acciones basadas en las materias específicas recogidas en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así, se razonó la previsión de mayor facilidad de búsqueda de acuerdos en el marco de la bilateralidad que preside los procedimientos declarativos, entre demandante y demandado; descartando provisionalmente la aplicación de tal posibilidad en los procedimientos concursales en los cuales, en la práctica totalidad de ellos, concurren una pluralidad de partes con intereses públicos y privados (deudor o concursado, administrador concursal, acreedores privados, administraciones públicas, y trabajadores), que dificultan la búsqueda de un acuerdo, atendiendo a las diferentes voluntades que deben ponerse de acuerdo.

Por ello, los Juzgados de lo Mercantil han centrado el recurso a la mediación en los procedimientos declarativos en los que se ejerciten: acciones que, dentro de este orden jurisdiccional, se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas, entre ellas, las acciones por responsabilidad civil contra administradores sociales, auditores o liquidadores; acciones relativas a competencia desleal, acciones relativas a propiedad industrial, acciones relativas a propiedad intelectual, acciones relativas a publicidad, acciones relativas a transporte nacional e internacional, acciones reguladas en la normativa de derecho marítimo, y acciones de impugnación de condiciones generales de contratación.

La dinámica que se busca es clara: el juez, como órgano rector del procedimiento judicial, decide que el asunto objeto de la controversia entre las partes es susceptible de ser mediado; lo cual, normalmente, se sitúa en el marco del procedimiento de juicio ordinario en el momento en que se recibe el escrito de contestación, y se dispone de los dos escritos rectores del procedimiento. En dicha fase del procedimiento, se recaba una cita del servicio de mediación prestado por la Cámara de Comercio, se dicta una providencia indicando que el procedimiento es susceptible de mediación en la

cual se invita a las partes a la misma, y, a la vez, se dicta la diligencia de ordenación en la que se cita a aquellas a la audiencia previa (lógicamente, con una fecha posterior, en dos o tres semanas, a la cita facilitada por el servicio de mediación). Es decir, se continúa el procedimiento, habilitando la posibilidad de que las partes tengan una primera reunión, a la que, por supuesto, acuden de manera absolutamente voluntaria. Si esa primera reunión tiene efectividad, las partes pueden decidir continuar con el proyecto de mediación, que puede terminar antes de la fecha ofrecida para la audiencia previa, o, en su caso, proseguir. En ambos casos, el juzgado, atendiendo al principio dispositivo y con una actitud flexible y colaboradora, puede homologar el eventual acuerdo alcanzado entre las partes; o puede suspender el curso de procedimiento en aras de conseguir aquél, siempre a petición de ambas partes. Si, desde un inicio, la mediación no arranca (o, incluso, si alguna de las partes decide no acudir), o se frustra en cualquiera de sus fases; se pone de manifiesto al Juzgado el cierre de tal vía, y se continúa el procedimiento celebrando la audiencia previa, o volviendo a señalarla, según los casos. Y ello, siendo ajeno de manera absoluta al procedimiento judicial, lo hablado entre las partes, las propuestas de acuerdos que se hayan podido realizar, o las causas de la ruptura final del intento de mediación; extremos que se circunscriben al intento de mediación, y que no entran, ni pueden hacerlo, a formar parte del proceso contencioso continuado.

Si se trata del Juicio Verbal, la invitación a la mediación arranca en el propio acto del juicio, cuando se conocen los dos escritos rectores, en este caso específico, tras oír la contestación oral realizada por la parte demandada en la vista. En estos supuestos, se suspende la misma, se recaba una cita, y se convoca las partes a la hora ofrecida, a la par que se vuelve a convocar aquella, en una idea similar a la expuesta para el juicio ordinario.

## IV. El futuro de la mediación mercantil

El 7 de julio pasado se publica en el «BOE» la L. 6/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que viene a sustituir al Real Decreto-Ley 5/2012, de 2 de marzo, y a completar la normativa autonómica (desde las primeras leyes de mediación familiar de Cataluña y la Comunidad Valenciana del año 2001), incorporando la normativa europea (Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008).



Lo dice en su preámbulo la Ley. Preocupado por la «implantación de una justicia de calidad», el legislador nacional, recogiendo el impulso de las comunidades autónomas, pretende la «desjudicialización de determinados asuntos que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto» reconociendo que la «mediación, como forma de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de (determinadas) controversias».

El articulado de la Ley se estructura en cinco títulos. En el título I, bajo la rúbrica «Disposiciones generales», se regula el ámbito material y espacial de la norma, su aplicación a los conflictos transfronterizos, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, así como las instituciones de mediación. El título II enumera los principios informadores de la mediación, a saber: el principio de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad. A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador. El título III contiene el estatuto mínimo del mediador, con la determinación de los requisitos que deben cumplir y de los principios de su actuación. Para garantizar su imparcialidad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes, siguiéndose en esto el modelo del Código de conducta europeo para mediadores. El título IV regula el procedimiento de mediación. Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto. Finalmente, el título V establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos, ajustándose a las previsiones que ya existen en el Derecho español y sin establecer diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado; para ello se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo.

El encaje de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en el ordenamiento jurídico vigente obliga a la reforma de la normativa reguladora de las cámaras de comercio, de los colegios profesionales y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para facilitar el acceso a la mediación dentro del proceso civil: se regula la facultad de las partes para disponer del objeto del proceso y someterse a la mediación, la posibilidad de que el juez invite a acudir a él, se prevé la declinatoria como remedio para procurar el cumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación y se incluye el acuerdo de mediación dentro de los títulos que dan derecho al despacho de ejecución.

## V. La valoración de la reforma

Tanto el Consejo General del Poder Judicial como los colegios profesionales (abogados, economistas) esperaban la reforma legal para impulsar la mediación. También recientemente el Notariado se ha apuntado a la potenciación de este método, creándose en el Colegio Notarial de Madrid la «fundación notarial SIGNUM para la resolución alternativa de conflictos» con el objeto de difundir y extender lo que bautizan como «la resolución alternativa de conflictos» al margen de los tribunales (incluyendo la mediación y el arbitraje).

Llamada sin duda a proporcionar este impulso necesario a la mediación, la Ley en cambio se queda corta en comparación con otros ordenamientos: establece una regulación única y completa de la institución, aplicable a todo el territorio nacional, de acuerdo con los estándares internacionales (equilibrio de las partes, voluntariedad y libre disposición, imparcialidad y confidencialidad); regula un procedimiento suficientemente flexible y adecuado para alcanzar el objetivo; y se facilita el cumplimiento, coactivo, del acuerdo alcanzado, dándole carácter ejecutivo. Se reprocha a la Ley, en cambio, que se quede corta a la hora de facultar al juez para «obligar» a las partes a iniciar la mediación en cualquier fase del procedimiento judicial y de afrontar, como se ha hecho en Estados Unidos y el Reino Unido, una regulación de las costas procesales que tenga en cuenta la disponibilidad de las partes para acudir a la mediación.

El futuro de la mediación pasa por inculcar esta cultura y hacer que los particulares confíen en este método. Para ello, además de las reformas legales necesarias, ya en vigor y suficientes, deberá recorrerse un largo camino en la formación del mediador y en la difusión informativa de este método de solución de conflictos.

## La mediación administrativa como alternativa

opina

Álvaro Gil-Robles, ex Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, ex Defensor del Pueblo Español

La sinergia provocada por la puesta en práctica de otros sistemas de resolución de conflictos en Europa y en España como son la mediación civil, mercantil o familiar que ya están operando con éxito desde hace algunos años y que tienen un marco legal específico que les sirve de apoderamiento, apuntan a la necesidad de poner en marcha la mediación administrativa e intrajudicial como forma de prevención y resolución de conflictos entre la administración y los sujetos privados a través de una ordenación legal.

Se trata de que la mediación se asiente en el derecho público como una institución propia y característica de las administraciones públicas en la medida en que pueda operar tanto en su régimen jurídico propio, como en el plano de la jurisdicción, incorporándose así a las medidas de agilización procesal en el contencioso-administrativo que, como todos sabemos, obedecen al propósito común de suministrar a nuestros tribunales instrumentos procesales óptimos para la gestión procesal<sup>1</sup>.

Por ello, la mediación administrativa pretende modular e interpretar en cada momento los fines que le son propios a la Administración pública, integrando un equilibrio entre el interés general, como finalidad que persigue la Administración, con la buena gobernanza y la necesidad en la sociedad actual de que la Administración se convierta en una administración relacional, que promueva la confianza de los ciudadanos, escuchando y reconociendo sus diferencias, sin olvidar los intereses públicos. Se trataría, a través de esta propuesta de mediación, de crear una relación diferente entre la Administración y la sociedad, un modo de abordar los conflictos que surjan en el diseño y aplicación de las políticas públicas a través

del diálogo y la búsqueda de soluciones satisfactorias para las partes implicadas.

### El porqué de su oportunidad

La mediación administrativa como forma de prevención y resolución de conflictos entre la Administración y los sujetos privados ha adquirido un singular protagonismo y resulta de utilidad como consecuencia de varios factores:

- a) La inercia por la propia dinámica de otros sistemas de resolución de conflictos en Europa y en España como la mediación civil, mercantil o familiar que ya están operando con éxito desde hace algunos años y tienen un marco legal específico que les sirve de apoderamiento.
- b) La necesidad de reconsiderar los sistemas actuales de autotutela administrativa y de control judicial, como consecuencia de la crisis de la justicia administrativa y del retraso estructural que acompaña a la administración de justicia.
- c) Las dificultades de las administraciones públicas para promover las políticas públicas necesarias sin contar con la participación de los ciudadanos.
- d) La falta de transparencia en la adopción de las decisiones administrativas y en la elaboración de resoluciones en vía de recurso, dictadas a través de modelos estereotipados que reproducen sistemáticamente los mismos argumentos que acompañaban a los actos administrativos originarios.
- e) El encarecimiento de los medios materiales y personales por el aumento de procedimientos de impugnación administrativos y judiciales, y necesidad de encontrar medios de resolución de

<sup>1</sup> Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

conflictos menos costosos y más rápidos como medida coadyuvante de corrección del déficit público.

- f) Las graves consecuencias que para el erario público genera una condena en costas procesales a la Administración pública, como consecuencia del criterio objetivo del vencimiento, al imponerse las mismas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que se aprecie y así se razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho <sup>2</sup>.
- g) En el ámbito judicial, el porcentaje de desistimientos de los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo se encuentra en un promedio de entre un 9 % y un 12 %. La mediación puede acentuar este porcentaje de desistimientos o de renuncia, lo que permitiría una descarga del volumen de asuntos que pasan para votación y fallo.

En suma, constituye un instrumento óptimo de agilización, optimizando los procedimientos, suprimiendo trámites procesales o sustituyéndolos por otros más breves. <sup>3</sup>

## Su encaje en nuestro ordenamiento

La mediación administrativa está recogida en el artículo 88.1 y 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El artículo 88.1 regula la terminación convencional del procedimiento administrativo a través de acuerdos que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni versen sobre materias no susceptibles de transacción. El artículo 107.2 se refiere a la mediación sustitutoria de los recursos de alzada y de reposición.

Por otra parte, la mediación contencioso-administrativa está prevista de forma implícita en el artículo 77.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la

Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) y así lo han reconocido nuestros tribunales de justicia, al establecer la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

Frente a la obligación de proceder a la transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, el proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (núm. 121/000122 «BOCG» 29 de abril 2011- IX legislatura) , introducía –mas allá del contenido de la citada directiva- una modificación del citado artículo 77.1 LJCA, reconociendo expresamente la mediación contencioso-administrativa y su sometimiento a las normas de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, relativas a los principios de la misma, al estatuto del mediador y al procedimiento.

Transcurrido el plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la citada directiva y frente al apremio generado por dicho incumplimiento (apercibimiento de sanción por las instituciones europeas) se aprueba el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, el cual excluye, expresamente, de su ámbito de aplicación «La mediación con las administraciones públicas». [(artículo 2.2b)].

Dicha omisión resulta coherente y, desde luego, no supone un estancamiento para el desarrollo de este sistema de resolución de conflictos en el régimen jurídico-administrativo. De un lado, porque la previsión de la mediación contencioso-administrativa prevista en el frustrado proyecto de ley citado, pese a que como novedad introducía la voz «mediación» en su texto, no añadía nada nuevo a lo ya estipulado en la redacción del artículo 77 LJCA y, aunque, como se ha indicado, se estableciera una cláusula de remisión de la mediación contencioso-administrativa a algunos aspectos de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, se hubiera corrido el riesgo de fracasar en el intento de acuñar valores o principios que, si bien son útiles para el derecho privado y sus instituciones jurídicas, habrían sido de dudosa com-

<sup>2</sup> Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, que en el orden contencioso-administrativo da una nueva redacción al apartado 1 del artículo 139 de la Ley jurisdiccional.

<sup>3</sup> La Estadística Judicial de 2010 publicada por el CGPJ pone de manifiesto que en la jurisdicción contencioso administrativa la tasa de congestión es la peor de todo nuestro sistema jurisdiccional, un 2,26.

patibilidad para su implementación en el derecho administrativo.

De otro lado, es coherente su omisión, porque si se quiere que la mediación administrativa tenga una sustantividad propia en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo y para que pueda ser utilizada en este ámbito con la garantía y efectividad necesarias, es preciso dotarla de la suficiente autonomía conceptual y operativa frente a otros distintos modelos de mediación, así como de otros sistemas de resolución de conflictos privados o públicos como pueden ser el arbitraje, la conciliación o la transacción.

## En la actualidad, nuestros tribunales y leyes administrativas nos han mostrado una realidad distinta acerca de estos sistemas de composición, los cuales se encuentran en una zona intermedia entre el derecho material pacífico y el derecho procesal litigioso

Para responder a esta exigencia, además de las fuentes doctrinales y jurisprudenciales<sup>4</sup> con las que ya contamos dirigidas a poner en práctica los distintos preceptos legales que acogen la terminación convencional y la contencioso-administrativa (art. 88.1 LPC y 77 LJCA), debe completarse su materialización con la puesta en marcha de una ley específica de mediación administrativa y contenciosa que atienda a las singularidades que se derivan de la propia dinámica en la que se desenvuelve el derecho administrativo y con las directrices necesarias para resolver las dificultades que conlleva utilizar la mediación en un escenario de derecho público en el que existe, a priori, una situación de desigualdad real entre las partes, como consecuencia de la prerrogativa administrativa y la relación general y

<sup>4</sup> STSJ GAL 5582/2008, de 12 de marzo FJ primero: Terminación convencional del proceso contencioso administrativo a través de transacción. Art. 77 LJ.

especial de sujeción en la que se encuentran los sujetos privados frente a la administración.<sup>5</sup>

Pero lo más importante es que, para que este sistema de resolución de conflictos pueda funcionar con efectividad en el régimen jurídico administrativo, es necesario que la parte de la balanza en la que recae el peso de la cultura de la confrontación y del litigio, pueda equilibrarse en torno a la denominada «cultura de mediación», como factor de identificación propio en el marco de un proceso necesario de adaptación de una sociedad que demanda nuevas estrategias operativas, para hacer frente a situaciones complejas en unas relaciones entre la administración y los ciudadanos de las que se espera un nivel de estabilidad razonable, a través de un intercambio de propuestas compatibles con la seguridad jurídica y con la confianza legítima.

En sentido práctico, para alcanzar esa identidad cultural común, es preciso que se despejen las dudas y los recelos interinstitucionales que provienen de algunos sectores profesionales que oponen razones de estricta legalidad, de interés público o de defensa de los derechos objetivos, como argumento disuasorio de la implementación de la mediación administrativa que, por propia inercia, desconocimiento o desinterés, se concibe en algunos casos, como una figura de dudosa constitucionalidad, lastrada en instituciones del pasado que buscaban arreglos en la solución de los conflictos o «naderías» a través de la función interpuesta de un tercero denominado «hombre bueno» «facilitador» o «amigable componedor».

En la actualidad, nuestros tribunales y leyes administrativas nos han mostrado una realidad distinta acerca de estos sistemas de composición, los cuales se encuentran en una zona intermedia entre el derecho material pacífico y el derecho procesal litigioso.<sup>6</sup> Especialmente

<sup>5</sup> El Consejo de Estado aconseja en el dictamen sobre anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles que, la eventual regulación de la mediación en la esfera administrativa fuera objeto de una iniciativa normativa distinta de la norma que regule la mediación en los asuntos civiles y mercantiles, por lo que se sugirió suprimir la disposición final segunda del Anteproyecto en donde se proponía una nueva regulación del artículo 77 LC sobre mediación. Vid. Dictamen Expediente: 2222/2010 (JUSTICIA)

<sup>6</sup> Vid. Sentencias sobre terminación convencional. SAN 2394/2009, de 6 de mayo. Sentencia STSJ ICAN 2929/1998, de 7 de septiembre. STS 5193/2011 de 29 de junio. SAN 2394/2009, de 6 de mayo.

la mediación administrativa tiene su encaje en nuestra Constitución como expresión de la libertad personal y de la justicia como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 9.1 y 10. 1 CE). En este sentido, no existe precepto que se oponga a la mediación, sino todo lo contrario, porque el principio de libertad en el que se apoya esta figura, supera las fundamentaciones a través de las cuales opera el poder judicial en virtud de lo dispuesto en los artículos 24 y 117 de la CE, dado que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por las causas procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal<sup>7</sup>.

En efecto, la compatibilidad de la mediación con la reserva de jurisdicción prevista para el juez estatal en el artículo 117 de la Constitución ha sido afirmada por la doctrina del Tribunal Constitucional al declarar la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa (STC 217/1991, de 14 de noviembre que cita en su texto, por todas, la STC 60/1989 y 162/1989).

Por ello, es importante que la norma sobre mediación administrativa que se pretenda poner en marcha, sea lo suficientemente expresiva para que se comprenda el concepto y significado de esta figura, su régimen jurídico y naturaleza, el ámbito formal y material en el que puede desplegar su efectividad, la disponibilidad de las partes para convenir o pactar, la capacidad y legitimación del titular de la competencia para mediar o concluir procedimientos de mediación. Igualmente será preciso deslindar los límites de la mediación, articular un procedimiento, definir las obligaciones y los derechos de quienes se acojan a este procedimiento, así como desarrollar la competencia y estatuto del mediador, etc.

Es importante también que la pretendida ley abarque tanto la mediación en el procedimiento administrativo como en el contencioso-administrativo (mediación intrajudicial), dado que, proceso judicial y procedimiento administrativo deben estar concatenados en la medida en que encontremos el mejor modo y momento de

ofrecer en cada procedimiento una solución a los problemas que se deriven de la actuación administrativa a través de la mediación.

En este sentido, como quiera que el artículo 107.2<sup>8</sup> de la LPC prevé la posibilidad de utilizar la mediación como sustitutiva del recurso de alzada -es decir, en la fase final del procedimiento administrativo- parece razonable que el artículo 77.1 LJCA<sup>9</sup>, haya dejado tiempo suficiente en el marco del proceso, para que la mediación pueda utilizarse una vez formuladas la demanda y la contestación. En todo caso, criterios de oportunidad y de conveniencia, hacen necesario que se modifique el precitado artículo en el sentido de que la mediación pueda ser utilizada en cualquier fase del procedimiento tanto en el abreviado como en el ordinario contencioso-administrativo.

Durante los pasados meses y a iniciativa del Consejo General del Poder Judicial un grupo de especialistas ha venido trabajando sobre una propuesta de mediación intrajudicial formulada por el Instituto Europeo de Mediación y Ética Pública (IEMEP) y finalmente ha elaborado un «Proyecto de protocolo para la implementación de un plan piloto en la jurisdicción contencioso-administrativa», que arrojará suficientes datos para la mejor elaboración de la norma que regule la mediación en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo.

Esperemos que los resultados alcanzados permitan disipar las sombras de duda que acompañan de forma natural a cualquier proceso de transformación.

<sup>8</sup> Artículo 107. Objeto y clases. 2. Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

<sup>9</sup> Artículo 77. 1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

<sup>7</sup> SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1996.

## Mediación y Juzgados de lo Social: un encuentro entre alternativas

opina

Rosario García Álvarez. Magistrada, Sala de lo Social  
del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

MEDIACIÓN Y JUZGADOS DE LO SOCIAL: UN ENCUENTRO ENTRE ALTERNATIVAS. 1. LA MEDIACIÓN Y EL CONFLICTO INDIVIDUAL DE TRABAJO. 2. RASGOS DISTINTIVOS DE LA MEDIACIÓN: EL POR QUÉ DE SU ÉXITO. 3. MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL: A) UNA NECESIDAD, UNA INSATISFACCIÓN. B) OBJETIVOS Y BENEFICIOS. C) «PRE», «INTRA», «POST». D) RESTRICCIÓN DE MATERIAS. E) LOS RIESGOS Y LAS LIMITACIONES. 4. LOS EFECTOS POSITIVOS DEL CONTACTO.

### 1. La mediación y el conflicto individual de trabajo

La mediación no es un fenómeno nuevo en el mundo laboral, antes al contrario, ha sido usada en el mundo del trabajo con éxito desde hace décadas en muy diferentes países y entornos culturales mucho antes de su expansión a otros campos como el civil o el mercantil puro. Justa tributaria de su éxito en el ámbito laboral se entiende perfectamente su «importación» por otros sectores del ordenamiento y el interés que despierta para el sistema público estatal de resolución de conflictos: la Administración de Justicia.

En efecto, el convenio colectivo como norma negociada, fuente de compromisos, obligaciones y derechos para las partes es causa de numerosos e intensos conflictos a los que no siempre el sistema judicial puede dar una respuesta adecuada, sencillamente porque la visión estrictamente jurídica, sea cual sea, es esencial y necesariamente estrecha y está delimitada por contor-

nos precisos en sus planteamientos no pudiendo atender a otros valores o intereses económicos, de oportunidad, de mercado, sociales, empresariales, personales que en muchas ocasiones son los que realmente están en juego.

El sistema judicial clásico es un sistema de adversarios y de confrontación, estando tradicionalmente diseñado para dar una determinada forma a la disputa, al proceso de su resolución y a las soluciones posibles. El juicio funciona por medio de la polarización de los papeles de las partes (el demandante y el demandado, el acusador y el acusado) exacerbando el antagonismo como origen del conflicto. Por medio del proceso judicial las partes presentan ante el juez un conflicto que siendo más o menos amplio en sus implicaciones y ramificaciones, se convierte en una disputa de perfiles estrechos y delimitados, en un hecho o acontecimiento legalmente definido que pueda ser manejado por el juez<sup>1</sup>.

Por ello, la sentencia perfectamente «ajustada a derecho» (que delimita con precisión y rigor técnico las obligaciones y derechos de cada parte conforme a ley) no es siempre la sentencia más «justa» para las partes en conflicto ni es percibida como tal, si por justicia entendemos la resolución satisfactoria, eficaz y eficiente de la disputa para ambas partes, porque la verdadera «causa» del conflicto más amplio que se encuentra detrás de la concreta disputa jurídica va a ser ignorada por el juez, incluso deliberadamente, para poder manejar legalmente la con-

<sup>1</sup> Vid. ROSARIO GARCÍA ALVAREZ, *El juez como mediador ¿es conveniente, es posible?* «Diario La Ley», Nº 7721, Sección Doctrina, 24 Oct. 2011, Año XXXII, La Ley 17045/2011.

troversia tal y como ha sido definida por las partes y poder aplicar la ley.

Estas características del sistema judicial son sumamente beneficiosas para cierto tipo de tareas, conflictos y partes pero, al mismo tiempo, incompatibles para resolver satisfactoriamente muchos tipos de disputas y, sobre todo, para la percepción de «justicia» que tiene el ciudadano, ciertamente alterada cuando el resultado obtenido se ve además aderezado por retrasos, costes inesperados, incertidumbre, trámites prolongados y, también hay que decirlo, por ausencia de participación, voz y muchas veces tratamiento respetuoso hacia las partes.

Desde este planteamiento la solución negociada de los conflictos laborales es especialmente importante y necesaria. Por un lado, porque en la relación laboral y en el conflicto derivado de ella muchos son los factores no jurídicos que inciden y prevalecen, incluso aunque sea posible el planteamiento estrictamente técnico-jurídico de un conflicto altamente personalizado o con un componente personal muy fuerte. Por otro, porque la solución ágil de ciertos conflictos laborales es a veces imprescindible y en otros altamente eficaz, desarrollando una tarea preventiva de problemas, complicaciones y generación de costes mucho mayores<sup>2</sup>. Finalmente, porque la relación laboral entre las partes puede quedar permanentemente alterada cuando entregan el control de la resolución del conflicto y la decisión al juez cuya primera y principal preocupación va a ser la aplicación de derechos y obligaciones en vez de los intereses de las partes.

La resolución judicial del conflicto laboral en muchas ocasiones no va a tratar el centro del problema que permanecerá latente y, al establecer claramente las figuras de un vencedor y un vencido, puede tener un efecto adverso, no querido y potencialmente letal: intensificar el conflicto entre las partes de la relación laboral que sigue viva, provocando en no pocas ocasiones su destrucción total.

Una demanda acerca de una reclamación de cantidad por diferencias salariales derivadas del desempeño

<sup>2</sup> Vid. ROSARIO GARCÍA ALVAREZ, *Los Procedimientos de Mediación y Arbitraje en la Reforma. Una Oportunidad Perdida*, «Diario La Ley», N.º 7488, Sección Tribuna, 14 Oct. 2010, Año XXXI, Ref. D-310, La Ley 13224/2010.

de una superior categoría quizá esté enmascarando otros temas mucho más importantes entre el empresario y el trabajador. Decidir si un despido ha sido por justa causa puede dejar sin resolver problemas más graves que están afectando al resto de trabajadores y, con ello, a la productividad y a la propia supervivencia de la empresa. Por otro lado, las últimas reformas laborales han flexibilizado determinadas decisiones empresariales dificultando la solución de los conflictos si no se atiende al mismo tiempo a esos otros elementos no jurídicos y/o personales que muchas veces además deben conjugarse con otras valoraciones sobre conceptos indeterminados como la buena fe, la oportunidad, el abuso, la similitud con otras situaciones... para poder aplicar un criterio jurídico que también es incierto por la propia ambigüedad de su formulación legal.

Es fácil imaginar una relación comercial en la que las partes no lleguen nunca a tener un posterior contacto entre ellas y que tal situación no genere mayor problema, pero una simple terminación de una relación laboral por medio de un despido puede afectar y tener consecuencias para el resto de la plantilla y para la misma empresa, incluso para su clientela y sus potenciales relaciones comerciales, no pudiendo aquéllas ser manejadas a través de una sentencia tan fácilmente como en una negociación entre los directamente implicados facilitada por un tercero. Esta comunicación, esta negociación y las discusiones que se producen en la misma pueden hacer mucho más que el proceso judicial para ayudar a las partes a cubrir sus intereses y necesidades y a la relación futura que puedan mantener.

Obvio es que las partes por sí mismas pueden resolver el conflicto por medio de negociaciones directas, y afortunadamente muchas veces así ocurre a la puerta misma de la sala de vistas, pero es innegable que la intervención de un tercero neutral facilitando la comunicación y la negociación entre las partes, o ayudándolas a resolver no solo el asunto que las ha llevado al juzgado sino los problemas subyacentes, atendiendo y apreciando sus intereses y el futuro de la relación, supone un «plus», un valor añadido que debe ser valorado y potenciado como algo necesario e imprescindible no solo por el legislador sino dentro del propio proceso judicial por medio de cuantos mecanismos sean posibles.

## 2. Rasgos distintivos de la mediación: el por qué de su éxito

Conciliación y mediación son términos muy diferentes con significados también distintos<sup>3</sup>. Qué es conciliación y cómo se desarrolla en la práctica es algo conocido para los laboristas y que, además, daría lugar a una extensa literatura (especialmente relacionada a la conciliación procesal: cuál es el rol judicial y sus límites, su larga tradición y su paralela permanente falta de regulación y de formación expresa al respecto...). La conciliación, además, puede venir referida al trámite previo obligatorio al proceso, constituido como requisito pre-procesal, o al trámite de gestión procesal para la resolución extrajudicial del asunto realizada por el órgano judicial (el secretario o el juez).

Sabido es que la conciliación administrativa es un trámite pasivo para las partes, limitado a un simple registro de acuerdos, desacuerdos, comparecencias e incomparecencias, hasta el punto de que los únicos acuerdos que se producen son aquellos que las partes han logrado por sí mismas utilizando las previsiones legales para la constitución formal de un título ejecutivo.

La mediación por el contrario es un proceso diferente porque el mediador, a diferencia del juez o del árbitro, carece de toda autoridad para imponer la decisión a las partes y, además, no debe guardar relación alguna con el proceso judicial al que la disputa o conflicto se refiere: el mediador solo puede ayudar a las partes a negociar. No aprueba el acuerdo, ni lo homologa, ni decide su contenido, ni si el mismo es contrario a los intereses de tercero, o al orden público.

Como decimos, el mediador solo facilita el proceso de negociación y en esta tarea debe respetar dos elementos esenciales: 1) que la decisión, la última palabra, descansa exclusivamente en las partes; y 2) que como consecuencia, no tiene poder ni autoridad alguna para imponer soluciones.

<sup>3</sup> Vid. ROSARIO GARCÍA ALVAREZ, *Mediación y Libertad de las partes para mediar en el proceso laboral*, «Diario La Ley», N.º 7806, Sección Doctrina, 27 Feb. 2012, Año XXXIII, La Ley 887/2012

Todos los proponentes de la mediación se encargan de destacar su promesa: cuando resulte apropiada, la mediación tiene la capacidad de producir una resolución mejor y más satisfactoria de la disputa a un menor coste que el resultado de un proceso judicial, tanto desde un punto de vista material como psicológico. La mediación puede ser más flexible y responder mejor a valores humanos, al prestar menor atención al dictado de las normas sustantivas y procesales que tienden a presidir las negociaciones, incluso informales, entre abogados.

Muchas son las razones que se dan para el éxito de la mediación y que justifican que pese a la larga tradición con que cuenta la conciliación poco a poco se haya ido poniendo la mirada en otro tipo de intervención del tercero imparcial con un mayor protagonismo de las partes quienes, en definitiva, son las dueñas y deben ser las gestoras de su conflicto:

1. **FLEXIBILIDAD**: es una de sus principales características y consiste, simplemente, en la posibilidad de diseñar el proceso en función del concreto usuario para satisfacer las necesidades de las partes y resolver la disputa. El procedimiento judicial se caracteriza por ser un procedimiento reglado de carácter inflexible.
2. **INFORMALIDAD**: aun cuando la mediación se desarrolla en un ambiente de cierta formalidad, ésta nunca es comparable a la de un juicio, siendo la atmósfera relajada. El procedimiento judicial y su acto cumbre, el juicio, es un acto ritual sumamente formal.
3. **CONTROL**: tanto sobre el proceso como sobre el resultado: las partes pueden elegir la persona que actúa como mediador, deciden cómo se desarrolla el proceso, cuánto dura, cómo es el resultado y, por supuesto, si les conviene o no. Como consecuencia el riesgo en cuanto al resultado es menor al existir una también menor exposición a resultados no previsibles o no deseados para una de las partes como es normal en una sentencia. En el procedimiento judicial las partes solo conservan un control muy limitado del proceso siendo el resultado relativamente previsible pero en todo caso incierto.
4. **CREATIVIDAD**: no solo en el diseño del proceso, sino también en el elenco de soluciones posibles, siendo factible y conveniente explorar múltiples opciones. Las soluciones judiciales son tasadas, no permiten la creatividad ni tomar en consideración aspectos no jurídicos.
5. **PARTICIPACIÓN**: de las partes, que tienen la oportunidad de hablar, ser oídas y escucharse mutuamente.



te si lo desean de una forma directa, y no a través de sus abogados. En el procedimiento judicial los abogados o los asesores legales como el graduado social en el proceso laboral son con frecuencia los protagonistas reduciéndose la intervención de las partes al mínimo, siempre de forma tasada.

6. **PRIVACIDAD:** en el desarrollo del proceso e incluso en el resultado si las partes lo desean. Podríamos decir que «los trapos sucios quedan en casa» porque hay una obligación de confidencialidad. El juicio es público, a puertas abiertas.
7. **ECONOMÍA:** de tiempo, dinero y stress. La mayoría de los asuntos en mediación se resuelven en un solo día y en una o dos horas. Se reducen de esta forma los recursos personales y materiales que se destinan a la resolución del conflicto. La litigación es cara en términos económicos y de empleo de recursos materiales y humanos para las partes y para el Estado, a veces de forma desproporcionada en relación con el valor del asunto en cuestión. La resolución es lenta y el retraso y la incertidumbre originan stress.
8. **COMPROMISO:** los resultados logrados en mediación suelen alcanzar un alto grado de cumplimiento voluntario sencillamente porque se ha participado en el diseño de su construcción. Con ello se evita también la antipatía entre las partes generada por el resultado judicial, que normalmente no es cumplido de forma voluntaria.
9. **EDUCACIÓN:** en cuanto tiene la capacidad de enseñar a las partes a dialogar, comprender la postura del otro y cómo resolver sus disputas en el futuro por sí mismas, potenciando la autodeterminación del sujeto y reconstruyendo relaciones rotas o dañadas por el conflicto.
10. **SATISFACCIÓN:** es el resultado y la suma de todos los otros elementos.

### 3. Mediación intrajudicial

#### A) Una necesidad y una insatisfacción

Los últimos años la Jurisdicción de lo Social ha venido experimentando un incesante incremento del volumen de trabajo que ha llevado a la reconsideración del uso de la conciliación y de otras técnicas de resolución de conflictos, como la mediación y el arbitraje, capaces de resolver las disputas de una forma más rápida, con

menor coste y más atractiva por sus resultados para las partes.

El tradicional punto de vista de que el juzgado es el sitio idóneo para resolver todos o al menos la gran mayoría de los asuntos relativos a los derechos de los trabajadores, la burocratización evidente que han experimentado las tradicionales vías administrativas previas obligatorias al proceso, el entorno de crisis económica en el que estamos inmersos junto a las constantes reformas legales han abierto el camino a un expreso reconocimiento de que los juzgados carecen de suficientes recursos, humanos y materiales, para gestionar de forma eficiente y satisfactoria la demanda social de litigación laboral y, lo que es más importante, al expreso reconocimiento de que la respuesta judicial no resulta adecuada para muchos tipos de conflictos, sean estos jurídicos o de intereses. El fenómeno, por otro lado, no es exclusivo del orden jurisdiccional social sino que, antes al contrario, la crisis es mucho más profunda en la justicia civil.

Con el deseo de tratar de solucionar esta especie de «crisis permanente» en la que se encuentran los juzgados muchas han sido las reformas procesales que en los últimos años se han destinado a modernizar y agilizar la Administración de Justicia y dentro de ellas muchos han sido también los intentos del legislador para potenciar el acuerdo y la resolución extrajudicial de las disputas dentro del propio proceso, poniendo incluso su mirada en la figura de una persona neutral, normalmente el juez, otras veces el secretario, incluso terceros externos, que faciliten las negociaciones entre las partes para tratar de resolver ciertos aspectos que, con seguridad, no podrían resolverse satisfactoriamente a través del proceso judicial. Esto es particularmente cierto en el ámbito laboral donde la relación entre las partes, sea colectiva o individual, está llamada a continuar en el futuro sobreviviendo al efecto del inmediato conflicto que entre ellos existe.

Desde este punto de vista el expreso interés del legislador plasmado en diferentes leyes (a nivel estatal la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles o la Ley 36/11 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social), recomendando y posibilitando el uso de la mediación, vinculándola de forma expresa al proceso judicial, es la manifestación de una

necesidad de cambio en el sistema de justicia tratando de dar respuesta a una demanda social de lograr una resolución satisfactoria y rápida de los conflictos.

Por otro lado, ni la sociedad ni un sector de los juzgados han permanecido inmunes o pasivos ante una justicia que no resulta eficaz, no parece moderna, no es ágil y no satisface las necesidades. Antes al contrario, hay una presión permanente acerca de la reforma del sistema de justicia que es la señal de una preocupación constante acerca de sus costes para las partes y para el Estado y de sus permanentes retrasos y, lo que es más importante, de una insatisfacción profunda tanto de los usuarios como de aquellos llamados a prestar el servicio de justicia, especialmente los jueces que experimentamos una quiebra de nuestra identidad profesional al no cubrir eficazmente las necesidades que se nos demandan socialmente.

Como consecuencia de esta insatisfacción muchas han sido las iniciativas que se han venido desarrollando en los últimos años al amparo de los huecos interpretativos que las normas permitían tratando de desarrollar y ofrecer una resolución rápida, satisfactoria e informal de las disputas. Distintos sectores de profesionales en diferentes ámbitos y esferas, desde trabajadores sociales, abogados, psicólogos, jueces, pedagogos, profesores y un largo etcétera han experimentado con diferentes tipos de prácticas centradas en la búsqueda de soluciones efectivas, depositando su confianza en procesos de resolución poco complejos basados en intereses y que no requieran la inversión de grandes cantidades de tiempo y dinero, como es el caso de la mediación. Una de estas manifestaciones ha sido el desarrollo de diferentes programas de mediación vinculados a los juzgados, todo ello con el objetivo de potenciar la solución negociada en el marco del proceso judicial en la forma más satisfactoria para las partes<sup>4</sup>.

La posterior consagración legal del uso de la mediación ha sido la señal evidente de que la orientación negociada en la solución de los conflictos, de cualquier índole, está aquí para permanecer.

<sup>4</sup> Vid. ROSARIO GARCÍA ALVAREZ, *La Derivación a Mediación desde el Juzgado de lo Social: una Nueva Vía de Acceso a la Justicia*. «Diario La Ley», N° 7413, Sección Tribuna, 31 May. 2010, Año XXXI, Ref. D-184, La Ley 3920/2010.

## B) Objetivos y beneficios

Las razones expuestas en las páginas que preceden no son las únicas que podrían aducirse sobre la conveniencia y utilidad de adoptar la mediación como método de resolución de los conflictos laborales sino también para potenciar su utilización en el marco del propio proceso judicial sobre todo de los conflictos individuales de trabajo, que constituyen el núcleo primordial de nuestra actividad y que, además, reciben una menor atención o a veces ninguna por parte de los órganos administrativos o de aquéllos creados por la negociación colectiva.

Cualquier debate acerca del reciente desarrollo de la mediación intrajudicial o mediación vinculada a los juzgados así como de la incorporación de una u otra forma del proceso de mediación al proceso judicial sea este civil, familiar, laboral o de otra índole, y en general, del uso que la judicatura vaya a hacer del proceso de mediación, no puede dejar de afrontar una cuestión clave cuál es la de identificar qué valor o valores son los más importantes para nosotros, los jueces. Identificar estos valores nos ayudará a tomar las decisiones adecuadas que nos permitan avanzar en su desarrollo y protección cuando sean varias las opciones posibles.

Los juzgados (y el legislador) pueden tener muchos y muy variados motivos para recurrir a la mediación aunque generalmente pueden agruparse en una serie de categorías:

### D) Objetivos de justicia procesal: aumentar el grado de satisfacción de las partes

Uno de los objetivos más importantes y principales para muchos juzgados que deciden utilizar, potenciar o recurrir a la mediación es mejorar la experiencia que las partes tienen cuando están resolviendo su disputa. Algunos jueces enmarcan la cuestión en términos de percepción de la justicia por el ciudadano, otros en términos de satisfacción con el servicio recibido. En cualquiera de sus formas, servir y atender a las partes debidamente proporcionando métodos de resolución satisfactorios y adecuados a su disputa es la motivación central.

Mejorar la experiencia de las partes es un factor que puede jugar de diferentes maneras en función del tipo

de juzgado, de proceso e incluso del momento procesal correspondiente. Por ejemplo, en un juzgado de familia y en un proceso de divorcio, el programa de mediación puede incrementar la satisfacción de justicia procesal simplemente porque los cónyuges han tenido un papel en el proceso de toma de decisiones que les afectan y la posibilidad de ser oídos. En un juzgado de menores, un programa de justicia restaurativa puede incrementar el grado de satisfacción de las víctimas al entender por qué tuvo lugar el delito, o al recibir una disculpa. En un juzgado de lo Social, una mediación puede dar a las partes enfrentadas la satisfacción de poder hablar en un entorno neutro y protegido, comprender la postura y las necesidades e intereses del otro, que es lo que realmente está en juego y restablecer el diálogo, preservar la paz laboral y la futura pervivencia de la relación laboral. A menudo, el principal obstáculo para el acuerdo lo representa el componente emocional que subyace al conflicto. Una vez que las emociones se han expresado y manifestado, el camino hacia el acuerdo suele quedar abierto<sup>5</sup>.

Estos objetivos se enmarcan en la línea de justicia procedimental o procesal, que es diferente a la justicia distributiva ésta última relacionada con la satisfacción con el resultado, centrándose en el mismo y en el éxito obtenido en relación con la respectiva pretensión. La justicia procedimental, por el contrario, se relaciona con la percepción de justicia en los procedimientos que se utilizan para llegar a un concreto resultado.

Numerosas investigaciones han puesto de manifiesto que la justicia procedimental importa al ciudadano de manera profunda afectando al enjuiciamiento y a la valoración de la justicia distributiva que otorga el resultado, al grado de cumplimiento del mismo así como a la fe y confianza en la legitimidad de la institución que ofrece y aplica el procedimiento, demostrando que el ciudadano presta mucha atención y da una gran importancia a la forma en cómo se hacen las cosas, es decir, a cómo se desarrolla el proceso de resolución de su disputa y a los matices del tratamiento que recibe. Los investigadores han confirmado de forma repetida que las partes que experimentan un proceso satisfactorio de resolución considerarán con más probabilidad que el resultado es justo, con independencia de si

<sup>5</sup> Vid. JOHN BATES, JR., *Using Mediation to Win for Your Client*, 38 PRAC. LAW. 23, 25 (1992).

les favorece o no o incluso de que sea «jurídicamente pobre»<sup>6,7</sup>. En este sentido es importante saber que las partes valoran la justicia procedimental aplicando tres criterios: 1) oportunidad de contar su historia, aunque sea a través de sus abogados; 2) oportunidad de ser oídos (sentir que su historia es escuchada, tomada en cuenta y considerada); y 3) ser tratados con dignidad y respeto por la persona llamada a ayudar en el proceso de resolución o a decidir<sup>8</sup>.

## 2) Objetivos de eficiencia: ahorro de tiempo y dinero

Otra de las motivaciones que se suelen esgrimir para justificar el recurso a la mediación es el ahorro de tiempo y dinero. Se trata obviamente de un concepto realmente amplio que abarca la totalidad de los recursos utilizados por el juzgado y por las partes y no solo el tiempo y el dinero en sentido estricto. Por el lado de los juzgados, aquellos que experimentan una alta carga de trabajo o de retraso a menudo miran a la mediación como una forma de reducir la lista de asuntos pendientes.

Hay juzgados que deciden acudir a los programas de mediación para reducir y gestionar más eficazmente el tiempo empleado en un caso. El ahorro de tiempo puede ser medido de muchas maneras: puede referirse al tiempo necesario para proceder al archivo del asunto, o al tiempo empleado en la presentación y tramitación de escritos o de comparecencias y en general cualesquiera tareas procesales incluidas las de las partes.

Otros juzgados miran a la mediación como un ahorro económico para las partes y para la administración de justicia. Si se reduce el número de asuntos, de escritos, de pruebas, de comparecencias, se reducen los costes para el particular y para el Estado. Desde el punto de vista del juzgado el ahorro proviene además por la dedicación del personal judicial a otro tipo de asuntos.

<sup>6</sup> Vid. NANCY A. WELSH, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do with it?* 79 Wash. U.L.Q. 787, 817-820 (2001).

<sup>7</sup> Vid. ROSELLE L. WISSLER, *Representation in Mediation: What We know from Empirical Research*, 37 Fordham Urban L.J. 419 (2010)

<sup>8</sup> Vid. E. ALLAN LIND & TOM R. TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice* 242 (1988).

Este tipo de objetivos se denominan como objetivos de eficiencia y, a veces sobrevenidos, son mucho más difíciles de conseguir, habiéndose demostrado que no siempre se logra el objetivo pretendido y que, en cualquier caso, se necesitan períodos largos de tiempo para comprobar el resultado.

### 3) Factores políticos, legales y burocráticos

Hay incontables motivos tanto humanos como organizacionales por los que un juzgado puede recurrir a la mediación: puede imponerle una ley, con lo que no hay opción, puede existir un deseo político de «modernizar la justicia» adaptándose a los entornos y tendencias internacionales, etc.

En cualquiera de los casos, la posibilidad de recurrir a mediación antes del proceso judicial y en cualquier momento durante su transcurso constituye una herramienta valiosa que puede ayudar a las partes a evitar los riesgos de la judicialización y de su resultado (en todas sus facetas) proporcionándoles un proceso más inmediato, privado, rápido, práctico, eficiente y satisfactorio en términos personales y económicos para superar sus respectivas diferencias y hostilidades.

### C) «pre», «intra», «post».

¿Cuándo es conveniente mediar? Lo deseable es potenciar el uso de la mediación o de la negociación en la primera fase del conflicto, cuando este surge, mucho antes de recurrir al juzgado<sup>9,10</sup>. O incluso como un primer

<sup>9</sup> Vid. Supra nota 2, sobre la conveniencia de utilizar la mediación en el mismo centro de trabajo.

<sup>10</sup> Vid. Supra nota 3, sobre la libertad de las partes para mediar en el proceso laboral.

**En cualquiera de los casos, la posibilidad de recurrir a mediación antes del proceso judicial y en cualquier momento durante su transcurso constituye una herramienta valiosa que puede ayudar a las partes a evitar los riesgos de la judicialización y de su resultado**

paso previo a la demanda, bien sea voluntario o necesario. Sin embargo, la no resolución del asunto en la fase pre-judicial no significa en modo alguno que todas las oportunidades de acuerdo se hayan perdido. Por un lado, puede argüirse que las circunstancias personales de las partes pueden haber cambiado o que la preparación del juicio y su cercanía presionan en cierta medida a las partes para reconsiderar sus posiciones. Por otro, en numerosas fases del procedimiento se puede desde el Juzgado afectar activa pero cuidadosamente a esta reconsideración sugiriendo que, quizá, sería mejor que las partes negociaran por sí mismas o con la ayuda de un tercero. Esta implicación judicial, plasmada por otro lado legalmente, debe ser interpretada y realizada de forma flexible y activa (más allá del simple recordatorio escrito en los decretos) de tal forma que la promoción del acuerdo y de la negociación constituya una verdadera función judicial representativa del expreso reconocimiento de que la disputa, en su conjunto, debe ser resuelta por las propias partes sin necesidad de un enjuiciamiento o, al menos, de que éste sea parcial y limitado solo a aquellos aspectos en los que las partes no lograron el acuerdo, lo que evidentemente disminuye y facilita la tarea dejada a la jurisdicción.

### D) Restricción de materias

Es normal en nuestro sistema establecer ciertas restricciones a la posibilidad de acuerdo en aquellos derechos que se consideran irrenunciables (indisponibles). Particularmente, no aprecio gran dificultad en la compatibilidad de ambas instituciones. Si las partes pueden resolver por sí mismas sus controversias, de cualquier índole, sin acudir al juzgado ¿por qué deberían estar sujetas a res-

tricciones si reciben la ayuda de un mediador? Por otro lado, debería distinguirse entre un acto de disposición sobre un derecho cierto y no controvertido de un acto de transacción sobre un derecho incierto, como lo es todo aquel sometido a controversia judicial. Además siempre existe la posibilidad de impugnar la renuncia prohibida.

Finalmente, la LJS reconoce no solo la posibilidad de transacción en fase de recurso sino el acuerdo transaccional en la ejecución de las sentencias lo que indudablemente abre la puerta a la mediación en esta fase para lograr, por ejemplo, los aplazamientos o la reducción de la deuda, novaciones objetivas y/o subjetivas, especificaciones etc, permaneciendo la jurisdicción como una instancia que homologa y ante la que se puede finalmente impugnar.

## E) Los riesgos y las limitaciones

A pesar de mi apoyo y confianza en el proceso de mediación, es importante reconocer y poner de manifiesto sus límites. Más allá del tradicional temor que cualquier sistema «alternativo» pueda despertar, es justo admitir que algunas preocupaciones pueden ser legítimas sobre todo aquellas referidas a la necesidad de adecuados precedentes judiciales que pauten los comportamientos sociales, lo cual es particularmente cierto en aquellas sociedades que confían en el sistema judicial como guía de comportamiento. Un rápido acceso a sistemas de mediación puede, en verdad, privar a los juzgados y por tanto a la sociedad de la oportunidad de establecer futuras reglas de conducta y de exigencia de responsabilidad para aquellos que incumplen las normas. Ciertamente, puede ser preferible que las partes lleguen a una solución amistosa pero este acuerdo nos puede privar, al mismo tiempo, de establecer un importante precedente que guíe a empresarios y trabajadores en la resolución de sus conflictos futuros.

El impacto social de una resolución judicial no es comparable a la resolución privada de una concreta disputa. En verdad las partes pueden resolver sus conflictos por sí mismas sin necesidad de acudir al juzgado pero también es cierto que si el juzgado asume una posición intensamente activa en pro de evitar la litigación puede

que al mismo tiempo esté delegando parte de sus funciones y privando a la sociedad de uno de sus más importantes papeles cual es el de exigir responsabilidad a aquellos que incumplan las leyes y de establecer pautas de comportamientos aceptables y esperados.

También puede discutirse acerca de si la implicación del órgano judicial en labores procesales conciliadoras/mediadoras para la resolución extraprocésal del litigio puede en cierta medida «teñir» su imparcialidad u objetividad si posteriormente debe adoptar algún tipo de decisión (sea el secretario o el juez) en un caso en el que ha conocido las verdaderas posiciones de las partes en una negociación. Además, cuando la mediación no tiene éxito se corre el riesgo de que las partes puedan utilizar el proceso para conocer cuál es la «debilidad» del otro.

El tradicional desequilibrio de poder entre empresario y trabajador tampoco juega como aliciente en el proceso de negociación, debiendo ser tenido de forma permanente en consideración por el mediador. La presencia del abogado o del graduado social y la de un tercero imparcial experimentado y debidamente formado pueden compensar los desequilibrios por diferentes vías pero también verse agudizados si el mediador no es extremadamente exquisito a la hora de ayudar a las partes o es sumamente directivo o evaluativo y ejerce sus poderes de persuasión proponiendo soluciones que solo sirvan para «presionar» a una parte, lo que resulta especialmente peligroso cuando esta parte es la más débil e insegura económicamente, que puede verse obligada a aceptar un acuerdo «rápido» y poco «limpio» de la disputa, solo para evitar el coste del proceso judicial en todos sus aspectos. La mediación como herramienta social de solución de conflictos presenta un innegable valor siempre que el acceso al sistema judicial permanezca abierto como un dispositivo de seguridad.

## 4. Los efectos positivos del contacto

Además de los objetivos de justicia procedimental, satisfacción, eficiencia o cualesquiera otros que pueda tener un juzgado, otras razones pueden añadirse a las anteriores quizá más sutiles, pero no por ello menos

importantes. Los estudios han puesto de manifiesto que la exposición a mediación y a otros procesos consensuales basados en la negociación, incluso cuando hay una fuerte resistencia inicial, bien sea por cuestiones ideológicas, profesionales o incluso simplemente económicas de dificultades de puesta en marcha, genera un reconocimiento y apreciación de su utilidad así como un compromiso de seguir utilizando esas vías, demostrando que la actitud hacia la mediación de los profesionales jurídicos intervinientes y de las partes se hace cada vez más positiva a medida que repiten la experiencia<sup>11, 12</sup>.

El éxito de la mediación depende de la satisfacción de los usuarios, no de los juzgados ni de que estos «insten» con mayor o menor entusiasmo su utilización. Mucho se ha escrito y probablemente se escribirá en relación con el carácter obligatorio o voluntario del inicio del proceso de mediación. Si la mediación es verdaderamente un proceso valioso de resolución de conflictos capaz de responder y satisfacer las necesidades de los ciudadanos, debe permanecer y sostenerse por sí mismo, como opción libremente elegida por las partes en disputa. Pero al mismo tiempo, si se quiere promover su utilización debe generarse familiaridad.

## El éxito de la mediación depende de la satisfacción de los usuarios, no de los juzgados ni de que estos «insten» con mayor o menor entusiasmo su utilización

En efecto, una de las principales razones por las que las partes no utilizan la mediación es, sencillamente, su falta de familiaridad con el proceso. En conse-

<sup>11</sup> Vid. ROSELLE L. WISSLER, *When Does Familiarity Breed Content? A Study of the Role of Different Forms of ADR Education and Experience in Attorneys' ADR Recommendations* (2002), 2(2) *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 199.

<sup>12</sup> Vid. J. LANDE, *Getting the Faith: Why Business Lawyers and Executives Believe in Mediation* (2000) 5 *Harvard Negotiation Law Review* 137 at 199.

cuencia, o se muestran reacios o no demandan esa vía. Sin embargo, ello no significa en modo alguno ni puede interpretarse como una falta de voluntad en negociar y lograr un acuerdo<sup>13</sup>. Antes al contrario, una gran mayoría de ellos prefieren una solución amistosa y valoran muy positivamente la capacidad de su abogado para lograr este fin, lo que evidencia la importancia del papel del «profesional jurídico»: en el ámbito laboral el abogado y el graduado social y, desde otro plano, el juzgado.

Dado el papel central del abogado y del graduado social en el proceso judicial laboral, éstos deberían ser las personas más apropiadas para suministrar la información que las partes necesitan, ayudándoles a valorar las distintas opciones de resolución posibles. Sin embargo, si el profesional no está a su vez familiarizado con el proceso, resultará difícil que pueda aconsejar sobre el mismo. El conocimiento y la familiaridad del profesional jurídico con el proceso son capaces de eliminar o al menos reducir otros factores adversos (como un mal entendimiento de ciertos factores profesionales, infravalorar la capacidad del acuerdo o sobrestimar el posible resultado de un juicio).

Desde otra perspectiva, aquellos jueces que no conocen suficientemente el proceso pueden sentirse reacios a recomendar una vía cuyas ventajas ignoran, perdiéndose con ello la oportunidad de estimular a las partes y promover su participación en el proceso.

Familiarizar por tanto a las partes y a los profesionales acerca de la mediación, para potenciar su utilización e implantación futura en diferentes servicios, promoviendo su expansión con una mirada a largo plazo, es algo que un juzgado puede e incluso debe hacer ofreciendo no solo información sino también haciendo que la mediación esté disponible permitiendo así que la experiencia, de primera mano, sea más efectiva.

<sup>13</sup> Seis de cada diez españoles prefieren resolver sus conflictos por medio de un acuerdo aunque supusiese alguna pérdida para ellos y solo dos de cada diez llevarían el asunto a los Tribunales (CIS Barómetro febrero 2011, pregunta 11). Un 62% valora especialmente en los letrados su capacidad para buscar un acuerdo razonable que ponga fin a la disputa, frente al 35% que se decanta, a la hora de elegirlo, por su experiencia en juicios para tratar de conseguir el máximo posible (IV Barómetro de la Abogacía, septiembre 2011).

## La reducción de la litigiosidad y el Consejo General del Poder Judicial

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó, en su sesión de 28 de junio de 2012 y a propuesta de los Vocales integrantes del Grupo de Trabajo sobre reducción de la litigiosidad, Don Antonio Monserrat Quintana, Doña Margarita Uría Etxebarria, Don Ramón Camp i Batalla y Don Miguel Collado Nuño, el estudio sobre «Reducción de litigiosidad».

En este estudio, a lo largo de seis apartados se recoge un compendio preciso y detallado de las cuestiones relevantes en materia de litigiosidad judicial, analizando todo un variado abanico de medidas que atienden a diversas finalidades: a hacer innecesario acudir a los Tribunales, a hacer un uso racional del acceso a los Tribunales y a disminuir el número de expedientes litigiosos en los que es necesaria la intervención del Juez.

El primero de los apartados es el **preámbulo**. En él se parte de la idea de que *el litigio ha de ser la última ratio de todo conflicto de intereses* y del hecho real y actual de que en España la litigiosidad está claramente sobredimensionada, para lo que recoge las ratios existentes, referidas al año 2010, entre asuntos/jueces (2000 asuntos por juez) y asuntos/habitantes (199 por 1000), que aparecen en el informe del CGPJ «La Justicia Dato a Dato» para dicho año 2010. Ambas ratios indican que el problema tiene tal entidad que reclama urgentes soluciones. En este apartado se destaca que el legislador es consciente de este problema, pues se hace eco de él en el preámbulo de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Otro problema que se destaca en el preámbulo del documento es el que representa el elevado costo de la litigiosidad. Ambos problemas (la exagerada carga de trabajo de los órganos judiciales y el elevado costo de la carga de litigios). *El CGPJ ha venido adoptando diversas medidas tendentes a paliar esta problemática, entre las que destaca el Plan de Modernización aprobado al inicio de su actual mandato*; también, en todos los países de cultura occidental se han elaborado estudios y propuesto medidas tendentes a la reducción de la litigiosidad. Termina este apartado destacando que la situación ha ido empeorando de manera progresiva, incidiendo en ella tanto la crisis económica como una crisis de valores caracterizada por la ausencia de una cultura de la composición extrajudicial; por ello se reconoce la necesidad de que todos los intervinientes jurídicos colaboren para resolver el problema que se ha destacado.

El segundo de los apartados lleva por encabezamiento el de **Antecedentes** y se refiere a que la preocupación del CGPJ por las medidas de reducción de la litigiosidad se remonta, al menos, al *Libro Blanco de la Justicia* aprobado por el Pleno del CGPJ del día 8 de septiembre de 1997. Se reconoce que en él se constataba el fracaso de la conciliación, convertida en un mero mecanismo de constancia-de-hechos para su posterior utilización en un proceso como el de los requerimientos notariales, lo que abonaba la tesis de que «cuando un asunto ya ha llegado a la vía judicial es porque han fracasado los mecanismos previos» y que la conciliación, «realmente, se trata de un mero trámite formal carente de significado en el proceso». Pese a ello, el Consejo creía imprescindible mantener y potenciar los mecanismos de transacción fuera y dentro del proceso. En este sentido, el documento consideraba «una asignatura pendiente cuya aprobación no es posible retrasar» la formación de todos los que intervienen en el proceso –tanto jueces como abogados– en las técnicas de mediación, a las que calificaba de «tan conocidas en otros sectores como ignotas para los

profesionales de la justicia. Se destaca en este apartado que durante el actual mandato del Consejo, el *Plan de Modernización de la Justicia*, aprobado por el Pleno en su sesión de 12 de noviembre de 2008, también alude a la mediación civil y penal, habiendo puesto en marcha una Vocalía Delegada para la Coordinación e Impulso del Proyecto de Mediación Penal y Civil, así como algunos proyectos piloto en este ámbito. Otras actuaciones que se destacan son el *Plan Estratégico de Modernización de la Justicia presentado por el Ministerio de Justicia*, entre cuyas líneas de actuación se recoge el desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias. También se cita que el Pleno del CGPJ, en su sesión de 28 de enero de 2010, y bajo el título de «Informe relativo a la propuesta de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de diversas leyes procesales, al objeto de reducir la litigiosidad y agilizar los procedimientos Judiciales», contenía la propuesta de diversas modificaciones dirigidas a esos dos fines: Reforma de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, racionalización de la segunda instancia civil y del recurso de casación, y en el ámbito social, se proponía la elevación de las cuantías para el acceso al recurso de suplicación, señalando que algunas de estas propuestas fueron acogidas en la Ley 37/2011, de Medidas de Agilización Procesal. También se señala que desde otros órganos de gobierno interno del Poder Judicial se viene igualmente prestando atención al acuciante problema de la reducción de la litigiosidad, citando las *jornadas de Decanos celebradas en Pamplona, en noviembre de 2009, así como la XXI Reunión Nacional de Jueces Decanos de España, celebradas en Vitoria-Gasteiz del 28 al 30 de noviembre de 2011* y destacando sus propuestas. A la luz de todas las propuestas, se puede concluir que *las soluciones pueden clasificarse fundamentalmente en tres grandes grupos: Medidas tendentes a hacer innecesario acudir a los tribunales; medidas relativas al uso racional del acceso a los tribunales; y medidas dirigidas a disminuir el número de expedientes litigiosos en los que es necesaria la intervención del Juez.*

El informe comienza seguidamente a exponer con detalle cada uno de los grupos de medidas indicadas. Así, el tercer apartado del trabajo se rotula **«medidas tendentes a hacer innecesario acudir a los tribunales»**. Se parte del principio de que éstas puedan denominarse Alternative Dispute Resolution (ADR), es decir, medios o métodos de resolución alternativa de conflictos, denominación que también nosotros emplearemos. *Estas medidas son, la MEDIACIÓN, el ARBITRAJE y la CONCILIACIÓN.* Se cita como antecedente más cercano en el ámbito comunitario, el libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Bruselas, 19.04.2002 [COM (2002) 196 final]; este documento entiende que una de las razones del desarrollo de las ADR es de carácter práctico pues estos medios alternativos constituyen una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia (en partículas por su saturación) a las que se enfrentan muchos países, añadiendo que a la saturación de los Tribunales se suma la complejidad de los conflictos de leyes, las diferencias lingüísticas y financieras.

A continuación se estudia la **mediación**, de la que se dice que como método alternativo de resolución de disputas que puede cumplir un importante papel de cara a la reducción de la litigiosidad. A nivel internacional, deben mencionarse en primer lugar las diversas *Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia de mediación*, que abarcan tres ámbitos materiales muy diferentes: asuntos de familia y civiles en general, asuntos penales y asuntos administrativos. La primera de ellas sirve de modelo a numerosas leyes aprobadas por los legisladores nacionales en la materia, pues en ella se sientan algunos principios básicos en sede de mediación: la voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, igualdad de armas y confidencialidad deben guiar la actuación del mediador, así como la necesidad de que el Estado asegure la ejecutividad de los acuerdos de mediación alcanzados. Estas Recomendaciones fueron objeto de análisis, por parte de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), del Consejo de Europa, que aprobó en diciembre de 2007 sendas «Líneas directrices» que contienen unas valiosas propuestas de medidas que se pueden agrupar en torno a tres grandes tópicos: disponibilidad, accesibilidad y sensibilización. La CEPEJ pone el acento en los siguientes aspectos: Los poderes públicos deben involucrarse en la promoción y



sostenimiento de los dispositivos de mediación, apoyando programas concretos, facilitando información e implicándose en la formación y supervisión de los mediadores; los jueces deben también implicarse, se debe asegurar la confidencialidad de la mediación; la cualificación de los mediadores es esencial; el coste de la mediación debería ser razonable; el recurso a la mediación no debería verse obstaculizado por el riesgo de expiración de plazos de prescripción o caducidad; los Estados miembros deben hacer un esfuerzo dirigido a modificar los hábitos sociales.

Se destaca la aprobación de la *Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles* que constata que la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes, siendo más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa entre las partes. La Directiva no se opone a que una legislación nacional haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que ello no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. Un aspecto de suma importancia es el de la fuerza ejecutiva del acuerdo resultante de la mediación. Incide en dos aspectos: el de la confidencialidad y el de los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad. Se menciona que a nivel comparado la mediación tiene una implantación bastante sólida en un buen número de países de nuestro entorno, habiéndose producido desarrollos recientes que hacen augurar un futuro próspero para esta figura, si bien reconoce que algunos de esos desarrollos no han estado exentos de polémica.

Analizando el ámbito español, se dice que, salvo el tratamiento en algunos sectores (el laboral o el de familia, en algunos casos), no existía —hasta este mismo año— un cuerpo normativo de índole general destinado a regular de manera sistemática la mediación, al menos dentro del ámbito civil y mercantil en general. No obstante, sí, se pueden consignar un buen número de leyes autonómicas en materia de mediación familiar, y en el caso de Cataluña una ley de mediación en el ámbito del derecho privado (2009). Ahora bien, se añade, ello no ha impedido que se hayan desarrollado iniciativas notables en materia de mediación, algunas por el propio CGPJ, que antes ya se citaron, indicando que el CGPJ lo que está impulsando es una mediación de naturaleza intrajudicial, cuya contribución a la reducción de la litigiosidad es en principio menor. Tras citar el Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, de la pasada legislatura, que fue informado por el CGPJ (y que ponía el acento en la formalización del acuerdo de mediación y en su ejecutividad), destaca que en la actual legislatura el Gobierno ha aprobado el *Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asunto Civiles y Mercantiles*, cuyas líneas esenciales se resumen: Excluye expresamente de su ámbito de aplicación la mediación con las Administraciones Públicas; suspensión de los plazos de prescripción y caducidad; voluntariedad; el mediador deberá contar con formación específica, la cual deberá haberle proporcionado «los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico; no prevé (como sí hacía el Anteproyecto de 2010) que en caso de condena en costas en un proceso posterior sobre el objeto de la mediación, el coste de la mediación se incluya entre dichas costas; la duración del procedimiento de mediación se deja a disposición de las partes; no se dota de fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación en sí, y la protocolización notarial del acuerdo de mediación pasa a ser paso previo necesario para dotarlo de ejecutividad, señalando que el Notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en la norma y que el acuerdo de mediación no es contrario a Derecho.

Sigue el estudio del **arbitraje**, del que se dice que su regulación legal está bien asentada en la mayoría de los ordenamientos de los países avanzados. Tras citar los antecedentes de los artículos 1820 y 1821 del

Código Civil, luego derogados (tácitamente) por la Ley de 22 de diciembre de 1953, de arbitraje de Derecho privado, y luego expresamente dejados sin contenido por la *Ley 60/2003, de Arbitraje*, señalando que estas leyes poseen un amplio y detallado contenido de múltiples aspectos del procedimiento arbitral, el estatuto y nombramiento de los árbitros, la sustanciación de las actuaciones arbitrales o el pronunciamiento del laudo, junto con los efectos del mismo y su eventual anulación. Se cita que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre el arbitraje, siendo ya clásica su formulación según la cual el arbitraje debe ser contemplado como *«un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que ante los órganos constitucionales del Estado, es decir, una decisión con efectos de cosa Juzgada»* (STC 288/1993). Se destaca que para que el arbitraje opere como equivalente jurisdiccional se debe desarrollar conforme a un procedimiento legalmente establecido, teniendo como ventajas frente al proceso judicial, la rapidez, su naturaleza reservada, su flexibilidad procedimental y la confianza que implica que sean las partes quienes designen las personas que han de resolver su controversia. Se señala en este punto que nuestra ley de Arbitraje, siguiendo un modelo monista, no depara un tratamiento jurídico diferenciado al arbitraje internacional y al arbitraje interno, pues el actual régimen jurídico español del arbitraje se basa en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985; por ello, habrá mayor certidumbre sobre el contenido del régimen jurídico del arbitraje en España, lo que facilitará y aun impulsará que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar del arbitraje, lo que, se reconoce, no redundará precisamente en una reducción de la litigiosidad, antes bien podría acarrear un incremento de la misma, en el sentido de que esos arbitrajes traerán consigo la actividad judicial a ellos vinculada. Frente a la actividad armonizadora realizada en el seno de Naciones Unidas, destaca la falta de aportaciones al arbitraje por parte de la Unión Europea, salvo en el sector del Derecho del consumo. Las instituciones comunitarias, haciendo en este caso un ejercicio celoso del principio de subsidiariedad, han omitido dictar ningún Instrumento normativo en materia de arbitraje. Probablemente la existencia de la Ley Modelo de la CNUDMI, y su poderoso efecto homogeneizador en la mayor parte de los Estados de la Unión, ha pesado a favor de esa opción. Pero ni siquiera en materia de ejecución de resoluciones arbitrales la Unión Europea ha considerado oportuno, a pesar de que el artículo 81 del TFUE prevé que la Unión desarrolle una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza. En esta línea destaca el arbitraje ha quedado excluido del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil mercantil (Bruselas I). Reconoce el informe que el arbitraje presenta también alguna desventaja, siendo la principal la de su coste, que supera al de la mediación entre un 50% y un 120% como mínimo, llegando al doble o al triple para el coeficiente corrector en el tramo variable de la tarifa. Sin embargo, una notable ventaja del arbitraje es que siempre se garantiza una solución al conflicto, lo que no sucede en la mediación, lo que significa, a la postre una efectiva reducción de la litigiosidad.

Finaliza el apartado tercero del informe con el estudio de la **conciliación**, campo en el que se destaca que la mayoría de los países inciden en la conveniencia de que el juez esté presente en los intentos de conciliación, que algunos consideran que debería ser obligatoria (tal como lo fue ya en España en la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881). Entiende que son de gran interés las conclusiones alcanzadas en el *«Encuentro sobre Acceso al derecho y a la Justicia y Mecanismos alternativos de resolución de conflictos» celebrado en Bogotá, Colombia, del 8 al 11 noviembre 2011*. Entre sus conclusiones se dice que el arbitraje, la conciliación y la mediación constituyen una alternativa potencialmente exitosa para afrontar los problemas de acceso a la justicia en los países del continente y para que ello sea posible se requiere que los Estados definan qué materias son objeto de conciliación o, en todo caso, cuáles son los conflictos cuya resolución es útil e indispensable que quede a cargo de la justicia estatal, en razón de la existencia de un interés público en la solución a ser adoptada; se sugiere en este encuentro, destaca el informe, que otra vía

no judicial de acceso a la Justicia son las instancias u oficinas administrativas enfocadas en un ámbito determinado de controversias jurídicas. Entre los elementos más esenciales para reforzar las políticas públicas en este ámbito señala el documento de Bogotá: *Apoyar la creación de nuevos mecanismos no Judiciales de resolución de los conflictos, la ampliación de la cobertura estatal a través de programas específicos, una mayor cobertura de la justicia no estatal y de prácticas comunitarias (justicia indígena, mecanismos justicia restaurativa...), la integración en las políticas dirigidas a grupos vulnerables, y definir modelos de gestión para garantizar la sostenibilidad de estos sistemas*. En el contexto hispanoamericano destaca el informe del *Libro Blanco de la Reforma Judicial (Una agenda para la Justicia en México)* de agosto de 2006, que bajo el lema «Promover el uso de medios alternativos de solución de controversias», manifiesta que los medios alternativos para resolver controversias han experimentado un rápido desarrollo en los poderes judiciales del país. En el entorno europeo se señala la *1ª Conferencia de Jueces*, organizada por el Consejo de Europa en cooperación con el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), celebrada en Estrasburgo el 24-25 de noviembre de 2003, sobre el tema «*Early Settlement of disputes and the role of judges*» (*Arreglo temprano de conflictos y el papel de los jueces*), así como el Informe Final del Proyecto conjunto del grupo de trabajo sobre la prueba del Colegio Americano de Abogados de Pleitos y del Instituto para el Avance del Sistema Legal Americano, publicado el 11 de marzo de 2009; en el que se hace constar que los problemas principales en la jurisdicción civil son: El sistema judicial civil es excesivamente largo y demasiado costoso; la necesidad de revisar a fondo las reglas relativas a la prueba; los jueces han de tener un papel más activo al principio de los casos. Por ello a la hora de diseñar el alcance de la prueba y en la dirección y conducción del asunto en todo su recorrido y hasta la decisión final. Este Informe propone, en fin, estos principios: Han de crearse reglas procedimentales para los diferentes tipos de casos; antes de iniciar el proceso, la parte actora debe notificar a la otra parte su intención de pleitear; es necesario simplificar los procedimientos relativos a la prueba, donde cada parte ha de producir todos los documentos y pruebas de que disponga, para que sea posible la determinación del objeto del litigio; los jueces han de fomentar la posibilidad de mediación o cualquier otra forma de ADR.

Termina este apartado con la cita de otros importantes documentos: *Civil Justice Report, de 11 de diciembre de 2008 (del Manhattan Institute for Policy Research), donde se pone de relieve el descomunal coste del sistema judicial civil norteamericano*.

El apartado cuarto del informe aprobado por el Pleno del CGPJ se refiere a las medidas relativas al **uso racional del acceso a los tribunales**, donde destaca que se pueden reducir a dos: *exigencia de tasas (incluyendo aquí el llamado copago), e imposición de costas. Junto a ello, también puede pensarse en la imposición de multas, singularmente a los abogados que plantean litigios temerarios (o, en terminología USA, frívolos)*.

En cuanto a las **tasas** reconoce que se trata de una cuestión que tiene un componente más propiamente político y que, en todo caso, en supuesto de imposición de tasas, ha de asegurarse el acceso a la Justicia gratuita para todos aquellos que cumplan los requisitos establecidos. Se añade que no existen argumentos suficientes para descartar o adoptar el sistema de tasas judiciales. Se alude también al Anteproyecto de Ley por el que se regulan determinadas Tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, donde se explica qué razones coyunturales (crisis económica) pero también estructurales (racionalizar el uso de los medios de la Administración de Justicia y lograr la máxima eficiencia de los mismos, evitando situaciones de abuso generadas por quienes litigan buscando no una justa tutela de sus derechos sino ventajas ilegítimas) aconsejan revisar la actual regulación de la tasa judicial para lograr un uso más racional de la Administración de Justicia. En este punto se indica que el informe del Pleno del Consejo, aprobado en su sesión de 31 de mayo de 2012, es crítico con diversos aspectos de la norma en tramitación, en particular con la generalización de la tasa judicial a las personas físicas y la elevación del importe de la parte

fija de la tasa, dado el efecto disuasorio que tal medida puede producir en asuntos de escasa cuantía, y la posibilidad de que vaya en detrimento de la tutela judicial efectiva.

En cuanto a las **costas**, se entiende que operan como un factor altamente disuasorio a la hora de entablar un litigio o de no allanarse a la demanda recibida de contrario y que por eso conviene recordar la importancia de que se respete escrupulosamente el criterio del vencimiento. Se indica que en materia de costas podría incorporarse todavía otro mecanismo, que se conjugaría con la regla del vencimiento; se trata de una figura que está contemplada en la regla 68 de las Federal Rules of Civil Procedure norteamericanas (USA), conforme a la cual la parte demandada, con determinada antelación con respecto del día puede notificar a la contraparte una oferta de transacción a homologar judicialmente, incluidas las costas causadas hasta ese momento. Si la otra parte acepta la oferta, el acuerdo se formaliza, pero si la rechaza y el fallo final no es más favorable que la oferta de transacción para el que rechaza la oferta, éste tiene que abonar las costas incurridas desde la oferta de transacción.

En cuanto a las **multas**, se trata de una figura conocida también en el ordenamiento USA, y se imponen a los Abogados que formulen reclamaciones manifiestamente carentes de fundamento, o que adolezcan de gruesos errores en cuanto a la calificación jurídica de los hechos alegados, o que carezcan manifiestamente de pruebas, o sean insustanciales, con abuso de jurisdicción. A diferencia de las costas, que soporta la parte litigante, las multas a las que ahora nos referimos resultan impuestas a sus Abogados. Ello significa que el efecto disuasorio que pretende lograr va dirigido a los Abogados para que abstengan de aconsejar a sus clientes la interposición de una acción judicial o de un recurso, si éstos se encuentran ostensiblemente huérfanos de fundamento, o si la pretensión esgrimida penetra en la órbita del despropósito desde un punto de vista jurídico.

El apartado quinto se titula **«medidas dirigidas a disminuir el número de expedientes litigiosos en los que es necesaria la intervención del juez.»** Se destaca aquí que una tercera estrategia encamina a disminuir la litigiosidad consistente en reducir el ámbito de lo litigioso, lo que se puede lograr si, en el ámbito civil se *deja de asignar al Juez la resolución de los expedientes de jurisdicción voluntaria* (en combinación con una reducción del número de asuntos que en esta jurisdicción son calificados como contenciosos), así como si se procede, en la jurisdicción penal, a la *despenalización de un cierto número de faltas* y/o que los Jueces de Paz asuman el enjuiciamiento de un mayor número de faltas. Se indica, en cuanto a la jurisdicción voluntaria que está pendiente de una puesta al día que viene reclamada por la LEC de 2000, y que la atribución a otros órganos o funcionarios de determinadas actividades que tradicionalmente han venido desempeñando Jueces y Magistrados está aún más justificada cuando se trate de actividades que, no es ya que constituyan expedientes no contenciosos, sino que ni siquiera constituyen ejercicio de funciones jurisdiccionales, sino administrativas. El caso más emblemático es el del desempeño de las funciones del Registro Civil, al que ha puesto fin, tras décadas de un Registro Civil servido por los Jueces encargados del mismo (desde la vieja LRC de 1870, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. En cuanto a la despenalización de ciertos comportamientos actualmente tipificados como faltas penales y/o ampliación de las competencias de los jueces de paz, se dice que hay margen para la reducción del ámbito de lo potencialmente litigioso, y que en cuanto al incremento de la competencia de los Juzgados de Paz, quizás debiera conducir a una distinta configuración de esos Juzgados, modificando el artículo 102 LOPJ para que se estableciera la exigencia de que los Jueces de Paz sean licenciados en Derecho, o la superación de unas pruebas de ingreso que, no siendo equiparables a las de los Jueces de carrera, asegurasen al menos su aptitud para resolver litigios de un calado algo mayor.

Termina el informe con unas **«conclusiones finales»**, que se detallan para cada una de las áreas temáticas estudiadas en el informe; entre ellas cabe destacar:

- La falta de una auténtica cultura de medios alternativos de resolución de conflictos exige una decidida y enérgica *política de concienciación*, tanto del público en general como de los operadores jurídicos.
- *Los procedimientos de mediación y arbitraje han de ser ágiles, sencillos y económicos*, siempre con total respeto a los derechos de las partes.
- Ha de estudiarse la obligatoriedad de acudir a los medios alternativos de resolución de conflictos en determinadas áreas y asuntos.
- Un aumento del papel de la *mediación* de cara a resolver los conflictos redundará sin duda en una reducción de asuntos en los tribunales.
- La mediación se perfila como un medio alternativo de solución de conflictos idóneo para involucrar a las partes en la consecución de esa solución, lo que la hace especialmente aconsejable en contextos en que las partes, pese a la controversia surgida entre ellas, están llamadas a seguir manteniendo relaciones personales o comerciales en el futuro.
- Cuando la ejecutividad del acuerdo de mediación dependa de la ulterior protocolización debería ponerse cuidado en *asegurar que el coste será moderado*.
- El **arbitraje** es un método alternativo de solución de conflictos muy asentado en la tradición jurídica.
- Todo arbitraje comporta un cierto grado de intervención judicial, aunque sea potencial y de baja intensidad (asistencia para práctica de pruebas, acción de anulación, ejecución forzosa), y por ello la atracción hacia España de arbitrajes extranjeros (por la homologación de nuestra regulación interna del arbitraje con las leyes-modelo y las prácticas internacionales en la materia) redundaría en un cierto aumento, y no una disminución, de la litigiosidad, aunque pueda tener otros efectos benéficos.
- El mayor coste relativo del arbitraje frente a otros métodos alternativos de solución de controversias (v. gr. la mediación), encuentra su compensación en el hecho de que el arbitraje, una vez puesto en marcha, siempre se decida de la controversia.
- El arbitraje de consumo puede ser una herramienta útil para que los usuarios y consumidores vean solucionados de manera barata, rápida y sencilla los conflictos en los que puedan verse envueltos con empresarios y profesionales. Sin embargo, partiendo de que en ausencia de esta vía lo más probable es que el consumidor estándar se abstuviera de plantear el correspondiente litigio judicial, el arbitraje de consumo no redundaría –o sólo escasamente– en una auténtica evitación de litigiosidad.
- *El arbitraje laboral se encuentra insuficientemente desarrollado.*
- *El arbitraje administrativo se topa con algunos obstáculos constitucionales y conceptuales de relieve.*
- En materia de **conciliación**, la experiencia de otros países demuestra que es muy importante que se asegure la *presencia efectiva del juez en el primer momento*.
- Recogiendo los antecedentes legislativos, sería conveniente implantar la *conciliación obligatoria*, previa al proceso en asuntos civiles y mercantiles.
- La introducción de un sistema de *tasas* por los servicios que presta la Administración de Justicia, y su instauración depende en buena medida de criterios políticos y de oportunidad, y pueden cumplir un papel reductor de la litigiosidad.
- Las *costas* vienen cumpliendo una importante función disuasoria hacia la utilización poco rigurosa de la Administración de Justicia.
- Cabe plantear la introducción de *multas a los abogados que formulen reclamaciones manifiestamente infundadas*.
- *La jurisdicción voluntaria deben ser desjudicializada*, al igual que el Registro Civil.

# comentarios jurisprudenciales

Sección coordinada por **Jacobo López Barja de Quiroga**,  
Magistrado. Director del Gabinete de la Presidencia  
del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo

Texto completo de las sentencias en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

## SALA 1.<sup>a</sup>

### RESPONSABILIDAD CIVIL MEDIOAMBIENTAL. REPERCUSIÓN RETROSPECTIVA DE LOS GASTOS DE DESCONTAMINACIÓN A LA SOCIEDAD CON- TAMINANTE TRAS SUCESIVAS TRANSMISIONES DE LOS TERRENOS.

**Carlos Sánchez Martín**

*Magistrado. Letrado del Gabinete Técnico  
del Tribunal Supremo*

#### I. Objeto del proceso. Antecedentes fácticos

El objeto del proceso que ha llegado a la Sala Primera a través de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, versa sobre la obligación de la demandada, ERCROS S.A. (en adelante Ercros) de pagar a la demandante, MARINA BADALONA S.A. (en adelante Marina) la cantidad de 25.444.530,10 euros, por daños y perjuicios derivados de la contaminación producida por la actividad industrial de Ercros en una finca de su propiedad, donde tuvo sus instalaciones hasta la segunda mitad de la década de 1980 y que en el momento de interponerse la demanda pertenecía a la demandante Marina.

La demanda descansa, desde una perspectiva jurídica, tanto en la obligación derivada del artículo 1902 del Código Civil, como en haber cumplido Marina la obligación de descontaminar los terrenos que incumbiría a Ercros, por lo que frente a ésta se invocan las acciones de subrogación, reembolso, repetición y el enriquecimiento injusto.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a Ercros a pagar a Marina la

cantidad de 8.805.785,29 euros. Los fundamentos fácticos que sirvieron para estimar parcialmente la pretensión de condena pecuniaria fueron los siguientes:

- La demandada explotaba desde el primer tercio del siglo XIX una fábrica sita en un terreno de su propiedad ubicado en la fachada marítima de Badalona y destinada a la fabricación de productos básicos destinados a la industria química y farmacéutica tales como ácido sulfúrico, ácido nítrico, fosfatos, cloruros, pesticidas y otros. Dicha actividad se desarrolló hasta el año 1987.
- El 7 de mayo de 1987 fue aprobado el texto definitivo del Plan Especial de la Fachada Marítima de Badalona. En él se indicó que los terrenos en cuestión eran industria cerrada o con poca actividad, al tiempo que la ubicación del futuro puerto de Badalona se contemplaba en un emplazamiento diferente al de los terrenos litigiosos que se calificaban para pequeña y mediana industria, en su mayor parte, y uso residencial en una pequeña zona. Se iniciaron conversaciones entre la demandada, de una parte, y la Corporación Metropolitana de Barcelona y el Ayuntamiento de Badalona, de otra, a fin de conseguir una transmisión que garantizara ese objetivo de transformación de la fachada marítima sin graves costes ni repercusiones para ninguna de las partes implicadas.
- Con este objetivo, el 14 de mayo de 1987 se otorgó escritura pública por la que la demandada vendía a la Corporación Metropolitana de Barcelona (luego Consell Comarcal del Barcelonés) una porción de terreno de 71.195,12 m<sup>2</sup> ubicado en primera línea de mar. El precio de esa compraventa fue de 650.000.000 millones de ptas. (3.906.578,68 euros), corriendo por cuenta de la demandada las obras de derribo de las edificaciones y obligándose a cesar gradualmente en su actividad hasta el cese total y definitivo el 31 de julio de 1987. En ese momento el precio de mercado de los terrenos obje-

to de compraventa era muy superior, 885.457.123 ptas. (5.321.704,49 euros), por lo que había una diferencia de 1.415.125,81 euros, diferencia que en la Sentencia de instancia consideró que solo podía deberse «al estado contaminante en el que estuviera el terreno adquirido y su saneamiento futuro de cara al posterior uso a que se destinara el mismo...».

- En cuanto al resto de los terrenos de la demandada, ésta se los vendió mediante escritura pública de 26 de junio de 1989 a la compañía mercantil Prima Inmobiliaria S.A., que a su vez se los vendió mediante escritura pública de 9 de mayo de 1990 a la compañía mercantil Inmobiliaria Industrial y Urbana S.A. y ésta, a su vez, se los transmitió en 1994 al ICO (Instituto de Crédito Oficial) en pago de deudas.
- En 1991 el Ayuntamiento de Badalona decidió la ubicación del futuro puerto en los antiguos terrenos de la demandada, pese a ser conocida la degradación de la zona por los estudios del Ministerio de Obras Públicas y Transportes iniciados en 1990. Aprobado el anteproyecto del puerto deportivo de Badalona por el Ayuntamiento en abril de 1995, éste subrogó a la demandante Marina en todos los derechos y obligaciones derivados de la situación de promotor peticionario de la concesión para la construcción y explotación del puerto. Marina es una sociedad participada al 50% por el Consell Comarcal Barcelonés y el Ayuntamiento de Badalona.
- Por acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Catalunya se aprobó definitivamente el proyecto de construcción del Puerto Deportivo de Badalona y se otorgó a Marina Badalona la concesión para la construcción y explotación del puerto, con asunción entre otras obligaciones de las de descontaminar los terrenos que iban a ser ocupados por el citado puerto.
- Los terrenos vendidos en 1987 por la demandada a la Corporación Metropolitana de Barcelona, luego Consell Comarcal del Barcelonés, fueron aportados a la demandante Marina, como aportación no dineraria, con ocasión de tres sucesivas ampliaciones de capital en 2001, 2002 y 2003; se valoraron los terrenos por un experto independiente, restando 571.200.000 ptas. (3.432.981,14 euros) como gastos por descontaminación. En cuanto al resto de los terrenos, es decir los adquiridos en su día por el ICO e incluidos en el polígono destinado a sistema portuario, finalmente se llegó a un acuerdo y mediante escritura pública de 19 de diciembre de 2002, el

ICO se los vendió a Marina haciéndose constar que requerían de un tratamiento de descontaminación, ya que dichos terrenos iban a verse afectados por las obras de construcción del futuro Puerto Deportivo. De este modo, estimándose el coste de la descontaminación en 8.005.481 euros, el ICO autorizó la venta a Marina por 11.419.229,98 euros.

- Los terrenos de la demandada estaban altamente contaminados, con claro riesgo para la salud de las personas por elevados contenidos de plomo y arsénico. Además, después de cesar la demandada en su actividad, se habían producido nuevos problemas al haberse utilizado el lugar en alguna época en régimen de concesión como zona de extracción de arenas y vertido incontrolado de residuos de diferentes procedencias, detectándose amplias zonas con residuos ajenos a la actividad de la demandada e incluso manchas debidas a actuaciones desaprensivas que habían llegado a usar el solar como un vertedero.

A la luz de los anteriores fundamentos fácticos, la resolución de instancia basó su condena parcial en los siguientes argumentos jurídicos:

- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 28 de abril de 2004, que desestimó un recurso contencioso-administrativo de Ercros contra una resolución de 1997 de la Junta de Residuos, debía desplegar eficacia positiva de cosa juzgada en el presente litigio civil, pues dicha resolución judicial constató la realidad de la contaminación y declaró la obligación de Ercros de descontaminar con base en el art. 15 de la Ley Catalana 6/1993 de 15 de julio.
- Aunque se prescindiera de la sentencia del TSJ, la normativa administrativa vigente al tiempo de las transmisiones de los terrenos imponía a la demandada la obligación de descontaminarlos, en concreto la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos, y la Ley 20/1986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos.
- También conforme al art. 1902 CC sería exigible a Ercros el pago de una indemnización, al amparo del principio «quien contamina paga», que tiene una doble vertiente, pública y privada.
- La acción para exigir esta responsabilidad civil extracontractual no había prescrito porque la contaminación había ido agravándose a lo largo del tiempo.

Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por ambas partes litigantes, el tribunal de segunda instancia, estimando el recurso de Ercros y desestimando el de Marina, revocó la sentencia apelada y, en su lugar, desestimó totalmente la demanda con argumentos que son confirmados por la Sala Primera y que sirven para desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la aquí recurrente, Marina.

## II. Cuestión jurídica: responsabilidad medioambiental en el ámbito civil

**Repercusión retrospectiva de los costes de descontaminación a la sociedad contaminante, siendo esta circunstancia conocida y considerada en las sucesivas transmisiones de los terrenos.**

El problema jurídico que se plantea en el litigio es decidir si una sociedad mercantil constituida por entes públicos para la regeneración y consiguiente explotación de un puerto deportivo-pesquero y su zona residencial contigua, puede repercutir retrospectivamente los costes de la descontaminación a la sociedad mercantil que en tiempos contaminó la zona, y ello pese a haber tenido que cesar ésta en su actividad industrial y haber vendido en su día los terrenos a bajo precio debido precisamente a su contaminación conocida por todas las entidades que sucesivamente fueron adquiriendo derechos sobre dichos terrenos. La entidad recurrente somete a la jurisdicción civil esta cuestión, con base en el Código Civil, pero invocando el principio «*quien contamina paga*», presente en diversas normas administrativas de protección medioambiental que se consideran aplicables al caso.

La Sentencia comienza su análisis razonando que esa pretendida repercusión retrospectiva no tiene amparo legal ni en los arts. 33, 43 y 45 de la Constitución, ni en el art. 1902 CC, ni en los arts. 1210 y 1158 del mismo Cuerpo legal, ya que el principio «*quien contamina paga*», por una parte, no deja de ser una manifestación concreta en materia medioambiental del principio de que cada uno debe responder de sus propios actos, y, por otra, ha de ser conciliado, cuando los terrenos contaminados hayan sido objeto de sucesivos contratos privados, con el principio de que los contratos deben ser cumplidos (art. 1258 CC).

### a) Improcedencia de la exigencia de responsabilidad civil extracontractual por los daños derivados de la contaminación en la finca vendida

En la decisión de esta primera cuestión, la Sala reproduce la doctrina ya expresada en una anterior Sentencia de fecha 22 de diciembre del 2008 (rec. 3992/01), sobre un recurso igualmente de Ercros contra la sentencia que le había condenado a retirar los residuos enterrados en un solar que había sido de su propiedad, estimando la demanda de la última propietaria tras una cadena de transmisiones. La Sala en esta ocasión, a diferencia de la dictada en fecha 29 de octubre de 2008 (rec. 942/2003), casó la sentencia impugnada y desestimó la demanda.

Con apoyo en la citada Sentencia de diciembre de 2008, cuyos razonamientos asume, se establecen, en primer lugar, los criterios para la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual como fundamento para la responsabilidad por daños en la cosa vendida. De la citada Sentencia se extrae que cuando los daños por los que reclama el comprador afectan a la cosa vendida, la reclamación sólo es admisible en el marco de la responsabilidad contractual, siempre que lo permita la reglamentación del contrato de compraventa, sin que pueda ampliarse arbitrariamente el alcance de la responsabilidad nacida del contrato apelando a la existencia de daños de naturaleza extracontractual, salvo cuando su alcance resulte ajeno a la órbita del contrato. En consecuencia, cuando los daños originados en la cosa vendida que suponen un menoscabo de su valor o una imposibilidad de dedicarla al uso al que está destinada, deben ser reclamados mediante el ejercicio de las acciones contractuales que correspondan, entre las cuales figuran las acciones para pedir el saneamiento de la cosa por vicios o defectos ocultos (acción redhibitoria y *quanti minoris* [de disminución del precio «en cuanto menos»]) o la acción resolutoria dimanante del incumplimiento del contrato cuando la cosa entregada es sustancialmente distinta de aquella que se pactó como objeto de la compraventa o inhábil para el uso a que se destina (una cosa por otra, o *aliud pro alio*).

Y la citada reclamación de responsabilidad contractual debe ir dirigida contra el vendedor mediante, si proce-



de, la subrogación que establece el propio Código Civil en su artículo 1511. Por eso, el hecho de que el comprador no sea el primer adquirente, no le autoriza por sí mismo para el ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual contra los anteriores propietarios por los daños que haya sufrido la cosa vendida.

En este terreno de la pretendida exigencia de responsabilidad extracontractual, en atención a la posible incidencia de normas administrativas medioambientales y a la circunstancia de que los daños se extendieran incluso a bienes colectivos pudiendo así arrogarse la condición de terceros perjudicados a los sucesivos titulares de la finca, la sentencia de diciembre de 2008, estableció, y se acepta por la comentada, que la consideración como terceros perjudicados de estos sucesivos titulares exige demostrar que han sido víctimas de daños distintos de los consistentes en perjuicios económicos dimanantes de los defectos sufridos por la cosa vendida, pues, en caso de no ser así, sólo las acciones relacionadas con el incumplimiento del contrato o con el saneamiento de la cosa vendida pueden ser utilizadas para el resarcimiento, en el marco de las acciones contractuales. Por otro lado, las normas administrativas que prohíben la realización de actividades de vertido gravemente perjudiciales para la comunidad sólo imponen a las Administraciones públicas la obligación de impedir y de sancionar esas conductas, en el caso de que se produzcan, y de exigir las consiguientes responsabilidades por los daños causados a los intereses públicos, generales o colectivos; pero el instituto de la responsabilidad civil extracontractual no puede ser utilizado para transformar la obligación de indemnizar a la comunidad por daños originados en general a los bienes colectivos en una obligación de reparación concebida particularmente en beneficio del comprador de un inmueble que pudo haber tenido en cuenta, al pactar las condiciones de la compraventa, el deficiente estado del solar y en ese caso resultaría después beneficiado de manera injusta por la reparación de unos daños cuyo sujeto pasivo es la comunidad. La trascendencia del daño desde el punto de vista de los intereses de la comunidad sólo puede, en suma, ser tenida en cuenta desde el punto de vista del deber de los poderes públicos de evitarlo y exigir su reparación, más allá del alcance de los derechos que permiten al afectado el uso o disfrute del inmueble concreto, los cuales solamente pueden ser ejercitados en el marco de la responsabilidad contractual.

## b) Prescripción de la acción. Doctrina del daño permanente o duradero frente al daño continuado

A la comentada argumentación que rechaza indemnización alguna con base en el art. 1902 CC, se añade de la prescripción de la acción en atención a la correcta calificación de los daños denunciados por la Sentencia recurrida como permanentes o duraderos y no continuados, criterio que se ajusta a lo resuelto por la Sala Primera en su sentencia de 28 de octubre de 2009 (rec. 170/05), sobre contaminación de un acuífero, en la que se establecía que si una determinada actividad causa un daño fácilmente detectable por el perjudicado mientras esa actividad se realiza o dentro del año siguiente a haber cesado, atentaría contra la seguridad jurídica, fundamento de la prescripción extintiva, que la acción de dicho perjudicado contra quien en su momento hubiera ejercido la actividad, pudiera permanecer viva indefinidamente mientras a lo largo del tiempo se van añadiendo factores del todo extraños a tal actividad y que sin duda alguna contribuyen a agravar el daño cuya indemnización se solicita. En este sentido, los hechos probados de la Sentencia demuestran tanto la notoriedad de la contaminación como la probabilidad más que alta, conocida por todos los interesados e igualmente notoria a la vista de los productos que fabricaba la demandada, de que se extendiera más allá de lo que podía manifestarse en superficie.

## c) Acción de subrogación o reembolso por cumplir la recurrente las obligaciones que incumbirían a la sociedad contaminante. Improcedencia

Tampoco se estima la pretensión del recurrente y actor desde la perspectiva del ejercicio de las acciones de subrogación, repetición o reembolso fundadas en que la demandante Marina cumplió frente la Administración una obligación de descontaminar que incumbía a Ercros. Dicha pretensión se basa en la existencia de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 28 de abril de 2004, que, a criterio del recurrente, habría impuesto a Ercros la obligación de descontaminar los terrenos transmitidos y que habría de desplegar el efecto positivo de la cosa juzgada en el presente litigio civil.

La Sentencia analizada rechaza que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia produzca el efecto pretendido por el recurrente en la medida en que dicho Tribunal no se pronunció sobre los acuerdos privados o de alcance urbanístico que acompañaron a la transmisión de los terrenos. Lo único sobre lo que el TSJ se pronunció, más allá de si era o no admisible el recurso administrativo ordinario, fue la legalidad, conforme al art. 15. c) de la Ley catalana de Residuos de 1993, del acuerdo de la Junta de Residuos de 28 de noviembre de 1997 reiterando un requerimiento del anterior 3 de junio a Ercros para que presentara un plan de trabajo *«especificando el derribo de los edificios subsistentes, la retirada de los residuos y terrenos por ellos afectados y un estudio detallado sobre el alcance de su posible contaminación, al objeto de elaborar posteriormente una propuesta de programa de trabajo con la finalidad de tomar las medidas correctoras más idóneas para el restablecimiento de los usos en los terrenos»* (párrafo último del FJ 3.º en relación con el párrafo segundo del FJ 2.º). Sin embargo, no hubo ninguna declaración de que Ercros estuviera obligada frente a la Administración a descontaminar sus antiguos terrenos para dejarlos en condiciones aptas para un uso portuario-residencial, y de haberse producido un fallo de la jurisdicción contencioso-administrativa en este sentido tampoco habría podido impedir que en un ulterior litigio civil se atendiera a la relevancia de los acuerdos privados no valorados por dicha jurisdicción.

Por último, también se desestima el planteamiento de la parte recurrente fundado en la obligación legal de descontaminar que, según la parte recurrente, imponían a Ercros la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos; la Ley 20/1986, de 19 de noviembre, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, o la Ley catalana 6/1993, de 15 de julio, reguladora de los Residuos. La Sentencia razona que frente a la aplicación de dicha normativa administrativa debe prevalecer el hecho de que, desde el punto de vista civil, Ercros soportó su obligación de descontaminar por vía contractual, mediante una muy notable disminución del precio cuando vendió los terrenos, al tiempo que la hoy recurrente compensaba el coste de la descontaminación realizada por ella al comprar a bajo precio la otra parte de los terrenos al ICO y al computar ese coste en la valoración de la aportación no dineraria hecha por el Consell Comarcal del Barcelonés.

### III. Conclusión

La propia Sentencia concluye que habiéndose producido diversas transmisiones de unos terrenos altamente contaminados por una actividad industrial centenaria, y conocida esa alta contaminación aunque no su alcance exacto por los sucesivos adquirentes incluida la sociedad anónima hoy recurrente, la repercusión a la demandada de los costes de descontaminar aquellos mismos terrenos para adecuarlos a un uso portuario y residencial solo podía intentarse ante la jurisdicción civil con fundamento en los propios contratos privados determinantes de las sucesivas transmisiones o aportaciones sociales, no con base en el art. 1902 CC ni con base en el cumplimiento por la hoy recurrente de una obligación que las leyes administrativas medioambientales pudieran imponer a Ercros. En suma, el cómputo de la gran contaminación de la zona en el precio de las compraventas y en la valoración de la aportación a la sociedad recurrente, implicaba que los contratos asignaban al contratante adquirente el riesgo que la contaminación pudiera suponer para los futuros usos de la zona, esto es, el coste de la descontaminación necesaria para esos usos.

#### SALA 2.ª

**PREVARICACIÓN JUDICIAL POR ACTUACIÓN QUE OBVIA LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y LAS REGLAS DEL PROCESO DEBIDO (Sentencia n.º 571/2012, de 29 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta).**

**Carlos Prat Westerlindh**

*Letrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal*

### I. Introducción

La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 571/2012, de 29 de junio, plantea la cuestión relativa al carácter injusto de las decisiones judiciales y la posibilidad de que las mismas se conviertan en fundamento para la comisión de un delito de prevaricación judicial.

El Tribunal Supremo analiza los aspectos relativos a la tipicidad del delito contemplado en el art. 447 del Código Penal en referencia a la prevaricación culposa y el delito de prevaricación dolosa del art. 445.3 del Código Penal. La Sala de instancia consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de prevaricación culposa y el Tribunal Supremo casó la sentencia y afirma que los hechos son constitutivos de un delito de prevaricación dolosa. La sentencia tiene un voto particular de dos magistrados del Tribunal Supremo que consideran que el Juez acusado debió de haber sido absuelto.

## 2. Supuesto de hecho

En el marco de un procedimiento de divorcio seguido en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 4 de Sevilla se dictó un auto de medidas provisionales en el que se disponía la guarda y custodia de los dos hijos menores del matrimonio a favor de la madre, y un régimen de visitas, que en el caso de las vacaciones de Semana Santa, se distribuía en dos turnos: hasta el miércoles santo a las 14 horas, y desde ese momento hasta el domingo de Resurrección a las 20 horas, en años pares, a favor del padre. En dicho auto también se estableció lo siguiente: «Ambos progenitores respetarán el deseo de los hijos de tomar parte en las estaciones de penitencia de las hermandades a que pertenecen».

En la Semana Santa del año 2010, los dos hijos menores estaban en compañía del padre en el primer turno, por lo que debía hacer entrega de los mismos a la madre el Miércoles Santo a las 14 horas. Durante dicho turno, uno de los menores solicitó salir en la procesión de la Hermandad del Silencio durante la madrugada del Viernes Santo. Por lo tanto, los abogados del padre enviaron un e-mail a la abogada de la madre expresando la petición del hijo. La abogada de la madre respondió con un e-mail en el que exteriorizaba el deseo materno de conocer detalles sobre la cofradía en cuestión, el acompañamiento o no del menor por mujeres, tiempo de recorrido y medidas de protección del hijo.

Ante esta respuesta los abogados del padre acudieron al Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 4 de Sevilla entrevistándose con su titular, quien les dijo que todo el proceso estaba bien descrito en el auto judicial de medidas provisionales y él no podía por el momento tomar otras decisiones.

Trasladados estos pormenores al padre y al abuelo del menor con quien convivían, los abogados del padre plantearon otra estrategia procesal que consistió en solicitar por medio del abuelo paterno unas medidas cautelares a su instancia, manteniendo al margen al padre, por lo que acudirían al Juzgado de Familia n.º 7 de Sevilla, del que era titular el Juez acusado. El Juez acusado recibe al abuelo y al nieto en su despacho, donde le expresan sus deseos. El Juez les indica que había de presentar una solicitud de medidas cautelares en el Decanato que fuera turnada y levanta un acta de comparecencia de ambos en el que se expresaban sus intenciones. Dicha acta fue dictada oralmente por el Juez y se exponía la intención y deseos del menor de salir como cofrade en la procesión de Viernes Santo. Dicha acta fue firmada por el Juez, los comparecientes y el Secretario. Para la confección de dicho acta, la funcionaria utilizó un modelo propio de otro procedimiento elegido al azar entre los que gestionaba informáticamente con el correspondiente número NIG. El Juez acusado contactó con el Juez Decano haciéndole saber la comparecencia y que se iba a presentar para su reparto una solicitud urgente. Uno de los letrados del padre, siguiendo las indicaciones del Juez acusado, procedió a redactar un escrito dirigido al Juzgado de Familia que por turno de reparto correspondiera en el que se formulaba la petición por parte del abuelo. De nuevo en Decanato, uno de los letrados del padre manifestó que era un asunto urgente y que debía ser turnado al Juzgado de Familia n.º 7, y así se hizo.

En la ciudad de Sevilla existe la siguiente norma de reparto entre los Juzgados de Familia: «Se turnarán por antecedentes al Juzgado que hubiera conocido del procedimiento de nulidad, separación y divorcio, las siguientes clases de asuntos: protección de menores, jurisdicción voluntaria referente a menores».

El Juez acusado se acercó personalmente a Fiscalía a comunicar verbalmente la solicitud, y la fiscal que allí se encontraba le comentó que en otros casos de medidas urgentes debía acordarse lo procedente, atendiendo a la voluntad del menor, si bien, cuando se pasaran los autos a la Fiscalía con su expediente, se informaría oportunamente al respecto. Esta conversación fue comentada más tarde por la Fiscal con el Fiscal de Permanencia, a quien le habló de la pronta llegada al día siguiente de un expediente del Juzgado de Familia del Juez acusado, si bien, no se dejó citación alguna ni se dio traslado del expediente.

Una vez que el escrito de solicitud de medidas urgentes llegó al Juzgado de Familia n.º 7 no pudo registrarse telemáticamente por fallos informáticos acreditados. Por lo tanto, el Juez lo tramitó por escrito, de forma alternativa; dictó una providencia en la que se daba cuenta de la solicitud, se unió a las actuaciones la comparecencia ya celebrada, y ordenó que se extendiera una diligencia de constancia sobre el encuentro con la Fiscal en el sentido de que el Ministerio Fiscal había informado verbalmente que se acordara lo procedente atendiendo a la voluntad expresada por el menor. La funcionaria interviniente observó que el NIG que aparecía en el acta de la comparecencia que iba a unirse no correspondía con el procedimiento concreto y recién aportado, sino con otro distinto, por lo que el Juez acusado le indicó que suprimiera del primer folio de la comparecencia los datos referentes al NIG e imprimiera de nuevo el primer folio de la misma con ese dato suprimido, dejando exactamente igual el segundo folio del original, en el que constaban las firmas de los intervinientes. El Juez acusado dictó auto resolviendo sobre la medida cautelar sin dar traslado ni pedir informe al Ministerio Fiscal, sin oír previamente a ninguno de los progenitores del menor, ni al padre ni a la madre, a quien se atribuía una actitud reticente, pese a conocer sus domicilios que venían reseñados en la comparecencia inicial. El Juez decidió, al amparo del art. 158.3 del Código Civil, que el retorno con la madre del menor se produjera el Viernes Santo a las 11 horas, prolongando el periodo de estancia de vacaciones con el padre a fin de asegurar que el niño pudiese salir en la madrugada con la Cofradía del Silencio, mandando que se notificara esta resolución al menor, a su abuelo y a los progenitores. Esta resolución fue notificada personalmente al menor y a su abuelo en la misma sede judicial, y se remitió por correo certificado a los padres del menor, sin que conste que conocido este documento por los abogados del padre, éstos remitieran vía e-mail una copia a la abogada de la madre.

El Miércoles Santo el padre del menor acudió al domicilio de la madre, dejando bajo su custodia sólo al hijo pequeño que fue recogido por su abuela, al encontrarse la madre trabajando. No consta que se entregara a la abuela copia del auto del Juez de Familia n.º 7. Al no proceder a la entrega del otro hijo, la abuela materna llamó a la madre, y ésta intentó infructuosamente contactar con su hijo y con su padre hasta que se vio sorprendida por las noticias de la prensa y la televisión que hablaban del «caso del niño cofrade» y madre des-

pechada que le impedía salir en la procesión, noticias que fueron proporcionadas por los abogados del padre a los distintos medios de comunicación. En algunos de esos medios participaron como comentaristas de la noticia, los abogados del padre y el propio Juez, oyendo la madre del menor expresiones del Juez que calificaba de incomprensible la actitud de la madre respecto a su hijo.

### 3. Decisiones judiciales y el recurso de casación

La Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía condenó al Juez acusado por la comisión de un delito de prevaricación culposa del art. 447 del Código Penal, a la pena de dos años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público, si bien, se acordaba remitir al Gobierno de la Nación una solicitud de concesión de indulto parcial para dejar reducida la duración de la pena impuesta en seis meses de inhabilitación especial. Se condenó al acusado a pagar las costas y a que indemnizara a la madre del menor en la suma de 4.000 euros. Igualmente, se disponía iniciar expediente de corrección disciplinaria a uno de los abogados que intervinieron en el juicio.

Frente a dicha resolución se interpuso recurso de casación por el Juez acusado y por la acusación particular que representaba a la madre del menor. El Tribunal Supremo en su sentencia pone de manifiesto que aunque la impugnación de la acusación particular no es del todo precisa, pues señala como preceptos penales infringidos uno del Código Civil (art. 158) y otro de la LOPJ (art. 87. Ter.3), en realidad, el fundamento de su queja es que la prevaricación judicial debió de haber sido calificada como dolosa.

El Tribunal Supremo casó la sentencia de instancia y condenó al Juez acusado, como autor responsable de un delito de prevaricación dolosa del art. 445.3 del Código Penal, a la pena de multa de 12 meses con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad penal subsidiaria del art. 53 del Código Penal y a 10 años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y honores que le son anejos, así como la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial. Los demás pronunciamientos

de la sentencia se refieren a la condena en costas, responsabilidad civil, la incoación de expediente disciplinario y a la pieza separada de sanciones disciplinarias.

#### 4. Necesidad de una resolución judicial injusta

El Tribunal Supremo comienza analizando la cuestión central del delito de prevaricación: la existencia de una resolución injusta. A este respecto la sentencia indica lo siguiente:

*«La exigencia de la resolución injusta es un requisito de la tipicidad del delito de prevaricación doloso e imprudente y se integra como elemento nuclear de la tipicidad de la prevaricación. La diferenciación en orden a la calificación de la resolución es que, en el delito doloso, la resolución ha de ser injusta, en tanto que en la modalidad imprudente, la resolución ha de ser manifiestamente injusta. La diferencia entre una y otra implica una valoración de mayor gravedad sobre el contenido de la injusticia de la resolución.»*

*Nuestra jurisprudencia en orden a la conceptualización de lo que debe entenderse por resolución injusta, ha abandonado posiciones subjetivas, que hacían depender de la subjetividad del juez lo justo de lo injusto, y construye su contenido en el quebrantamiento del derecho objetivo, que se produce cuando la aplicación realizada del derecho no resulta objetivamente sostenible, según los métodos generalmente admitidos en la interpretación del derecho. Se exige, por lo tanto, una indudable infracción del derecho, y, además, una arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción.*

*Lo injusto y lo justo no depende, por lo tanto, de la voluntad del juez, sino de la misma aplicación de la norma y realizada ésta es justa cuando el juez la aplica acudiendo a fuentes de interpretación válidas y admisibles.»*

La decisión judicial sobre la que se examina su carácter injusto es el auto dictado por el Juez del Juzgado de Familia n.º 7. El Magistrado, a pesar de no ser competente, acuerda posponer la entrega del menor a la madre hasta el Viernes Santo en los términos que antes hemos descrito.

El Tribunal Supremo considera que esta decisión es injusta, no sólo por el contenido material sino también por el proceso seguido para su adopción. Los caracteres que se mencionan para calificar la decisión injusta son los siguientes:

*«La sentencia de instancia califica dicha resolución de manifiestamente injusta y lo hace, fundamento décimo, con una argumentación que consideramos correcta. Bastaría con reproducirla para afirmar ese presupuesto del delito de prevaricación. Sintéticamente, la resolución es injusta porque vulnera la norma de atribución competencial, pues existe un juzgado que conoce del conflicto y es el llamado a dirimir los que se planteen en un futuro, sobre todo en un supuesto como el de autos en el que el juez de violencia sobre la mujer ya había intervenido en el mismo conflicto, sugiriendo una composición entre los progenitores, por remisión a su resolución, lo que no fue del agrado de la defensa del padre. Ese desacuerdo con la resolución del juez de violencia fue el que desencadena una actuación posterior de los letrados del padre, buscando un juez que les solucionara el conflicto de acuerdo a sus pretensiones. El juez condenado conocía esa actuación del juez competente, al menos sabía que el conflicto estaba judicializado en otro órgano judicial y, no obstante, se presta a intervenir en los términos que se declara probado, esto es, sustrayendo el conflicto al juez prevenido legalmente. En este contexto se producen nuevos hechos, reveladores de una actuación contraria al ordenamiento jurídico, como es que el juez acepte la comparecencia; que indique al Letrado que formule la petición del art. 158 Cc; habla con Fiscalía, que debe informar sobre la legalidad aplicable al conflicto. En una conversación, que sólo puede ser calificada de informal, obtiene de un representante del Ministerio público lo que no es sino una obviedad, que deberá actuarse en interés del menor. La representante del Ministerio fiscal con la que habla el magistrado acusado no lo hace en un proceso, sino lo hace con un compañero que le efectúa una consulta o un comentario. Es por ello que la representante del Ministerio fiscal comenta el asunto con su compañero de fiscalía, que debe informar en la causa, a quien narra su conversación anterior y le anuncia que llegará la causa para informe, lo que no sucederá. El magistrado condenado sustituirá ese informe con una diligencia de constancia, que*

él redacta, usurpando funciones del Secretario judicial, con el siguiente contenido "que se estuviera a la voluntad del menor". En el curso de su procedimiento, nos dice el hecho probado, habla en dos ocasiones con el decanato para interesarse por el reparto de la comparecencia. Del decanato le es atribuido el conocimiento de los hechos por antecedentes, aunque el juez hace figurar que le ha correspondido por reparto y acuerda por providencia que se les oiga, al abuelo y al menor, lo que había realizado con anterioridad mediante una comparecencia. Altera el soporte documental de la comparecencia para evitar la identificación de la misma correspondiente a otra causa tramitada en su juzgado y que sirvió para que le fuera turnada por antecedentes. No da traslado de las actuaciones a los progenitores, pudiendo hacerlo, pues el padre se encontraba presente, o mejor dicho, en el pasillo de su juzgado, y la madre, ni siquiera fue convocada para ser oída. Además, y no obstante esa falta de audiencia, argumenta en la resolución que "es incomprensible que cualquiera de los progenitores siempre ponga obstáculos a lo que constituye su inequívoco deseo". Esta afirmación carece de base, pues el magistrado que dicta esa resolución ni tiene antecedentes del conflicto ni ha oído en comparecencia a la madre. Son los conocimientos extraprocesales a los que alude la sentencia. En la misma resolución va a volver a calificar la conducta de la madre de incomprensible, lo que tendrá su eficacia posterior cuando el hecho alcance notoriedad en los medios de comunicación social con intervenciones del propio juez en los mismos, comentando su propia resolución. Por otra parte, es evidente que el auto dictado no dirime un conflicto, función principal de la jurisdicción, sino que por la forma de actuar ha creado un nuevo conflicto en el matrimonio en proceso de separación y sus relaciones con el hijo, dada la desautorización hacia la madre que se patentiza en el auto. Por último, la actuación jurisdiccional que carece de base competencial y que no ha seguido las reglas del proceso debido, se adopta sin argumentar nada sobre los presupuestos de la actuación cautelar, la situación de peligro o el perjuicio del menor. Nada se dice sobre la concurrencia de esos presupuestos de actuación, sólo se afirma su concurrencia, ni tan siquiera sobre la urgencia de la procedencia de la medida cautelar que adopta y la razón para sustituir al juzgado competente. Ha de recordarse que el juzgado

de violencia tenía el mismo ámbito de competencia objetiva y territorial y no existía ningún obstáculo a su intervención, a salvo de la falta de acomodación de la respuesta a la pretensión de la parte que interesó el retraso en la devolución de los hijos. Es cierto que el art. 158 Cc no dispone un procedimiento de adopción de la decisión, pero no ha de olvidarse que ese precepto no es procesal, es una norma que habilita una actuación jurisdiccional, y que el principio de contradicción es esencial y básico en nuestro ordenamiento jurídico y solo puede ser enervado en caso de imposibilidad constatada o de urgencia reconocida, de lo que deberá hacerse constancia en la resolución.

Únicamente, desde una motivación de la urgencia y la necesidad de evitar perjuicios y actuar el interés del menor, podría justificarse una atribución competencial y una medida cautelar como la adoptada.

Tal cúmulo de actuaciones injustas, que afectan a la competencia objetiva del juzgado, a la conformación de su competencia a través del reparto de asuntos, a la observancia del proceso debido y, en fin, al propio contenido material de la decisión hacen que, deba ser tenida por resolución injusta, no solo por el contenido material de la resolución sino por todo el proceso seguido para su adopción.»

En relación con la posibilidad atribuida legalmente al Juez para la adopción de medidas urgentes del art. 158 del Código Civil, el Tribunal Supremo sostiene lo siguiente:

«Es cierto que el art. 158 Código Civil, permite al juez, de cualquier jurisdicción, adoptar unas medidas excepcionales como las que refieren sus distintos apartados, pero eso no quiere decir, que no haya límites a la decisión judicial. Los límites resultan de la urgencia del supuesto planteado, de la situación de peligro o la evitación de perjuicios, y de los requisitos derivados de un correcto ejercicio de la jurisdicción, como la contradicción efectiva entre las partes, si fuera posible, como lo era en este caso. El juez acusado nada argumenta sobre ello, la acuerda sin explicitar las razones de su adopción.»

Para el Tribunal Supremo, no es asumible el argumento de la defensa que sostiene que el auto dictado por el Juez acusado fue confirmado en su integridad por la Audiencia

Provincial de Sevilla en sendos autos que resuelven la apelación del mismo y un incidente de nulidad. Así, se indica:

*«Ambas resoluciones no son, desde luego, modélicas en su motivación. Se limitan a afirmar que el art. 158 permite la decisión adoptada, pero no razona en qué medida la decisión se podría adoptar, en un supuesto como el que es objeto de la causa, en el que había otro juzgado conociendo que es apartado de ese conocimiento, lo que era conocido por el Juez del Juzgado n.º 7 (Familia) de Sevilla; en un proceso "inaudita parte", pese al evidente interés de los progenitores en el caso concreto, siendo factible esa audiencia; sin oír al Ministerio fiscal en un informe de legalidad y en materia que afecta a un menor; con un presupuesto de actuación, peligro y perjuicio para el menor, que ni se razona ni explica su concurrencia. El art. 158 Cc se limita a señalar el contenido de la decisión que un juez puede adoptar, pero las circunstancias concurrentes obligaban a su adopción conforme a las exigencias del proceso debido, tanto en competencia como en el establecimiento de la contradicción y en la motivación de las medidas en lo atinente a los presupuestos de su adopción.»*

*En las circunstancias expuestas la resolución de la Audiencia provincial, confirmando la medida adoptada no justifica la actuación judicial, ni es óbice a la consideración de la misma como resolución injusta.»*

## 5. Carácter doloso de la prevaricación

La sentencia del Tribunal Supremo consideró que está claro el carácter doloso de la prevaricación efectuada por el Juez acusado:

*«Ciertamente, es difícil representarse un supuesto de prevaricación judicial imprudente, pues el hecho de dictar una resolución injusta por un funcionario tan cualificado como es el juez, deja poco espacio a un actuar negligente. Su ámbito de aplicación puede ser el de desatención grave de la oficina judicial causal a una actuación judicial manifiestamente injusta, lo que no es el caso de autos.»*

*Desde los hechos probados surge con facilidad que el magistrado conocía los hechos en su total dimensión, la competencia de otro juzgado, conocía*

*las medidas adoptadas por el mismo; también los deberes que le incumben en orden a la aplicación de la ley, sustantiva y procesal y, sin embargo, no actuó conforme exigía ese conocimiento disponiendo la ordenación del proceso sin observar las normas del proceso debido y aplicando la norma sin atención a los presupuestos que le facultaba actuar. Su actuar es doloso pues el autor conoce las circunstancias concurrentes y los deberes que le incumben. La resolución ha sido dictada con incumplimiento consciente de su deber jurisdiccional produciendo la resolución injusta.»*

## 6. Voto particular

La sentencia dictada por el Tribunal Supremo contiene un voto particular que se formula por el Excmo. Magistrado D. Francisco Monterde Ferrer al que se adhiere el Excmo. Magistrado D. Antonio del Moral García.

En síntesis el voto particular expone una serie de razones para considerar que la decisión del Juez no debió de haber sido calificada como injusta ni como manifiestamente injusta, y por ello, el acusado debió haber sido absuelto.

SALA 3.<sup>a</sup>

**LA RECURRIBILIDAD EN CASACIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LAS SALAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA RESOLVIENDO UNA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD PLANTEADA POR UN JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

**Ramón Castillo Badal**

*Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo*

## I. Introducción

El Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de junio de 2012 dictada en el recurso

de casación 5538/2007 ha resuelto que son recurribles en casación las sentencias de la salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia que resuelven la cuestión de ilegalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso Administrativo al enjuiciar en un recurso contencioso administrativo indirectamente la disposición general aplicable al caso.

El interés de la sentencia se explica por la propia finalidad que persigue la cuestión de ilegalidad, más allá del interés concreto de la parte, depurar el ordenamiento jurídico mediante la expulsión de los preceptos ilegales resolviendo los problemas generados por el recurso indirecto contra reglamentos en la Ley jurisdiccional de 1956 asentando definitivamente en el Tribunal Supremo la función unificadora sobre la legalidad de las disposiciones generales pues mientras que cabe siempre recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaran nula o conformes a derecho tales disposiciones ex art. 86.3 no existe una previsión específica en la Ley 29/1998, de 13 de julio, respecto de las sentencias que resuelven las cuestiones de ilegalidad. La duda se centra en determinar si estas sentencias se encuentran incluidas en el ámbito del artículo 86.1 que permite el recurso de casación contra las sentencias de las Salas dictadas en única instancia <sup>1</sup>.

Conviene recordar que ya desde la Ley jurisdiccional de 1956, los reglamentos podían impugnarse de forma directa, en el plazo de dos meses desde su publicación oficial o de forma indirecta, recurriendo el acto aplicativo de dicho reglamento con fundamento en la ilegalidad de éste. En este segundo caso, la sentencia se limitaba a anular el acto e inaplicar el reglamento. Ello daba lugar a que determinadas disposiciones se aplicasen en unos casos y se inaplicasen en otros. Y aunque

<sup>1</sup> Para determinar qué debe entenderse por sentencias dictadas en única instancia ha de estarse al régimen de competencias de los diferentes órganos judiciales regulado en los artículos 8 a 11 LJ, pues las Salas de lo Contencioso Administrativo de los TSJ y de la Audiencia Nacional tienen atribuidas competencias en única instancia y en grado de apelación y solo las sentencias dictadas por los órganos colegiados en única instancia son susceptibles de recurso de casación común. Sobre la interpretación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 29/1998 y de la Disposición Transitoria Décima de la L.O. 19/2003 para excluir del recurso las sentencias dictadas por las Salas en asuntos competencia de los Juzgados pueden verse, entre otros muchos, los Autos de 1 de junio de 2006 rec. 2287/2004, 20 de diciembre de 2007 rec. 5965/2006, 22 de julio de 2008 rec. 6104/2007 y 28 de mayo de 2009 rec. 2590/2008 y 10 de junio de 2010 rec. 7017/2009.

la doctrina entendía que no había ninguna razón que impidiese la anulación por la sentencia del reglamento, lo cierto es que la generalidad de los Tribunales se limitaba a anular el acto administrativo con el argumento en la mayoría de los casos de su falta de competencia para anular el reglamento. Para acabar con la inseguridad jurídica que supone la existencia de reglamentos formalmente no anulados, el Legislador de 1998 ha considerado que la solución a ese problema pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre a esa decisión de efectos «erga omnes», es decir, frente a todos. De ahí que cuando sea ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, la ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la Ley introduce la cuestión de ilegalidad <sup>2</sup>.

La duda que se ha suscitado es la de si en estos casos en los que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo plantea cuestión de ilegalidad ante la Sala de lo Contencioso Administrativo la sentencia dictada por ésta es recurrible en casación.

## II. El supuesto de hecho

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 13 de Barcelona dictó sentencia en la que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por considerar que el artículo 8.1 y 3 de la Ordenanza de Publicidad Estática del Ayuntamiento del Prat de Llobregat vulneraba lo dispuesto en el Decreto 917/1967, de 20 de abril por el que se dictan normas sobre publicidad exterior.

<sup>2</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 explica que «la cuestión de ilegalidad no es un mecanismo para la revisión de sentencias, ni tiene por objeto la resolución de un litigio concreto, sino que, análogamente a lo que sucede con el recurso de casación en interés de la Ley regulado en los artículos 100 y 101 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el procedimiento de la cuestión de ilegalidad tiene como único objetivo la depuración del ordenamiento jurídico y supone la habilitación de un cauce para que el órgano jurisdiccional que tiene la competencia para ello pueda eliminar del ordenamiento aquellas disposiciones reglamentarias que resulten contrarias a derecho, pero sin afectar a las situaciones jurídicas individualizadas reconocidas en la sentencia recaída en el proceso en el que suscitó la procedencia de plantear la cuestión».



Esta sentencia fue recurrida en apelación, recurso que fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ordenando al Juzgado que planteara la cuestión de ilegalidad en relación a los preceptos citados. El Juzgado dictó Auto de 30 de noviembre de 2006 planteando la cuestión de ilegalidad que la Sala de Cataluña desestimó mediante sentencia de 17 de septiembre de 2007.

Interpuesto recurso de casación contra la sentencia, el Presidente de la Sala Tercera decidió someter al Pleno la cuestión de si son recurribles en casación las sentencias de las Salas que resuelven la cuestión de ilegalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso Administrativo ante las dudas que suscita el alcance del artículo 86.1 de la LRJCA que limita el recurso de casación a las sentencias dictadas en única instancia. De la complejidad de la cuestión dan cuenta los tres votos particulares emitidos, uno de ellos por el propio ponente de la sentencia, suscrito por otros cinco Magistrados.

### III. Posición previa de la jurisprudencia

La cuestión, en realidad, no es nueva, pues las sentencias de la Sala Tercera de 20 de septiembre de 2007 rec. 2160/2002 y 22 de marzo de 2012 ya habían declarado la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas por las Salas de lo contencioso administrativo al resolver cuestiones de ilegalidad por entenderse dictadas en única instancia, de conformidad con el artículo 86.1 de la Ley Jurisdiccional.

Ahora bien entre esas dos sentencias hay un matiz importante.

En la primera de ellas, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo estimó el recurso contencioso contra el acto de liquidación de una tasa municipal. El Ayuntamiento correspondiente interpuso recurso de apelación contra la sentencia que la Sala del TSJ desestimó. Seguidamente, el Juzgado planteó cuestión de ilegalidad que la citada Sala estimó declarando la nulidad de la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento reguladora de la tasa de licencia de obras.

La sentencia de 20 de septiembre de 2007, tras hacer referencia a los problemas surgidos del control difuso de

los recursos indirectos expuestos en sentencias anteriores advierte que en el recurso de apelación interpuesto contra sentencias dictadas en recursos indirectos, el Tribunal «ad quem», en el caso de tener competencia objetiva para anular la disposición general impugnada debe hacerlo así sin que sea necesario el planteamiento de la cuestión de ilegalidad. Sin embargo, como lo que se recurre en casación no es la sentencia que resuelve el recurso de apelación sino la dictada al resolver la cuestión de ilegalidad y, ésta ha de entenderse dictada en única instancia declara admisible el recurso de casación, de conformidad con el artículo 86.1 y 3 de la Ley Jurisdiccional.

En la sentencia de 22 de marzo de 2012 rec. 6214/08, el supuesto de hecho difiere, pues la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo estimó el recurso contencioso y anuló la retirada de una estación base de telefonía móvil por entender que un precepto de las normas urbanísticas municipales infringía la Ley General de Telecomunicaciones. El Juzgado, al no plantearse recurso de apelación y ser firme la sentencia planteó directamente la cuestión de ilegalidad que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó.

La sentencia de la Sala Tercera de 22 de marzo, al resolver sobre la recurribilidad en casación de esa sentencia, con cita de la anterior de 20 de septiembre de 2007 declara que las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores o la Audiencia Nacional que resuelven la cuestión de ilegalidad planteada por un Juzgado no están vedadas a la casación porque no se trata de sentencias dictadas en grado de apelación.

La cuestión sigue suscitando dudas dada la compleja relación existente entre la sentencia que resuelve el recurso indirecto contra reglamentos y el planteamiento, en su caso de la cuestión de ilegalidad así como la legitimación para plantear ésta y, en su caso, la sentencia que resuelve la cuestión. De ahí la necesidad de que se pronuncie el Pleno de la Sala.

### IV. Criterio sentado por la sentencia

La sentencia analizada declara aplicable la doctrina contenida en las sentencias antes citadas al entender que la Sala que resolvió la cuestión de ilegalidad debe entenderse dictada en única instancia. Ahora bien, advier-

te el Tribunal Supremo que la Sala de instancia debió pronunciarse en la sentencia de apelación sobre si los preceptos indirectamente impugnados eran legales o no con independencia de que no se hubiera planteado la cuestión. De haberlo hecho así, la sentencia no hubiera podido ser recurrida en casación al haber sido dictada en segunda instancia como se desprende del artículo 86.1 de la Ley Jurisdiccional y de la interpretación que hace el Tribunal Supremo al afirmar que la contra excepción del artículo 86.3 se opone únicamente a las excepciones a la regla general definidas en el artículo 86.2 y no abre por ello el acceso al recurso de casación a las sentencias dictadas en segunda instancia y, en este sentido, cita los Autos de 17 de septiembre de 2009 y 22 de abril de 2010 dictados en los recursos 5770/2008 y 6054/2009.

Sin embargo, la sentencia opone que esa infracción no le es imputable a la parte recurrente, pues fue la Sala de instancia la que ordenó al Juzgado el planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

Además, que si bien son siempre apelables las sentencias de los Juzgados que resuelven impugnaciones indirectas de disposiciones generales y que el art. 27.2 inciso final impone a las Salas la obligación de resolver sobre la validez o nulidad de la norma al conocer del recurso de apelación ello no excluye el recurso de casación cuando la Sala territorial decide por primera vez sobre la validez o nulidad de la norma. Tampoco excluye el recurso, a juicio de la Sala, el que el art. 123.2 inciso final sancione la personación tardía pues eso no supone la inadmisión. Finalmente, aduce otras razones favorables a la admisión del recurso como la trascendencia de la decisión cuyo objeto es declarar la validez o nulidad de una norma, la atribución a las Salas territoriales de la competencia para conocer en única instancia de los recursos contra las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales y, en fin, la existencia de un principio favorable a la posibilidad de ejercicio de todos los remedios procesales que prevé el ordenamiento jurídico salvo aquellos que éste excluya de manera efectiva.

Sobre la legitimación para recurrir, y, reconociendo que las pretensiones del recurrente ya han sido satisfechas en la sentencia previa a la que resuelve la cuestión de ilegalidad concluye, que su interés supera el de la mera defensa de la legalidad y consiste en que no le sea aplicada una norma que ya se le aplicó.

## V. Votos particulares

Esta posición no es, sin embargo, compartida por toda la Sala hasta el punto de formularse tres votos particulares cuyas ideas fundamentales se pueden sintetizar del siguiente modo

### a) Primer voto particular

Suscrito por siete magistrados rechaza la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia resolviendo la cuestión de ilegalidad planteada por un Juzgado.

Explica que el sistema de la Ley Jurisdiccional descansa en una triple previsión normativa. A saber, que el art. 81.2.d) dispone que las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales serán siempre susceptibles de apelación. Que al conocer de este recurso de apelación la Sala de lo Contencioso debe pronunciarse sobre la validez o nulidad de la norma impugnada indirectamente cualquiera que fuera la cuestión planteada por el recurrente pues así se deduce del art. 27.2 inciso final y que, finalmente, no cabe recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación cualquiera que sea el objeto sobre el que hubieran versado art. 86 LJ.

Explica el voto particular que cuando la Sala dicta la sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad se produce una intervención sucesiva de dos órganos judiciales en la que el segundo enjuicia la misma cuestión que analizó el primero. Se trata por ello de una sentencia dictada en segunda instancia que debe resultar excluida del recurso de casación. Destaca, además, la innecesariedad de la intervención de un tercer órgano cuando lo que subyace en la cuestión de ilegalidad se decide en la sentencia de apelación.

Aduce también para excluir el acceso al recurso de casación la singularidad del artículo 123.2 de la LJ que ordena no admitir la personación de las que llama partes si lo pretenden hacer una vez transcurrido el plazo de quince días otorgado al ser emplazadas. Este diferente tratamiento respecto del que ostenta interés legítimo en el recurso contencioso administrativo que puede personarse en el procedimiento en cualquier momento permite excluir la condición de auténtica parte pro-

cesal a los interesados en la cuestión de ilegalidad, a diferencia de la configuración de la legitimación para recurrir en casación que el artículo 89.3 vincula a la condición de parte procesal.

## b) Segundo voto particular

Cuestiona el razonamiento de la sentencia cuando ésta afirma que la Sala de instancia, en el recurso de apelación debió declarar legal o ilegal la norma y que el no haberlo hecho incumpliendo un mandato legal es una incorrección no imputable a la parte recurrente.

Al razonar así, considera el Magistrado discrepante, no puede la Sala Tercera soslayar el reparto competencial establecido en los artículos 123.1 y 152.1 de la Constitución entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia y se extralimita en sus competencias al resolver una cuestión sobre la que materialmente no tiene atribuciones. Y cualquiera que fuera el origen de lo que la sentencia llama incorrección imputable al órgano judicial «a quo» o a la propia parte solo podía ser subsanado mediante la inadmisión del recurso de casación por carecer la Sala de competencia para subsanarla.

## c) Tercer voto particular

Rechaza la recurribilidad en casación de las sentencias que resuelven la cuestión de ilegalidad atendiendo a cuatro aspectos: la ubicación sistemática en la Ley del procedimiento que regula la cuestión de ilegalidad, la no consideración de la cuestión de ilegalidad como un recurso contencioso administrativo, la falta de legitimación para el planteamiento de la cuestión de ilegalidad y la necesidad de establecer una única instancia unificadora de la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales.

1. Partiendo del elemento sistemático en la interpretación de la Ley como criterio de interpretación de las normas contemplado en el artículo 3.1 del Código Civil destaca la existencia en la Ley Jurisdiccional de los Títulos IV (Procedimiento Contencioso Administrativo), V (Procedimientos Especiales) y VI (Disposiciones Comunes a los Títulos IV y V).

Considera el Magistrado discrepante que el recurso de casación aparece contemplado en el Título IV y que no

se extiende a los procedimientos especiales, entre ellos la cuestión de ilegalidad regulada en el Capítulo II del Título V.

La jurisprudencia de origen que es confirmada por la sentencia mayoritaria considera que el recurso de casación tiene como ámbito de referencia inicial todas las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional, salvo exclusión expresa, incluyendo así a los procedimientos especiales. Sin embargo, el Magistrado discrepante entiende que el artículo 86.1 de la LJ tiene su límite aplicativo en el Título IV y no se extiende a los procedimientos especiales.

Dentro de los procedimientos especiales el capítulo II contiene una regulación completa del procedimiento de la cuestión de ilegalidad y en el que no se hace referencia alguna al recurso de casación.

Destaca en este sentido que en otro procedimiento especial, el del Capítulo I del Título V de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, existe una remisión expresa a las normas generales de la ley, que no existe en el procedimiento de la cuestión de ilegalidad a pesar de que en el artículo 126.2 se establecen remisiones expresas a los artículos 33.3, 70, 71.1.a), 71.2, 72.2 y 73 que no tendría sentido establecer si las normas generales del Título IV (Procedimiento Contencioso Administrativo) y, dentro de ellas, las reguladoras del recurso de casación fueran aplicables al procedimiento de la cuestión de ilegalidad.

De aquí deduce que si el Legislador ha establecido esas remisiones específicas la omisión en algo tan relevante como la identificación del recurso procedente contra la sentencia recaída en tal procedimiento no puede deberse a un despiste u olvido sino que no se ha querido expresamente establecer el recurso atendida la singularidad del procedimiento.

2. La cuestión de ilegalidad no es un recurso contencioso administrativo.

A partir de las conclusiones alcanzadas tras el análisis del criterio de interpretación sistemática el voto particular avanza en su razonamiento para encontrar una explicación a la exclusión del recurso de casación contra la sentencia.

Destaca que ni en la Exposición de Motivos ni en el articulado de la Ley se califica la cuestión de ilegalidad como recurso contencioso administrativo sino como «un remedio técnico», conceptos ambos no intercambiables y que permite entender que la sentencia recaída en la cuestión de ilegalidad no está incluida en el ámbito del artículo 86.1 LJ pues no ha sido dictada en un recurso contencioso administrativo lo que responde a la singularidad del procedimiento.

3. Legitimación para la interposición de la cuestión de ilegalidad.

Aduce la sorpresa que supone que quien carece de legitimación para el planteamiento de la cuestión de ilegalidad porque ya ha visto satisfechas sus pretensiones pueda adquirirla para la impugnación de la sentencia en la que aquella se dicta. Advierte que el reconocimiento de legitimación al recurrente supone abrir la posibilidad de un recurso directo contra una disposición general a pesar de que ya había vencido el plazo para ello sobre la base hipotética de que en una situación futura –pues en la actual ya se han satisfecho sus pretensiones– la citada disposición pudiera serle aplicable.

4. Establecimiento de una única instancia unificadora.

Finalmente, atendiendo al criterio expresado en la Exposición de Motivos de la Ley de unificar «la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas», observa que si se admitiera el recurso de casación contra las sentencias dictadas en la cuestión de ilegalidad por un Tribunal Superior de Justicia o por la Audiencia Nacional, en el caso de que a uno u otra le correspondiera el conocimiento del recurso directo, no habría una instancia unificadora sino dos que, en último término, sería siempre el Tribunal Supremo lo que contradice aquel propósito.

Concluye afirmando que, tratándose de sentencias de Tribunales Superiores de Justicia en las que estos tienen competencia para conocer del recurso directo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.1 inciso final y 2 de la Ley Jurisdiccional, no se planteará la cuestión de ilegalidad, lo que limita en gran medida el ámbito de sentencias dictadas en cuestiones de ilegalidad susceptibles de recurso de casación y constituye un elemento más que explica por qué el legislador no ha introducido el recurso de casación contra estas sentencias.

## VI. Conclusión

La sentencia del Pleno resuelve definitivamente la cuestión afirmando la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia al resolver la cuestión de ilegalidad planteada contra la dictada por el Juzgado de lo Contencioso por entenderse dictadas en única instancia conforme al artículo 86.1 de la LJ, reiterando la doctrina ya sentada sobre el particular.

Quizá por ello lo más novedoso es la insistencia a la hora de interpretar el artículo 27.2 en el sentido de que si el Tribunal Superior de Justicia es competente para conocer del recurso directo contra la disposición general indirectamente impugnada debe pronunciarse en el recurso de apelación sobre ella con independencia de si la cuestión ha sido planteada expresamente o no sin que en ese caso, el pronunciamiento del Tribunal sobre la legalidad de la disposición general vulnere el principio de congruencia ni genere indefensión pues lo que persigue el precepto es evitar que la incertidumbre sobre la legalidad del precepto se prolongue más allá de lo necesario, de ahí la innecesariedad de plantear la cuestión de ilegalidad. Por tanto, como las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso que resuelven impugnaciones indirectas de disposiciones generales son siempre apelables, a tenor de lo dispuesto en el artículo 81.2.d), la posibilidad del recurso de casación solo cabe cuando la Sala del Tribunal Superior de Justicia no ha podido conocer en apelación, por no haberse interpuesto éste, sobre la validez de la norma que el Juzgado en su sentencia consideró nula. En ese caso, una vez firme la sentencia el Juzgado debe plantear la cuestión de ilegalidad ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia y, la sentencia que éste dicte al respecto será recurrible en casación<sup>3</sup>.

Ahora bien, la admisibilidad del recurso de casación así reconocida puede dar lugar, como advierte uno de los votos particulares, a no interponer el recurso de apelación con el fin de evitar que sea el Tribunal Superior de Justicia el que fije el criterio definitivo sino el Tribunal Supremo al enjuiciar en casación la sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad en una situación cerca-

<sup>3</sup> Precisamente, en el caso analizado por la sentencia de esta Sala de 20 de septiembre de 2007 rec. 2160/02, se declara que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo carecía de competencia para plantear la cuestión de ilegalidad y la declara inadmisibile porque ya se había interpuesto recurso de apelación.

na al fraude de ley. Ello revela la dificultad de encaje de la sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad en el sistema o ámbito del artículo 86.1 de la Ley Jurisdiccional y, por tanto, de su recurribilidad en casación.

Obsérvese además que el ámbito de aplicación de la doctrina ahora sentada por la sentencia del Pleno es reducido porque no se planteará cuestión de ilegalidad cuando la Sala del TSJ tenga competencia para conocer del recurso directo o cuando la tenga el Tribunal Supremo, y ante él se plantease la cuestión de ilegalidad, pues en este último caso, respecto a la sentencia dictada en ella por el Tribunal Supremo obviamente no se suscitara la cuestión de si la sentencia puede o no ser recurrida en casación.

De ahí que dicho ámbito quede reducido a las cuestiones de ilegalidad competencia de la Audiencia Nacional pero teniendo en cuenta que, conforme al artículo 9.b) los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo tienen atribuida competencia para conocer de los recursos directos contra las disposiciones generales de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional, por lo que la sentencia dictada sería recurrible en apelación, y la Sala de la Audiencia Nacional podría pronunciarse sobre la legalidad de dicha disposición general. La cuestión de ilegalidad solo procedería respecto de las sentencias en las que el Juzgado Central enjuiciase indirectamente una disposición general (por ejemplo, una Orden Ministerial) y la sentencia no fuera recurrida en apelación a pesar de lo dispuesto en el artículo 81.2.d) LJCA.

Otro supuesto dudoso sería aquel en el que un TSJ estima un recurso contencioso administrativo contra un acto dictado por un órgano de la Administración del Estado de rango inferior a Ministro y Secretario de Estado en materia de personal por considerar que la norma que lo ampara es contraria a derecho.

La competencia objetiva para conocer de la disposición general es de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia pero, como el fuero electivo previsto en la regla segunda del artículo 14.1 de la Ley Jurisdiccional está previsto para aquellos recursos que tengan por objeto actos de la Administración, cuando se impugna una disposición de carácter

general la competencia territorial corresponde al Tribunal de la sede del órgano autor de la disposición impugnada<sup>4</sup>.

En ese caso, puede entenderse que la sentencia dictada por la Sala que resuelve la cuestión de ilegalidad se ha dictado en única instancia pero de admitirse el recurso de casación contra ella estaríamos ante una doble instancia unificadora en contra del propósito perseguido por el Legislador, como antes se exponía.

Son por ello de gran interés los argumentos esgrimidos, sobre todo, en el último de los votos particulares de la sentencia comentada en el que, desde distintas perspectivas se analiza la naturaleza y finalidad de la cuestión de ilegalidad y que pueden servir para resolver otros problemas que plantea este singular procedimiento como por ejemplo, la incidencia que puede tener el pronunciamiento de la sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad en las solicitudes de extensión de efectos de una sentencia que reconoce una situación jurídica individualizada al no contemplarse la cuestión de ilegalidad en el artículo 110.6 de la LJCA.

Asimismo, la reciente sentencia de 4 de julio de 2012 rec. 1984/010 tras anular la sentencia de instancia declara inadmisibile la cuestión de ilegalidad por entender que no cabe plantearla respecto de las Relaciones de Puestos de Trabajo al no tener la naturaleza de disposiciones de carácter general. La sentencia cuenta con un voto particular en el que se cuestiona la admisión del recurso de casación contra la sentencia de instancia que resuelve la cuestión de ilegalidad y, en todo caso, el rechazo que hace la sentencia a la equiparación de la RPT a las disposiciones reglamentarias para dicho planteamiento cuando esa consideración tuvo a efectos de la impugnación indirecta y así lo ha reconocido la jurisprudencia, entre otras, las sentencias de 19 de junio de 2007 rec. 182/05, 7 de marzo de 2005 rec. 4246/99 y 1 de marzo de 2004 rec 987498. Pero esta es otra cuestión que habrá que analizar con más detenimiento.

<sup>4</sup> Así lo ha resuelto el TS en los Autos de 19 de noviembre de 2009 rec. 1/2009, 2/2009, 3/2009 y 4/2009 en los que atribuye la competencia para conocer de la cuestión de ilegalidad planteada por la Sala de Navarra en relación con el artículo 9.1 de la Orden General n.º 10, de 16 de junio de 2006, de la Dirección General de la Guardia Civil, relativa a la regulación del sistema de gestión del complemento de productividad, a la Sala de Madrid.

SALA 4.<sup>a</sup>

## LA TRANSFERENCIA BANCARIA COMO FORMA DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN LEGAL EN LOS DESPIDOS OBJETIVOS. A PROPÓSITO DE LA STS 5 DE DICIEMBRE DE 2011 (Rcud. 1667/2010).

Juan Manuel San Cristóbal Villanueva

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

**Sumario.** 1. Introducción. 2. El supuesto de hecho. 3. Las diversas formas de puesta a disposición de la indemnización legal del art. 53. 1. b) del ET y su conexión con el derogado art. 56.2 del ET. 4. La evolución jurisprudencial del ofrecimiento de la indemnización y de la puesta a disposición. 5. La doctrina del TS en la STS 5/12/2011 (R. 1667/2010) y la ampliación hacia otros supuestos distintos de los analizados.

### 1. Introducción

La Sala Cuarta del TS ha dictado una interesante sentencia (STS 5/12/2011, Rcud. 1667/2011) al respecto de la validez de la transferencia bancaria como fórmula de puesta a disposición de la indemnización legal en un despido por causas objetivas (ineptitud sobrevenida). En ella se hace un repaso de las distintas formas de puesta a disposición de la indemnización legal en estos casos, que como es sabido, debe ser simultánea a la entrega de la carta de despido por exigencia del art. 53.1 b del ET<sup>5</sup>, para acabar apreciando la validez de la «puesta a disposición» cuando se ha efectuado mediante transferencia bancaria. Lo interesante de la cuestión radica en que ello supone, de un lado, un nuevo paso en la dulcificación de los requisitos de la «puesta a disposición efectiva» y de la «simultaneidad» que se exigía en la doctrina anterior, siguiendo así una inercia que comenzó por la admisión del cheque como fórmula de puesta a disposición, y de otro lado, que la sentencia aprovecha, en lo que sin duda es un *obiter dicta* porque reflexiona en torno al supuesto

<sup>5</sup> Que literalmente expone : «b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de 20 días por año de servicio.....»

que no es el que se decide, para declarar expresamente rectificadas la jurisprudencia que había defendido que en materia del art. 56.2 del ET, esto es, la referida al reconocimiento de la improcedencia del despido mediante el llamado «despido exprés», no era posible sustituir la consignación judicial de la indemnización por la realización de una transferencia bancaria.

### 2. El supuesto de hecho

El supuesto fáctico que aborda la sentencia que comentamos contempla el caso de una trabajadora que tras prestar sus servicios ininterrumpidamente para un Ayuntamiento desde octubre de 1998 es despedida con efectos de 5 de marzo de 2010 por ineptitud sobrevenida, con base en las sucesivas bajas médicas que vino padeciendo, en concreto 165 días en 2003, 124 en 2004, 179 en 2005, 158 en 2006, 136 en 2007, 185 en 2008, habiendo trabajado sólo tres días en 2009 y ninguno en 2010 hasta el despido. Cuando el Ayuntamiento procede a despedirla, lo hace mediante carta de 5 de febrero de 2010 y efectos de 5 de marzo, realizando una transferencia bancaria el día 4 de marzo de 2010 a favor de la actora. La demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Social, que declaró el cese como procedente y convalidó la extinción del contrato, absolviendo al Ayuntamiento demandado. El TSJ de Castilla-La Mancha dictó sentencia de 8 de marzo de 2011 en la que desestimó el recurso de la trabajadora, confirmando la de instancia, que fue recurrida en casación unificadora y desembocó en la sentencia que ahora comentamos. El TS, tras aceptar la existencia de contradicción entre la recurrida y la sentencia ofrecida de contraste, procede a abordar si es válido como medio de pago la transferencia bancaria efectuada el día antes del cese, a los efectos de considerar cumplido el requisito exigido en el art. 53. 1 b) del ET de la puesta a disposición de la cantidad objeto de la indemnización por despido objetivo. Y concluye la validez de dicha puesta a disposición, aceptando al tiempo la simultaneidad dado que tuvo lugar un día antes del efectivo cese, y finalmente aprovechando para extender la doctrina a supuesto distinto del que estaba resolviendo, esto es, a los casos de reconocimiento de improcedencia y ofrecimiento de la indemnización legal del art. 56.2 ET.

### 3. Las diversas formas de puesta a disposición de la indemnización legal del art. 53.1.b) del ET y su conexión con el derogado art. 56.2 del ET

Como es sabido, el art. 53.1 b) del ET contempla el requisito –cuya omisión genera hoy la improcedencia del despido– de la necesaria puesta a disposición de la indemnización legal. Literalmente establece que es de obligatoria observancia el requisito de «Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades».

Esa puesta a disposición tiene indudables conexiones con el ofrecimiento y entrega de la indemnización legal que se contemplaba en el art. 56.2 del ET<sup>6</sup> hasta su modificación por el RDL 3/2012 de la reforma laboral y la Ley 3/12 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que suprimió esa figura conocida como el «despido exprés»<sup>7</sup>. Pero sus paralelismos (en definitiva se trata de la entrega de la indemnización por despido improcedente al trabajador) no dejaban llevar hasta su

<sup>6</sup> Que establecía: «En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. Cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna. A estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación».

<sup>7</sup> Este precepto, es buen ejemplo del conocido adagio que afirma que una decisión del legislador convierte en papel mojado bibliotecas enteras, pues el hoy desaparecido despido exprés del art. 56.2 del ET generó desde su nacimiento un sinfín de comentarios doctrinales dada su complejidad, así como un ingente número de sentencias del TS para desentrañar su contenido. Entre los primeros podemos señalar, vgr., los trabajos titulados «Notas sobre la reducción del periodo de devengo de salarios de tramitación por aplicación del art. 56.2 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores», de Francisco Javier Gárate Castro (Aranzadi social Vol. 5. 1997 Estudio); «El depósito del art. 56.2 del ET» de Isidro Sainz de Marco, en sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm 1/2003 (comentarios). Editorial Aranzadi 2003; «De nuevo sobre las forma y requisitos de la oferta de improcedencia del despido en la conciliación previa (art. 56.2 ET)» de Elena Burgos Herrera, en Aranzadi Social Vol. II

completa equiparación, en tanto la figura extinguida del 56.2 del ET buscaba un doble efecto, sustantivo y también procesal (terminación del procedimiento si se acepta la oferta y limitación de los salarios de tramitación) amén que se aderezaba con la posibilidad de consignación en el juzgado de lo social para evitar que corrieran los salarios de tramitación. No obstante lo anterior, era evidente que ambas situaciones podían llegar a interconectarse de forma contundente, puesto que el despido objetivo podía ser reconocido improcedente por la empresa al amparo del art. 56.2 del ET, y en tal caso, en el supuesto de no aceptación por el trabajador, ello planteaba el problema de si podía procederse a la consignación en el Juzgado de lo Social en el plazo que se contemplaba de 48 horas, o por el contrario ello suponía una vulneración de la exigencia de «simultaneidad», cuestión que resolvió la STS de 1/07/2012 (R. 3439/2009) en el sentido de admitir cumplido el requisito de simultaneidad.

Y es que la doctrina de la Sala Cuarta al respecto de la puesta a disposición fue siempre constante y podría resumirse en la inexcusable exigencia de *simultaneidad* con la entrega de la carta. En efecto, esa exigencia se formuló desde antiguo por la jurisprudencia, al señalar (sentencia de 17 de julio de 1998 -R. 151/1998- y que fue ratificada luego por las sentencias de 28 de mayo de 2001 -R. 2073/2000- y 23 de septiembre de 2005 -R. 3757/2004)- que «el requisito de simultaneidad que el precepto exige, vinculando en un mismo momento la entrega de la comunicación escrita con la puesta a disposición de las cantidades legalmente previstas como indemnización en estos supuestos, [comporta] que el trabajador en el momento en que recibe esa comunicación pueda disponer de la referida cantidad». Por ello no basta la mera oferta de la entrega de la cantidad,

(Presentación), 1998; «Salarios de tramitación y régimen del despido» de María Luisa Nolero Marañón, en Aranzadi social 2/2003, etc.

Respecto de las STS que abordaron el estudio del 56.2, pueden destacarse las que analizaron la posibilidad de reconocimiento de la improcedencia de forma expresa o tácita (STS de 03/11/2008 - R. 3566/2007; STS de 18/09/2007 - R. 994/2006, y STS de 30/05/2006 - 2457/2005); o las que establecieron la necesidad de consignar no sólo la indemnización sino también los salarios de trámite del periodo superior a las 48 horas hasta el momento del depósito (STS de 04/03/1997 -R.3200/1996; STS de, 30/12/1997 - R. 1649/1997); o las que fijaron la necesidad de la claridad de la oferta (STS 30/12/1997 - R. 1649/1997); o las que determinaron la inviabilidad de las ofertas globales sin desglose de conceptos (STS 30/09/1998 - R. 3358/1997; STS 12/05/2005 - R484/2004; STS 21/06/2007 - 967/2006). Y en fin, aquellas otras que estudiaron las diversas formas de ofrecimiento y entrega, que serán abordadas en el cuerpo de este comentario.

expresada en la comunicación, pues con ello, tal y como se hizo en el presente caso, el trabajador (recogiendo las palabras de la sentencia de 23 de abril de 2001) «no tuvo ninguna posibilidad de disponer de la cantidad a la que legalmente tenía derecho en el mismo momento en que se le entregó la comunicación escrita, ni la referida cantidad había salido del patrimonio del demandado».

Esa simultaneidad «radical» planteaba problemas en cuanto a la utilización de otros medios de puesta a disposición distintos de la entrega en efectivo, tales como la consignación judicial para el reconocimiento de improcedencia –como hemos visto ya– o el cheque o la transferencia, y más aún en el último caso, siendo que los efectos de ésta en la cuenta corriente se suelen demorar por la operativa bancaria entre dos y tres días.

No puede olvidarse que el TS había declarado nulo el despido objetivo cuya puesta a disposición de la indemnización legal había tenido lugar transcurrido más de dos meses desde la entrega de la comunicación escrita (25/01/2005 – R. 4018/2003) o con un mes de retraso (STS 23/09/2005 – R. 3357/2004), o incluso con una demora de tres días (STS 23/04/2001 – R. 1915/2000). La simultaneidad sólo cedía en el supuesto legalmente contemplado en el propio art. 53 del ET, para los casos de despido por causas económicas y concurriendo falta de liquidez, puesto que en tales casos sí no era posible *«poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva»*, en cuyo caso, según la jurisprudencia de la Sala Cuarta, le corresponderá a la empresa acreditar al menos los indicios de tal situación de iliquidez, ya «que en estas situaciones "no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla; situación ésta que –se insiste en ello– es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica. Al alcance de la empresa, y no del trabajador, se encuentra la pertinente documentación (amén de otros posibles elementos probatorios, tales como pericial contable, testifical a cargo del personal de contabilidad, etc.) de cuyo examen pueda desprenderse la situación de iliquidez, situación ésta que no siempre podrá acreditarse a través de una prueba plena, pero que sí será posible advenir introduciendo en el proceso deter-

minados indicios, con apreciable grado de solidez, acerca de su realidad, lo que habrá de considerarse suficiente al respecto, pues en tal caso la destrucción o neutralización de esos indicios, si razonablemente hacen presumir la realidad de la iliquidez, incumbiría al trabajador 'ex' apartado 3 del art. 217 de la LECV"». (STS 25 de enero de 2005 – R. 6290/2003 y 21/12/2005 – R. 5470/2004).

En ese contexto, era difícil aceptar que otra forma de puesta a disposición, por mucho que se tratase de figuras ordinarias en el tráfico jurídico y económico tales como el cheque o la transferencia, cumpliera el requisito de simultaneidad. Sin embargo la jurisprudencia del TS comenzó a variar su doctrina al hilo de los ofrecimientos de la indemnización del art. 56.2 ET al reconocer la improcedencia, para ir luego extendiéndola paulatinamente a la «puesta a disposición» de los despidos objetivos.

#### 4. La evolución jurisprudencial de las diversas formas de ofrecimiento de la indemnización y de la puesta a disposición en los despidos objetivos

La STS de 21 de marzo de 2006 ( R. 2496/2005), con cita de la de 25 de mayo de 2005, analizando un supuesto de despido «expres», concluyó que la única forma de entender cumplidos los requisitos de «ofrecimiento» de la indemnización para los despidos que el empresario reconociese como improcedentes al amparo del art 56.2 del ET en la redacción vigente a la sazón no eran otras que el ofrecimiento en metálico o la consignación judicial, ya que la «transferencia bancaria de la indemnización a la cuenta corriente del trabajador no sólo carece de previsión normativa, ni siquiera indirecta o tácita, como método alternativo de poner aquélla a disposición del trabajador, en lugar de proceder a su depósito judicial, sino que debe entenderse que el legislador ha querido garantizar de esta única forma el cumplimiento de la requerida actuación de la empresa, con certeza de su fecha y con la concesión al trabajador de las opciones de contestar a través del Juzgado o por otro medio su aceptación o rechazo, o no contestar, y recoger la indemnización o mantenerla en depósito a su disposición, sin necesidad de actuar en distintos términos y mediante alguna gestión bancaria».



Lo cierto es que, pese a que parte de la doctrina<sup>8</sup> aplaudió esa interpretación literal del TS, en el tráfico jurídico era lo más normal y frecuente el pago de las nóminas mediante transferencia, y no parecía lógico negar a las empresas la posibilidad de que dicho ofrecimiento de la indemnización legal por el reconocimiento de la improcedencia del despido tuviese lugar mediante la utilización de esa misma forma de entrega y pago de la cosa debida, sin que ello pareciera causar perjuicio alguno al trabajador, que conocido el importe de la indemnización transferida, podía aceptarla, discutirla o rechazarla.

Parecía por ello lo lógico que ese criterio jurisprudencial sufriese alguna variación futura, y los estrechos cauces de la entrega en metálico de la indemnización o la consignación en el juzgado fuesen complementados por otras fórmulas. Y así ocurrió con **el cheque** como forma de ofrecimiento y entrega de la indemnización legal en estos casos de «despido exprés» en las sentencias de 6 de marzo de 2008 – R. 4785/2006 y 25 de marzo de 2009 – R. 41/2008. En ellas, para un supuesto también de despido reconocido improcedente al amparo del art. 56.2 del ET, se aceptó el cheque como forma de entrega de la indemnización legal estableciendo que, a pesar de que la doctrina de la Sala no acepta la transferencia como fórmula de entrega de la indemnización, lo que impide atribuir a esa forma virtualidad interruptiva de los salarios de trámite: «dicha doctrina, no es aplicable a supuestos de hecho como el contemplado en la recurrida en donde el pago de la indemnización se hizo directamente, mediante cheque bancario entregado en mano al trabajador, una vez que el empresario reconoció la improcedencia del despido, firmando el trabajador el finiquito, existiendo, por tanto, un pago directo, pasando lo percibido al patrimonio del trabajador. Se trata de un supuesto alternativo al contemplado en el artículo 56.2 del ET ya que en lugar de depositar en el Juzgado de lo Social, a disposición del trabajador, la indemnización correspondiente al despido improcedente, tras reconocer la improcedencia del mismo, se entrega directamente al trabajador dicha indemnización, mediante cheque bancario, lo que hace innecesario el depósito judicial ya que se cumple la finalidad de la norma».

<sup>8</sup> Así Juan Carlos García Quiñones, en «Sustitución del depósito de la indemnización en el Juzgado por transferencia bancaria a efectos de limitación de los salarios de tramitación. (Comentario a la STS de 25 de mayo de 2005)» en Relaciones Laborales n.º 9, Sección Comentarios de Jurisprudencia, quincena del 8 al 23 de mayo de 2006. Edit. La Ley.

Estos pronunciamientos tuvieron cierto eco en la doctrina<sup>9</sup>, que pronto reparó en que esta solución encerraba cierto contrasentido con la doctrina que negaba la virtualidad y eficacia a la transferencia bancaria de la indemnización, pues si la razón que se daba para negar a ésta dicha eficacia era, entre otras, la de disponer el trabajador de la indemnización sin necesidad de actuar en distintos términos y «mediante alguna gestión bancaria», parecía conllevar más trámites bancarios el cobro de cheque que la disposición directa en la cuenta mediante transferencia. Es por ello que algunos autores señalaron, con razón, que tras esa sentencia del TS sobre el cheque no parecía razonable continuar manteniendo esas diferencia entre cheque y transferencias bancarias: en ambos casos el dinero de la indemnización es puesto a disposición del trabajador, ingresando en su patrimonio (si el cheque no resulta fallido, claro, a la luz del art. 1170 del Código Civil), estando documentada la cuantía y la fecha de pago, y en ambos casos el trabajador puede rechazar y cuestionar la cuantía, en el momento de la entrega del cheque o cuando recibe la transferencia. Parecía claro que el Tribunal Supremo se inclinaba por una interpretación finalista y no literal del art. 56.2 del ET.

En ese contexto, no resultó extraño lo que a continuación sucedería: la proximidad de las figuras de la puesta a disposición del art. 56.2 ET –pues no deja de serlo– y la exigida en el caso del despido objetivo por el art. 53 del ET iba a hacer que el TS extendiese la doctrina del cheque ya analizada de los casos de reconocimiento de improcedencia a los casos de despido objetivo, y así ocurrió en las STS de 22 de abril de 2010 – R. 3449/2009– y de 10/05/2010 – R. 3611/2009.

Ambas sentencias parten del estudio de despidos objetivos producidos en una misma empresa de cerámicas, con causa en las dificultades de producción por la dis-

<sup>9</sup> Así por ejemplo : Antonio V. Sempere Navarro en «Hay salarios de tramitación si la indemnización por despido se paga mediante cheque?», en Repertorio de jurisprudencia núm 8/2008 (Comentario) Edit. Aranzadi; Jesús Lahera Forteza en «El despido libre pagado con cheque al trabajador (comentario a la STS 4.ª de 6 de marzo de 2008)», en Relaciones Laborales n.º 18, Sección Comentarios de Jurisprudencia, quincena 23 de septiembre de 2008, Edit. La Ley; o «No abono de salarios de tramitación cuando, junto con la comunicación del despido haciendo expreso reconocimiento de la improcedencia, se hace entrega de un cheque por importe de la indemnización de 45 días de salario por año de servicio y, por tanto, no se efectúa el depósito judicial de la indemnización», de Joseph María Antràs i Badia y Jesús Rubio Arjona, en el libro «2009. Anuario Laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2008 de los grandes despachos», Edit. La Ley, mayo 2009.

minución alarmante de ventas de sus productos, en los que junto con la carta suficientemente explicativa de las causas de la extinción se hacía entrega al trabajador de cheque bancario por el importe de la indemnización legal. La cuestión que se planteaba era, precisamente, si dicha entrega cumplía las exigencias legales de «puesta a disposición simultánea», y la Sala, después de repasar su propia doctrina respecto de los despidos reconocidos improcedentes con referencia a la transferencia y del cheque, llega a la conclusión de que éste cumple las exigencias de simultaneidad, siendo como es un medio lícito de pago. Literalmente, se afirma que: «Como quiera que lo discutido es si la entrega de cheque bancario cumple el requisito de simultaneidad del despido con la puesta a disposición y visto que la entrega de la carta de despido y del cheque se produjeron al mismo tiempo, lo único que resta por decidir es si el cheque constituye un medio lícito de pago, a lo que se ha contestado afirmativamente en las resoluciones recaídas a propósito del despido reconocido improcedente y al efecto de exonerar del pago de salarios de trámite con la particularidad de que en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores se prevé que la puesta a disposición se realice mediante la consignación en el Juzgado, requisito que, como se advierte en las sentencias citadas ha sido flexibilizado en los supuestos de entrega directa al trabajador. Por tanto lo único a resolver no es la naturaleza del trámite sino la naturaleza del documento utilizado como medio de pago y considerado el cheque plenamente válido por su equivalencia en dinero en metálico en la puesta a disposición del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores no existe razón para alterar su naturaleza por tratarse de un trámite que corresponde a diferente modalidad de despido, debiendo reconocerse al cheque entregado, cuya disponibilidad de fondos no se ha discutido, idéntico valor liberatorio».

## 5. La doctrina del TS en la STS 5/12/2011 (R. 1667/2010) y la ampliación hacia otros supuestos distintos de los analizados

Esta evolución de la doctrina sobre las distintas fórmulas de puesta a disposición de la indemnización legal en los despidos objetivos, como vemos influenciada por la paralela evolución de la jurisprudencia al respecto del

reconocimiento de las improcedencias en los despidos con ofrecimiento de la indemnización legal y depósito judicial, ha culminado en la sentencia que comentamos de 5 de diciembre de 2011, en la que se aborda, como ya anticipamos antes, un supuesto de despido objetivo por ineptitud sobrevenida, manifestada en numerosas bajas médicas. En ella El Alto Tribunal procede a declarar la validez de la puesta a disposición de la indemnización legal efectuada mediante transferencia.

Es conveniente recordar que el supuesto fáctico ofrecía la relación de hechos siguiente: la trabajadora prestaba sus servicios desde el 1/10/2008, como agente de mantenimiento del padrón, siendo despedida el 5/02/2010, con efectos de 5/03/2010, mediante carta que invocaba razones objetivas ya aludidas, y el día 4/03/2010, día anterior a la extinción se le transfirió por banco la indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

La trabajadora recurrente argumentó en el RcuD, que se había infringido la obligación contenida en el art. 53. 1 b) del ET de puesta a disposición simultánea a la entrega de la comunicación extintiva de la indemnización señalada en dicho precepto. La sentencia de suplicación desestimó el motivo, por entender que la transferencia cumplía ese requisito de simultaneidad, con el suficiente contenido de «forma», dado que se hizo en tiempo adecuado y haberse acreditado documentalmente la transferencia un día antes de la extinción, siendo además que el certificado que la actora aportaba es de la misma fecha en que se realizó la transferencia, por lo que «es razonable que se recibiera muy pocos días después, cumpliendo el requisito de forma, por haberse recibido en todo caso antes de la presentación de la demanda».

La Sala Cuarta tras establecer que la controversia versa sobre la validez como medio de pago de una transferencia bancaria efectuada el día antes del cese a los efectos de considerar cumplido el requisito del art. 53. 1 b) de l ET de la puesta a disposición del trabajador de la cantidad objeto de la indemnización por despido, procede de nuevo a hacer repaso de los supuestos referidos al cheque bancario que ya hemos aludido, esto es, a los casos de reconocimiento de improcedencia y ofrecimiento y entrega de cheque comprensivo de la indemnización legal, así como de la STS del R. 3449/2009, de 22 de abril de 2010, que extendía esa doctrina del cheque a los casos de puesta a disposición de la indemnización legal en despidos objetivos.

Era patente pues que la Sala se disponía a aceptar la transferencia como fórmula de puesta a disposición legal en los casos de los despidos objetivos, cerrando así el círculo de los «vasos comunicantes» entre esas dos figuras jurídicas conectadas y referidas a la puesta a disposición, la del art. 56.2 ET y la del art. 53. 1 b) ET, de tal suerte que lo que comenzó siendo una negativa a la transferencia como forma de entrega sustitutiva del depósito judicial en el art. 56.2, suavizada luego con la aceptación del cheque, terminaba, también por la vía del cheque aceptado a los despidos objetivos, por la admisión de la transferencia para estos últimos, y como quiera que el cierre del círculo quedaba a falta de la admisión de la transferencia para los casos del hoy ya extinto 56.2 ET, la sentencia procede en un peculiar *obiter dicta*, a considerar rectificadora expresamente la doctrina de la Sala Cuarta contenida en aquellas sentencias que ya hemos visto (R. 1689/2007 y 2496/2005). Literalmente la sentencia señala que «Idéntica solución merece el supuesto enjuiciado, y con ello se viene a rectificar la doctrina unificada de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en el sentido de extender su aplicación al supuesto de pago mediante transferencia bancaria, que ha de ser considerada como medio de pago válido por su equivalencia a dinero en metálico, pues sin desconocer el contenido de la STS de 22-01-2008 –rcud. 1689/07–, que con cita de las SSTS de 21-03-2006 –rcud. 2496/05– y 25-05-05, se señalaba que la transferencia bancaria de la indemnización a la cuenta corriente del trabajador carece de previsión normativa y no la acepta como método alternativo de poner aquélla a disposición del trabajador, lo cierto es que no existía –ni existe– razón alguna para dar a este medio de pago un trato distinto al otorgado al cheque bancario a los efectos examinados, pues ninguna duda cabe de que estamos ante un medio de pago más fiable incluso que aquél».

Parece obvio que estamos ante un *obiter dicta*, y ello por dos razones palpables: lo realmente discutido y resuelto en esta sentencia es si la transferencia vale como puesta a disposición de la indemnización legal en un despido objetivo, por lo que no puede procederse a modificar doctrina que afecta a otra figura jurídica y distinto problema del debatido, por más que presenten evidentes conexiones. Y en segundo lugar, porque si observamos la evolución de la jurisprudencia de la Sala Cuarta, apreciaremos que los cambios de doctrina se suceden normalmente y en un porcentaje altísimo de casos en sentencia del Pleno de la Sala, que opta por

una de las dos versiones jurisprudenciales constatadas dentro de la propia Sala. No obstante, la relativa y muy dudosa eficacia de un *obiter dicta* de cara a futuras resoluciones al respecto de dicho problema ha quedado hoy superada tras la supresión de la figura del despido exprés por el RD-L 3/2012 y la Ley 3/12, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Y una última observación crítica puede hacerse de la sentencia. Una vez considerado que es un medio de puesta a disposición perfectamente válido, tanto o más que la de la entrega de un cheque (que a la postre, debe tener fondos para considerarlo fórmula liberatoria de pago), procede esta sentencia a determinar que la transferencia efectuada goza de la «simultaneidad» que el precepto legal exige de estas puestas a disposición, y la sentencia concluye afirmativamente «por cuanto consta acreditado y es incontrovertido que el día 4-3-2010, es decir el día anterior a la extinción del contrato, se transfirió a la trabajadora la correspondiente indemnización, por lo que efectivamente, como señala la sentencia recurrida, es razonable que se recibiera muy pocos días después –si no se había ya recibido–, con lo cual ha de entenderse cumplido el requisito de forma cuestionado». Dos son las cuestiones que el intérprete puede plantearse: de un lado que la doctrina de la Sala da carta de naturaleza a la simultaneidad de la transferencia aunque es sabido que la operativa bancaria ofrece siempre unos días de demora para que se le dé efecto en la cuenta del trabajador. Y, en segundo lugar, que lo que la ley exige no es la simultaneidad con la decisión extintiva, sino con la entrega de la carta (no se olvide que en estos despidos ha de ofrecer el empresario un plazo de preaviso anterior al cese, o indemnizar dicho periodo no concedido), y por lo que se deduce de los hechos probados, en el caso analizado el cese tuvo lugar por carta de 5 de febrero de 2010 con efectos del 5 del mes de marzo, y la transferencia tuvo lugar el 4 de marzo, con lo que pudiéramos pensar que la transferencia sería un medio válido de puesta a disposición, pero en el presente caso no concurría la simultaneidad, que era lo mismo que ocurría en la de contraste, de esta Sala de 13 de mayo de 2005 –R. 3801/2004 donde el abono de la indemnización tuvo lugar varios días después de la entrega de la carta, recordando el TS que si «la empresa puso a disposición la indemnización el 23-7-03, cuatro días después de la notificación por burofax, pero antes de la fecha de efectos de la extinción acordada el 20-8-03» la sentencia recurrida está tomando «como

fecha referente para la puesta a disposición la de eficacia de la medida extintiva de la relación laboral, pero no la de entrega de la comunicación escrita, doctrina que se aparta abiertamente de la proclamada repetidamente por esta Sala...» Y es que la simultaneidad de la entrega exige que desde el momento en que el trabajador «se sabe despedido (lo que sin duda sucede cuando se le comunica la decisión empresarial), y sin solución de continuidad, sin previsión de otro trámite ni cualquier quehacer complementario, él dispone efectivamente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la ley confiere», exigencia legal de cuya inobservancia por parte de la empresa hay constancia en el relato de hechos probados que contiene la resolución impugnada, donde se dice que la comunicación escrita fue entregada a la trabajadora el 17 de julio de 2003 y que la puesta a su disposición de la indemnización correspondiente tuvo lugar el 23 de julio de 2003, es decir, seis días después».

#### SALA 5.<sup>a</sup>

### INDEMNIZACIÓN POR DELITO DE FALTA DE EFICACIA EN EL SERVICIO

**Eduardo de Urbano Castrillo**

*Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo*

El artículo 159 del Código Penal Militar castiga, como una modalidad de los «delitos contra la eficacia en el servicio» al militar que se extralimite en la ejecución de un acto de servicio de armas, y cause la muerte o lesiones a un tercero, incluso aunque los hechos se produzcan de forma imprudente.

Se trata de un delito específico contenido en el Título IV del Libro II del CPM, cuya rúbrica general es «Delitos contra los deberes del servicio», entre cuyos resultados se incluye, el producir la muerte o lesiones a otros, sean éstos militares igualmente o terceros ajenos a la milicia.

Expuesta la peculiaridad del tipo delictivo aplicado, el interés del tema viene dado por el diferente abordaje en el

caso, de la indemnización de los resultados producidos por la acción del reputado responsable de los hechos.

En efecto, frente a las consideraciones del Tribunal Militar de instancia, la Sala V de nuestro Tribunal Supremo, resuelve la cuestión de modo diferente, y con unos razonamientos que tienen gran interés especialmente, ante la envergadura de los hechos declarados probados.

## I. La STS 5.ª de 16-05-2012, recurso de casación 101-44/2011

### I. Antecedentes

La resolución origen de la sentencia de la Sala Quinta de nuestro Tribunal Supremo, que comentamos, fue la sentencia, de fecha 22-11-2010 dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero, que condenó a un Caballero Alférez Cadete de la Guardia Civil, que en la Academia de Oficiales de la Guardia Civil, sita en Aranjuez (Madrid), disparó su arma reglamentaria alcanzando a un compañero, de modo involuntario, causándole lesiones gravísimas y secuelas de por vida, ocasionando la baja del servicio de éste, al quedar en situación de invalidez permanente, en grado de gran invalidez, por falta absoluta de movilidad.

La sentencia, en concreto, contiene el siguiente fallo:

*«Debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado S.G.M., como autor responsable de un delito contra la eficacia en el servicio del artículo 159.2 del Código Penal Militar, a la pena de cuatro años de prisión, que llevará consigo las accesorias de pérdida de empleo, suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y el efecto de pérdida de dicho tiempo para el servicio, para el cumplimiento de la cual le será de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad –como arrestado, detenido o preso preventivo– por estos mismos hechos, y con la exigencia de responsabilidades civiles en la cuantía de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS (12.494.657,25 euros), de los que corresponden al perjudicado y sus padres la cantidad de 12.362.710,04 euros (98.839,40 euros a D.ª María P y 106.228,74 euros a D. Germán G.),*

*mientras debe reintegrarse a ADESLAS la cantidad de 131.947,21 euros.*

*Igualmente condenamos al acusado al pago de las costas ocasionadas en la presente causa.»*

## 2. Hechos

Se recogen, íntegros, tal como aparecen en la sentencia del Tribunal Militar Territorial Primero:

*«PRIMERO. Que el día 9 de mayo de 2006, sobre las 11 horas, los Caballeros Alféreces Cadetes de la Guardia Civil de 5.º curso, que vestían uniforme y acababan de terminar una clase en la Academia de Oficiales de la Guardia Civil, de guarnición en Aranjuez (Madrid), se estaban preparando para la siguiente, consistente en una práctica de tiro que estaba programada para las 11,10 horas. El a la sazón Caballero Alférez Cadete D. Javier... se encontraba en el pasillo de la 2.ª planta del edificio principal, donde se hallan las camaretas de los Alumnos, haciendo ejercicios de desenfundar el arma, montarla y simular que disparaba sobre un blanco.*

*Mientras tanto el Caballero Alférez Cadete D. S..., había limpiado la pistola de su propiedad y que usaba para las prácticas de tiro –marca Glock/G-17, calibre 9 mm parabellum, con número de identificación EHT990 y número de guía 770 00848–, y quizá como réplica a su compañero Javier, con quien a veces bromeaba a propósito de la calidad de las respectivas armas y la velocidad en desenfundarlas, comenzó a practicar también en el interior de su camareta, introduciendo el cargador municionado que tenía dispuesto en la cama de su camareta para llevarlo al ejercicio de tiro y continuando con las prácticas. En un momento dado, habiendo olvidado que tenía el cargador puesto montó el arma, se situó apuntando a la puerta –que estaba abierta– al tiempo que adoptaba la posición de tiro instintivo «Weaver» y oprimió el disparador en el momento en que aparecía delante el Alférez Javier, impactando el proyectil disparado en el pómulo derecho de éste, con una trayectoria horizontal.*

*El a la sazón Caballero Alférez Cadete D. Luis..., que estaba en su camareta, muy próxima al lugar de los*

*hechos, salió corriendo a buscar al Comandante médico mientras S. atendía primeramente al lesionado y luego se dirigía también hacia el despacho del Oficial médico, donde llegó cuando éste salía con D. Luis.*

*SEGUNDO. Que aunque las normas de régimen interior prohibían guardar las armas particulares en las camaretas (pues existía una caja para su custodia y un libro en que se debían reflejar las salidas y entradas de las mismas), así como llevar las armas municionadas al ejercicio de tiro (pues la munición debía recogerse en la línea de tiro y devolver después los cartuchos sobrantes) y utilizar y manipular las armas de fuego fuera de los tiempos y espacios dedicados a la instrucción y siempre con la supervisión del profesor correspondiente, lo cierto es que no era infrecuente que tales normas no fueran cumplidas exactamente.*

*TERCERO. Que los mecanismos de la pistola «Glock/ G-17», antes identificada, se encontraban en estado de funcionamiento eficaz, que el casquillo que impactó en el Alférez Javier fue percutido por dicha pistola y que tanto ese como los otros dieciséis que contenía el cargador se encontraban en buen estado de conservación y funcionamiento.*

*CUARTO. Que tras ser inmediatamente asistido por el Comandante médico de la Academia de Oficiales de la Guardia Civil, quien le prestó los primeros auxilios y reanimación, fue trasladado primeramente en helicóptero al Hospital 12 de Octubre de Madrid y, con posterioridad, en veintidós de mayo, al Centro Nacional de Paraplégicos de Toledo, donde permaneció ingresado hasta el 23 de marzo de 2007, continuando con el proceso curativo en su domicilio, pero teniendo que ser nuevamente ingresado entre los días 22 de enero y 19 de mayo de 2008 por una intervención quirúrgica para la implantación de un marcapasos diafragmático bilateral.*

*Según el primer informe médico, emitido en el Hospital 12 de Octubre, el Alférez Javier presentaba las siguientes lesiones de pronóstico muy grave: «1. Traumatismo requimedular: fractura conminuta de C2 con invasión de canal medular. Fractura base apófisis odontoides. Fractura de cuerpo y lá-*

mina C3. Lesión medular completa a dicho nivel.  
2. Traumatismo facial: fractura compleja de rama mandibular, fx de seno maxilar derecho. Bloqueo mandibular. Traqueostomía. 3. Broncoaspiración».

A) El período de curación, fue, en total, de 785 días, entre el día 9 de mayo de 2006 (fecha en que se produjo el disparo) y el 1 de julio de 2008 (en que se dio la estabilización tras la última intervención), de los cuales 443 de ingreso hospitalario (en dos fases, la primera entre el 9 de mayo de 2006 y el 3 de abril de 2007, y la segunda entre el 28 de enero de 2008 y el 29 de mayo de 2008).

B) El lesionado sufre, de resultas, una gran invalidez por falta absoluta de movilidad.

C) Sufre, además, otras secuelas físicas funcionales, secuelas psíquicas y psicológicas, y un evidente perjuicio estético:

1. Lesión medular completa sensitivo-motora a nivel C1-C2 con síndrome de lesión medular transverso C1 ASIAA, sometido a respiración automática.

2. Otras secuelas físicas: alteraciones en la termorregulación que le producen trastornos importantes tanto al frío como al calor, hipotensión, mareos y sensación de ahogo y asfixia en los cambios posturales; trastorno en la piel con sequedad por debajo de la lesión y dermatitis seborreica en la zona actualmente sensible; importante dificultad para el habla por falta de aire que le proporciona el respirador, dificultando la intercomunicación y la relación con las demás personas; dificultad para la deglución secundaria a su fractura de mandíbula con dificultad para la apertura por lo que precisará para su alimentación triturado de alimentos que faciliten la ingesta de los mismos y su preparación; cefaleas intensas que aumentan con los cambios posturales; intenso dolor en la mandíbula, en la articulación izquierda; vejiga neurógena por lo que precisa sistema de incontinencia de orina; intestino neurógeno dependiente de laxantes; imposibilidad absoluta de mantener relaciones sexuales e imposibilidad de tener descendencia.

3. Trastorno psíquico y psicológico permanente grave.

4. Perjuicio estético importantísimo.

D) Por su absoluta incapacidad para moverse, necesita: asistencia permanente de persona especializada para cuidados diarios precisando cambios posturales cada 4 horas, movilización de articulaciones pasivamente, cuidados generales de aparato digestivo y control de sonda vesical que porta permanentemente. Es decir, precisa una persona especializada para vigilancia permanentemente 24 horas, así como la adecuación de la vivienda y adaptación del vehículo.

E) Precisa, además, de cama ortopédica eléctrica, colchón antiescaras y posibilidad de telemando para manejo con la boca por el paciente; de ventilador mecánico permanente con oxigenoterapia, así como aparato de sustitución; de sistema de aspiración para limpieza bronquial; de utilización de férulas posturales que evitan deformaciones fijas permanentes que le impedirían estar sentado en la silla de ruedas; de soporte dorsolumbar para mantenimiento en posición erguida en silla; de soporte farmacológico para las posibles complicaciones secundarias en este tipo de pacientes; de un fisioterapeuta diario especializado en lesiones medulares, de instalar sistema de utilización de alarma, por si el paciente puede reclamar ayuda; de la utilización de medias antiembólicas y de aparato de masaje plantar para favorecer retorno venoso; de una grúa con arnés para movilización desde la cama a la silla y viceversa; de revisión y control por personal sanitario médico y de enfermería de manera permanente; de cirugía de reconstrucción plástica y traumatología en caso de presentar escaras u otras complicaciones.

F) El lesionado y su familia han sufrido gastos por valor de 237.054,9 euros: gastos médicos independientes de los abonados por ADESLAS, S.A., de asistencia domiciliaria, de adaptación de vivienda y vehículo, de transporte para acudir al Hospital de Paraplégicos de Toledo, de alojamiento y manutención de familiares durante esa estancia y otros derivados directamente de los hechos aquí juzgados.

G) El lesionado ha sufrido también perjuicios económicos, como lucro cesante, en virtud de la diferencia entre la pensión que percibe y los haberes que habría obtenido de haber proseguido normalmente su carrera profesional.

H) *Los padres del lesionado padecen trastornos psiquiátricos y psicológicos (esencialmente estrés postraumático y trastorno adaptativo mixto ansioso-depresivo) de resultas de los hechos sufridos por su hijo, sin que tuvieran antecedentes en tal sentido, que requieren tratamiento y de los que no se prevé recuperación.*

I) *ADESLAS, S.A., abonó al Hospital de Tetrapléjicos de Toledo la cantidad de 131.947, 21 euros por los gatos derivados de la hospitalización hasta el 23 de marzo de 2007 del lesionado.*

J) *El lesionado, con fecha 17 de abril de 2008, recibió la cantidad de 31.252,63 euros de la aseguradora MAPFRE Seguros Generales, S.A., en concepto de indemnización por la situación de invalidez permanente –gran invalidez–, en virtud de la póliza suscrita con la tal aseguradora por la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio de Interior, recibiendo una pensión de retiro por inutilidad en acto de servicio, una prestación del Instituto Aragonés de Servicios Sociales y una prestación de gran invalidez del Instituto Social de las Fuerzas Armadas.*

*QUINTO. Que se estima la esperanza de vida del perjudicado en 75 años, sin que tal previsión sea afectada por la situación en que ha quedado de resultas de los hechos aquí enjuiciados.»*

### 3. Motivos del recurso

#### Contra el fallo referido, recurrieron la defensa del condenado y el Abogado del Estado.

1. El recurso del alférez condenado, se basó en los siguientes motivos:

1.º Al amparo del punto 4.º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE.

2.º Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de los artículos 301 y ss. y 310 de Ley Procesal Militar y 656, 657, 658, 723 y ss., y 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.º Por infracción de ley, al amparo del n.º 2 del artículo 849 de la Ley de Procesal, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Y por escrito posterior, dicha representación presentó, dentro del plazo conferido, ampliación del recurso de casación con dos nuevas peticiones:

A. Que se aplique la circunstancia atenuante prevista en el apartado 5.º del artículo 21 del Código Penal, de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos.

B. Que los hechos, caso de mantenerse la calificación de imprudencia con resultado de lesiones, sean subsumidos en el inciso primero del apartado 2.º del artículo 159 del Código Penal Militar.

2. Por su parte, la Abogacía del Estado planteó los siguientes motivos:

1.º Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECrim, al haberse infringido los arts. 109, 110 y 115 del Código Penal y art. 1902 del Código Civil.

2.º Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECrim, al haberse infringido los arts. 123 y 124 del Código Penal y 241 LECrim.

3.º Por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española (CE), al amparo del art. 325 de la LOPM y 852 LECrim.

4.º Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1.º LECrim, al no haber expresado clara y terminantemente la sentencia cuáles son los hechos que se consideren probados.

5.º Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3.º LECrim, al no haberse resuelto en la sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de la acusación y defensa.

6.º Por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos

por otros elementos probatorios, al amparo del art. 849.2.º de la LECrim.

Resumiendo, el recurso del condenado discute la condena por posibles vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, en materia de prueba y, porque se trata –sostiene– de un supuesto de imprudencia simple que no temeraria, aplicada por el tribunal militar.

La primera cuestión no merece particular atención porque existió prueba lícita, suficiente y de cargo respecto a los hechos declarados probados.

En cuanto a la calificación jurídica de los hechos, baste citar el razonamiento que la sentencia casacional expone –en su FD 4.º– : *«la conducta del recurrente, al apretar el gatillo de un arma de fuego cargada mientras apuntaba hacia la puerta del dormitorio sin prevenir el hecho de que por la misma pudiese aparecer, como efectivamente ocurrió, uno de sus compañeros, que resultó gravemente lesionado, constituye con manifiesta claridad una imprudencia de la mayor gravedad, que debe ser calificada como temeraria»*.

Y un poco más adelante, sobre la gravedad o no de los hechos, se dice:

*«La doctrina jurisprudencial estima que la imprudencia es grave cuando el resultado se produce en condiciones tales que su realización hubiese podido estimarse a priori por un hombre normal como posible y previsible, pudiendo prevenirse o evitarse mediante el empleo de una mínima diligencia.*

*En el presente caso resulta indudable que, para un hombre normal, y prescindiendo de la profesionalidad del acusado, que acentúa su responsabilidad, es previsible que la acción de introducir en un arma de fuego un cargador, y ponerse a hacer prácticas con ella, en un lugar concurrido, donde estaba además prohibido la utilización de las armas, e incluso apretar el gatillo y disparar, genere un riesgo de muy elevada consideración, riesgo que en el caso actual se concretó en un trágico resultado, que hubiese sido fácilmente evitable con un mínimo de prevención, pues las armas de fuego no se proporcionan al estamento militar para jugar con ellas sino para adiestrarse en la forma reglamentariamente prevenida por la autoridades responsables y utilizarlas en defensa de la patria.»*

Y por lo que hace a la Abogacía del Estado, se discute la corrección de la indemnización fijada, de 12.494.657,25 euros, «por no haberse respetado por el Tribunal de instancia al fijar las responsabilidades civiles las reglas de aplicación contenidas en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, pese a haber fijado dicho Tribunal las citadas responsabilidades acudiendo expresamente al Sistema de Valoración recogido en dicho Anexo».

Examinaremos, seguidamente y con detalle este motivo de recurso, no sólo por ser el más interesante sino porque mereció su estimación por la Sala.

#### 4. La respuesta jurídica

La Sala, estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, modifica la cuantificación de las responsabilidades civiles, dejando subsistente el resto de la sentencia recurrida, al desestimar íntegramente las pretensiones del otro recurrente, el alférez S.

De ese modo, se mantiene la condena de cuatro años de prisión, y accesorias correspondientes, respecto a S., como autor de un delito contra la eficacia del servicio, previsto en el párrafo segundo del art.159 CPM.

Y al mismo tiempo, se sustituyen las indemnizaciones fijadas en la sentencia recurrida, por otras, que en concreto, son las siguientes:

- 1.º 47.589 €, por los días de curación del lesionado.
- 2.º 388.991,5 €, por las secuelas directas sufridas por éste.
- 3.º 593.698,84 €, por la aplicación de factores de corrección sobre dichas secuelas.
- 4.º 230.334,99 €, por daños emergentes.
- 5.º 352.254,05 €, por gastos necesarios futuros.
- 6.º 31.874,04 €, por los días de curación de la madre del lesionado.



7.º 31.874,04 €, por los días de curación del padre del lesionado.

8.º 131.947,21 €, por gastos en el Hospital de Paraplégicos de Toledo, que fueron abonados por ADESLAS.

Ello determina una indemnización total a favor del lesionado de **1.612.868,2 €** (en la que se incluye el daño moral de los padres), una indemnización de **31.874,04 €** para la madre del lesionado y otra por igual cantidad **31.874,04€** para su padre, así como **131.947,21 €** en favor de ADESLAS.

El contraste de lo finalmente concedido, poco más de 1,8 millones de euros, frente a lo fijado en instancia, 12,4 millones de euros, es bien notable, por lo que vale la pena adentrarnos en las razones de tal disparidad.

## II. Fundamentos del fallo

La diferencia del fallo definitivo, respecto al que adoptó el TMT, se basa en una modificación de los hechos probados y en la revisión de las razones jurídicas en que se apoyó la indemnización fijada en la sentencia recurrida.

### 1. Modificación de los hechos

Tras el examen del recurso, en particular de los motivos 1.º y 3.º interpuestos por el Abogado del Estado, la Sala decide suprimir el apartado G) de la sentencia, que decía:

*«G) El lesionado ha sufrido también perjuicios económicos, como lucro cesante, en virtud de la diferencia entre la pensión que percibe y los haberes que habría obtenido de haber proseguido normalmente su carrera profesional.»*

*Y ello, porque la concesión adicional de una indemnización por lucro cesante por la pérdida de ingresos derivados del trabajo del perjudicado supone una duplicidad indemnizatoria toda vez que este concepto se encuentra ya implícito en las anteriores indemnizaciones que se han reconocido de acuerdo con el Baremo, y, en singular, en los factores de corrección para*

*lesiones permanentes que están concebidos precisamente para compensar estos perjuicios económicos.*

*En concreto, ya se ha concedido una suma de 38.899,15 € como factor de corrección correspondiente a los «perjuicios económicos» (Tabla IV del Baremo), que trata de compensar precisamente la pérdida de ingresos y otra de 176.127,03 € como factor de corrección adicional por el hecho de que la lesión permanente absoluta inhabilita al incapacitado para la realización de cualquier ocupación u actividad (Fundamento Jurídico Séptimo de esta resolución).*

*En consecuencia –concluye la sentencia– la indemnización concedida que equivale a calcular todos los ingresos que pudieran haberse percibido en caso de no haberse producido la lesión, supera los criterios establecidos por el Baremo y es reiterativa respecto de conceptos ya indemnizados.*

### 2. El criterio para indemnizar este tipo de hechos

Más allá del análisis cuantitativo –partida a partida– en el que no vamos a entrar, la importancia de la sentencia que comentamos estriba en la doctrina que contiene sobre el modo de abordar las indemnizaciones derivadas de hechos delictivos, en el ámbito militar.

La sentencia parte del recordatorio de que «la cuantía de las indemnizaciones concedidas por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no es revisable en casación pues corresponde a la función soberana de los Tribunales de instancia (SSTS, Sala 1.ª, de 28 de marzo de 2005, 9 de junio, y 13 de junio de 2006 y 16 y 20 de febrero y 31 de mayo de 2011, entre otras muchas)».

Pero ello no tiene carácter absoluto porque cabe la revisión casacional «cuando se cometa una infracción del ordenamiento en la determinación de las Bases tomadas para la fijación del *quantum* ... (STS 1.ª de 31 de mayo de 2011) y también en los supuestos de *error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada*».

A continuación, se dice que, *habiendo declarado expresamente el Tribunal de instancia que para la cuantificación de las indemnizaciones relativas a secuelas directas ha aplicado el Baremo contenido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, un principio elemental de congruencia y de seguridad jurídica impone la necesidad de que dicho Tribunal se adapte a la fórmula y a las reglas establecidas en dicho Anexo, sin que quepa seguir el Baremo en determinados conceptos y eludirlo en otros, incurriendo en duplicidades o excesos incongruentes con la regla que el propio Tribunal sentenciador ha afirmado seguir.*

También se recuerda que *«El efecto expansivo del Baremo previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido con reiteración por este Tribunal con criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil (SSTS Sala 1.º de 10 de febrero, 13 de junio, 27 de noviembre de 2006 y 2 de julio 2008).»*

Seguidamente se afirma que *«La aplicación del Baremo contenido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, constituye el instrumento más adecuado para ofrecer una satisfacción pecuniaria a las víctimas»,* ya que proporciona una seguridad y garantía mayor que la que deriva del simple arbitrio judicial, al facilitar unos «criterios técnicos» de gran utilidad.

En consecuencia con todo lo dicho, se concluye que: *«aun cuando la aplicación del Baremo en supuestos distintos de los del tráfico automovilístico no sea vinculante, salirse del Baremo para procurar indemnizaciones distintas en determinados capítulos, una vez admitida su aplicación por el Tribunal con carácter general, haría incongruente la resolución y supondría un evidente desajuste en la determinación y cuantificación del daño.»*

### 3. Rechazo de las indemnizaciones astronómicas

Una consideración adicional, merece la sentencia que se examina, en cuanto a la aplicación del precitado criterio que autoriza la revisión del *quantum* indemnizatorio cuando se concede una indemnización irrazonable por la «desproporción de la cuantía fijada», conforme a la doctrina establecida entre otras por las SSTS 1.ª 23-11-1999 y 20-12-2006.

El fundamento de la revisión indemnizatoria, en estos casos, es lo que la sentencia denomina falta de consistencia fáctica y jurídica, medida desde una óptica de «racionalidad media», cuestión tratada también, entre otras, por la STS 1.ª 21-4-2005.

En este caso, la Sala de lo Militar rechazó la indemnización del tribunal *a quo*, por importe de 8.846.865,36 euros (1.472 millones de las antiguas pesetas), sustituyéndola por otra de 352.254,05 euros (al cambio, algo menos de 60 millones de pesetas).

Pero realmente, y a pesar de la sugestiva doctrina que se indica, la Sala de lo Militar desautoriza la indemnización no tanto por ser exagerada, sino errónea, contemplado desde la propia doctrina que aplica el tribunal *a quo* –el baremo citado–.

Y así, se dice:

*«El Tribunal a quo ha considerado, en la brevísima explicación de esta partida indemnizatoria, que dicha suma de 8.846.865,36 € “procede de capitalizar la cuantía de los gastos necesarios mensuales de ayuda a domicilio, médico-farmacéuticos, de rehabilitación y psiquiátricos (del lesionado, padre y madre) estimados en 16.081,93 € mensuales durante 46 años, que son los que quedan teniendo en cuenta la esperanza de vida hasta los 75 años”».*

Debe destacarse que la partida más elevada de dicha suma mensual reclamada por el lesionado corresponde a la estimación de la futura ayuda domiciliaria por personal auxiliar sanitario (14.164 € mensuales).

Llegados a este punto es preciso recordar –continúa la sentencia– que la revisión casacional del *quantum* indemnizatorio es procedente en los supuestos

de irracionalidad o arbitrariedad de su cuantía y especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesarias y adolecen de desajustes apreciables mediante la aplicación de una racionalidad media (STS, Sala 1.ª, de 20 de diciembre de 2006, ya citada, entre otras muchas).

Pues bien, en el presente caso «las cifras indemnizatorias ya señaladas por los diversos conceptos se han establecido en la cuantía máxima que, para cada uno de los conceptos, se encuentran previstas por el Baremo. Al aceptarse por el Tribunal sentenciador el referido Baremo, como criterio básico regulador, ha de admitirse que la razonabilidad en la determinación de la cifra indemnizatoria global implica, por una elemental razón de coherencia, evitar el establecimiento de sumas indemnizatorias adicionales que dupliquen o reiteren la indemnización ya cubierta por los conceptos tomados en consideración por el propio Baremo, o que excedan las cuantías fijadas por éste para los mismos conceptos de forma desproporcionada e injustificada».

En consecuencia, no cabe establecer una indemnización adicional, tan elevada por ayuda domiciliaria como la de 14.164 € mensuales durante 46 años, equivalente a un total de 7.818.528 €, pues el máximo previsto por el Baremo por este concepto para grandes inválidos como el perjudicado en esta causa es de **352.254,05 €**. Por eso es procedente sustituir la desproporcionada cifra que se adjudica por este concepto por la cantidad máxima prevista por el Baremo.

Y finalmente, respecto a los demás gastos incluidos en este capítulo –los gastos médico-farmacéuticos futuros del lesionado y los de atención psiquiátrica también futura de éste y de sus padres–, deben ser suprimidos pues se trata de conceptos que deben considerarse incluidos en las indemnizaciones ya concedidas al perjudicado por sus lesiones (388.991,5 € por secuelas, más 88.063,51 € por su carácter permanente) y a los padres por daños morales (264.190 €).

Procede, por tanto, concluir la resolución, la estimación del recurso del Abogado del Estado también en este punto, fijando la indemnización por este concepto en **352.254,05 €**.

### III. Comentario final

La presente sentencia nos permite extraer las siguientes conclusiones:

Primera. La responsabilidad civil «ex delicto», deriva de los arts.109, 110, 113 y 115 CP, así como del art. 1902 C.Civil, los cuales configuran su marco general.

Segunda. No obstante, el Baremo previsto en el Anexo a la DA Octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, previsto para determinar la responsabilidad civil procedente del tráfico automovilístico, puede ser aplicado en ámbitos distintos, dado su elevado rigor técnico y la seguridad jurídica que proporciona.

Tercera. Aunque la aplicación del mencionado Baremo no es ni obligatoria, ni vinculante para fijar dichas indemnizaciones, una vez decidida su aplicación a un caso, «salirse del Baremo para procurar indemnizaciones distintas en determinados capítulos, una vez admitida su aplicación por el Tribunal con carácter general, haría incongruente la resolución y supondría un evidente desajuste en la determinación y cuantificación del daño», (STS 5.ª 16-5-2012).

Cuarta. En el marco del Baremo, la cuantificación indemnizatoria corresponde al órgano *a quo*, sin que quepa en principio la revisión casacional de las cantidades fijadas por el órgano de enjuiciamiento.

Quinta. Es posible, sin embargo, tal como aconteció en el caso examinado, la rectificación de las indemnizaciones fijadas cuando se constaten supuestos de irracionalidad o arbitrariedad de su cuantía y especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesarias y adolezcan de desajustes apreciables mediante la aplicación de una racionalidad media (STS, Sala 1.ª, de 20 de diciembre de 2006, ya citada, entre otras muchas)

En definitiva, los casos admisibles de modificación de una indemnización son: que se repunte errónea, excesiva, arbitraria o injustificada, sirviendo para tal valoración, el criterio de la aplicación de una racionalidad media, que ponga de manifiesto, el contraste entre lo que se fijó y lo que en derecho resultaba más procedente.

# resumen de noticias

Información desplegable en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

## CincoDías

08.05.2012

**Gallardón obligará a las regiones a integrar sus sistemas tecnológicos**

**Las nuevas tasas cubrirán el 100% del coste de la justicia gratuita.**

El Ministerio de Justicia garantizó ayer a las comunidades que los ingresos por las nuevas tasas judiciales cubrirán el 100 % del coste del servicio de justicia gratuita, por lo que podrán redirigir los fondos que antes destinaban a esta partida a la modernización del sistema. También exigirá a los Gobiernos regionales que cualquier inversión en tecnología sea compatible con el resto.

## LA VANGUARDIA

08.05.2012

**Justicia recorta un 5% la partida del turno de oficio.**

El Departament de Justícia de la Generalitat destinará este año casi 52 millones de euros al turno de oficio de la abogacía, lo que representa un 5% menos de lo presupuestado en el anterior ejercicio, según informó la consellería en una nota de prensa. Según la Generalitat, se garantiza la asistencia gratuita.

El descenso de la partida significará un ahorro de 2,5 millones de euros y, siempre según el departamento, no repercutirá en la calidad del servicio, aunque según el Consells dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya (Cicac), ya se encuentran muy por debajo de lo que se percibiría por una actuación particular.

Aunque el global del recorte es del 5%, en alguno de los ámbitos la reducción de la partida llega al diez por ciento, sobre todo en cuestiones penales y laborales. También hay reducciones en violencia contra la mujer, matrimonial y social. Según Justicia, en este momento ya se han pagado los honorarios de los abogados y procuradores de oficio correspondientes al pasado mes de enero.

El Cicac, que agrupa a los catorce colegios de abogados de Catalunya, estudiará un recurso contra esta decisión ante la misma consellería, y no descarta re-

currir a los tribunales. Según este organismo, esta disminución se une a que en los dos últimos años la justicia gratuita ya ha sufrido un recorte de un 5% en cada ejercicio.

## EL MUNDO

09.05.2012

**Tribuna invitada / Fernando de Rosa Torner.**

- El vicepresidente del CGPJ defiende una ley que se adapte a las circunstancias actuales.
- Garantiza que solo se eliminarán servicios que no tengan justificación: «No es suprimir sin más».

**Un nuevo mapa judicial.**

## Expansión

11.05.2012

**Reforma del Código Penal contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.**

**Rajoy eleva la pena de cárcel por delito fiscal y amplía a 10 años la prescripción.**

Hasta una década de inhabilitación para los políticos despilfarradores. El Gobierno endurecerá drásticamente el castigo para los ciudadanos que defrauden contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

## europapress.es

22.05.2012

**Retomando el proyecto piloto en materia de mediación mercantil con el apoyo de la Cámara de Comercio, jueces y CGPJ.**

## elEconomista

05.06.2012

**El Poder Judicial e Interior conectan sus bases penales.**

**EL MUNDO****06.06.2012****El CGPJ pide que se atienda y proteja a las maltratadas aunque se archive su caso.**

El juez absolvió al agresor de la última asesinada 13 días antes del crimen.

**LA RAZÓN****09.06.2012****España rechaza las escuchas sin aval judicial a abogados y clientes.**

Una directiva de la UE sobre asistencia letrada contempla esa posibilidad.

**ABC****11.06.2012****Así será la nueva Audiencia Nacional.**

Un presupuesto de más de 14 millones de euros para su reconstrucción y más competencias, claves para el cambio.

**EL PAÍS****14.06.2012****La custodia compartida dejará de ser excepcional.**

El Gobierno impulsa un cambio en el Código Civil para que el juez fije el régimen adecuado. El informe fiscal no decidirá.

**LA VANGUARDIA****18.06.2012**

El Ministro Ruiz-Gallardón busca eliminar el paréntesis veraniego en los órganos judiciales de lo civil y lo mercantil.

Justicia anticrisis, también en agosto.

**EL MUNDO****26.06.2012**

Dívar se despide de la Sala de Gobierno del Supremo en un breve acto de «cordial» cortesía.

El presidente dijo que tiene una «paz absoluta» porque «no he hecho nada irregular».

**EL PAÍS****26.06.2012****Malestar de jueces y fiscales por la reducción de escoltas.**

Los cargos protegidos pasan de 613 a 333, según el ministerio.

**EL MUNDO****26.06.2012****Rebelión de los fiscales de la Audiencia por la retirada de sus escoltas.**

Plantean no respaldar escuchas a etarras.

**ABC****26.06.2012****Jueces y fiscales, indignados por la retirada de 588 escoltas.**

Avisan de que ETA sigue operativa y critican que excargos políticos la mantengan.

**LA VANGUARDIA****27.06.2012****La Audiencia se queja a Rajoy de la reducción de escoltas.****LA GACETA****28.06.2012****El CGPJ aprobará hoy una norma sobre transparencia.****EL MUNDO****03.07.2012**

Torres-Dulce defiende que la Justicia vuelva al Estado.

**EL PAÍS**

05.07.2012

**El juez imputa a la cúpula de Bankia.**

Fernando Andreu citará a Rato, Olivas, Acebes y otros 30 consejeros para preguntarles por cuatro posibles delitos penados hasta con 15 años de cárcel.

**EL PAÍS**

07.07.2012

**Una reforma a debate.**

Ruiz-Gallardón lanza una propuesta discutible para el Poder Judicial, pero ofrece negociarla.

**europapress.es**

10.07.2012

**Montalbán afirma que la custodia compartida «debe estar prohibida cuando hay violencia de género».****ABC**

18.07.2012

**El magistrado Gonzalo Moliner presidirá el CGPJ y el Supremo tras más de treinta votaciones.**

El cofundador de JpD tendrá que recomponer la imagen del Consejo y negociar con Gallardón.

**CincoDías**

21.07.2012

**Gonzalo Moliner Tamborero.****El juez tranquilo.**

12 votos a favor, 5 en contra, 3 en blanco. Este magistrado de 68 años, con alta dosis de sentido común jurídico y práctico, es el nuevo presidente del CGPJ y del Supremo.

**EL PAÍS**

24.07.2012

**Los jueces ya tienen nuevo presidente.**

El magistrado progresista Gonzalo Moliner prometió ayer ante el Rey sus cargos como presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, y luego tomó posesión de ellos ante el ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón.

**EL MUNDO**

24.07.2012

**Moliner quiere «consensuar» las reformas de Gallardón.****EL PAÍS**

24.07.2012

**Nuevo presidente del CGPJ.****«Lucharé por la independencia del Poder Judicial frente a todos los avatares».**

El nuevo presidente del Poder Judicial mantendrá en sus cargos en el Consejo a la portavoz y al vicepresidente.

**elEconomista**

25.07.2012

**El CGPJ aprueba su memoria anual en el primer pleno presidido por Moliner.****EL PAÍS**

26.07.2012

**Moliner preside su primer pleno al frente del Poder Judicial.****CincoDías**

26.07.2012

**Hay tres millones de asuntos pendientes en los órganos españoles.****Los jueces piden a Gallardón agilizar los tribunales y crear 295 juzgados.**

**ABC****10.08.2012****Espaldarazo del Supremo a la asignatura de Religión.**

Revoca dos normas discriminatorias de los gobiernos del País Vasco y Extremadura.

Si los padres no solicitaban expresamente la enseñanza de Religión, se entendían que no optaban a ella.

**EL PAÍS****13.08.2012****Los jueces ponen límites al nuevo despido de la reforma laboral.**

Varias sentencias tumban los ERE por no estar debidamente justificados.

**ABC****14.08.2012****El autogobierno judicial.**

Benigno Varela Autrán

«Parece razonable que si el CGPJ cuenta ya con su propio presupuesto, sujeto a los debidos controles públicos, en el mismo debiera hallar cobijo la partida presupuestaria dedicada a la retribución profesional de los jueces y magistrados que administran justicia en todo el Estado. Sólo así se lograría completar cumplidamente el autogobierno judicial.»

# bibliografía <sup>1</sup>

**ADAPTACIÓN** de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil: homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré/Alegría Borrás, Georgina Garriga (editoras). Madrid: Marcial Pons, 2012. 327 p.

*RESEÑA: La actividad legislativa en el seno de la Unión Europea exige un esfuerzo de los operadores jurídicos para actuar dentro de las estructuras existentes frente a la nueva realidad, sin que el legislador estatal se preocupe siempre de adaptar dichas estructuras con carácter previo a la aplicación de los nuevos instrumentos. Y ello resulta aún más complejo en los supuestos en que, junto al instrumento comunitario, debe aplicarse algún Convenio internacional, específicamente algún Convenio de La Haya.*

*Este interés y el desarrollo del trabajo realizado condujeron también a constatar que la trayectoria investigadora del Prof. Ramón Viñas venía marcada precisamente por la interacción de las fuentes de Derecho internacional privado. Ésta fue la razón por la que una Jornada, prevista inicialmente en la propuesta de un proyecto de investigación sobre «Adaptación de la legislación interna a la normativa comunitaria en materia de cooperación civil», adquiriera un nuevo perfil, para convertirla en unas Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré. De ahí resulta la estructura de esta publicación. En efecto, la primera parte está dedicada a las intervenciones directamente relacionadas con el homenaje al Prof. Viñas. A continuación se incluyen los trabajos generales sobre la interacción de las fuentes del Derecho internacional privado, con ejemplos de Derecho comparado, para pasar después a los aspectos procesales generales y a los específicos en los diferentes sectores. Es así como, junto a los textos derivados de las intervenciones durante las Jornadas, se incluyen los trabajos de los distintos miembros del equipo investigador.*

**ANÁLISIS** comparado de la ley concursal con su reforma: una herramienta de seguimiento de la Ley Concursal/director, Leopoldo Pons Albentosa; coordinadores, David Pastor García... [et al.]. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. 490 p.

*RESEÑA: La presente obra se construye al albur de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y con el hilo rector del interés práctico para «el profesional» del mundo concursal. Se pretende que el lector pueda seguir la Reforma arbitrada en el detalle y comparación del articulado, y para ello se incorpora un sencillo índice temático que, separando por títulos las materias, contempla en cada uno de ellos todos los capítulos, secciones y artículos, amén de las disposiciones de la Ley Concursal, así como de las que aporta la Ley de Reforma. Para ello, el texto del trabajo se presenta en dos columnas, la de la izquierda correspondiente a la Ley Concursal, y la de la derecha correspondiente al texto de la Ley 38/2011. Asimismo, y a modo de aproximación numérica, se incluye un análisis completo y por títulos del impacto cuantitativo de cada uno de los cambios que propone la Ley de Reforma, así como un texto consolidado y el iter procesal legislativo.*

**ARRIBAS HERNÁNDEZ, Alberto.** Derecho concursal: el concurso tras la reforma operada por la Ley 38/2011/Alberto Arribas Hernández. Madrid: El Derecho, 2012. 516 p.

*RESEÑA: Obra que realiza un exhaustivo estudio de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, con especial atención a la importante reforma de dicha norma realizada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2012.*

*En un momento como el actual, en el que desgraciadamente la materia concursal está de máxima actualidad, y afecta a prácticamente todos los ámbitos de la*

<sup>1</sup> Selección a cargo de Alicia Bernaldo de Quirós, Jefa de Biblioteca y Documentación del CGPJ.



actividad jurídica, al extenderse las consecuencias del concurso a temas laborales, contractuales o incluso de comunidades de propietarios, el análisis práctico y riguroso que se realiza en este libro resulta de gran ayuda para el profesional.

**BELLIDO PENADÉS, Rafael.** Derecho de defensa y principio acusatorio en el juicio por faltas: Evolución jurisprudencial y análisis crítico/Rafael Bellido Penadés. Madrid: Dykinson, 2012. 334 p.

*RESEÑA:* En esta obra, partiendo de la configuración legal del juicio de faltas, se abordan los problemas que suscita en la actual regulación desde la perspectiva del derecho de defensa y del principio acusatorio (art. 24.2 CE), analizando el estado de la cuestión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y, dentro de ésta, tanto en la emanada de la jurisdicción ordinaria –strictu sensu y «menor»– como de la jurisdicción constitucional, y, a la luz de lo anterior, efectuando propuestas –de lege data y de lege ferenda– para que esa regulación legal necesitada de reforma se acomode a las exigencias constitucionales.

**BLANCO CORDERO, Isidoro.** El delito de blanqueo de capitales/Isidoro Blanco Cordero; prólogo José Luis de la Cuesta Arzamendi. 3.ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012. 965 p.

*RESEÑA:* El blanqueo de capitales se va a convertir en los próximos años, si no lo es ya, en el delito estrella que, a modo de tipo de recogida, va a ser de aplicación cuando se descubra un delito que genera bienes. Surgido para hacer frente al crimen organizado, las sucesivas reformas han extendido tanto su ámbito de aplicación que ahora comprende cualquier delito que origine bienes, incluidos los delitos de carácter económico. La presente obra analiza de manera exhaustiva las tendencias más recientes en la legislación (nacional e internacional), en la jurisprudencia y en la doctrina en materia de blanqueo de capitales, sobre todo tras la reforma del delito mediante Ley Orgánica 5/2010, que ha introducido modificaciones de enorme relevancia. Pone especial énfasis en el estudio del delito fiscal como delito previo del blanqueo de capitales y en las dificultades de admitir la cuota tributaria como bien procedente de una actividad delictiva. Asimismo, realiza un profundo análisis de la responsabilidad penal en la que pueden incurrir los aboga-

dos por este delito, en particular cuando cobran sus honorarios con dinero procedente del delito cometido por sus clientes. De interés resulta el examen de la responsabilidad penal de los directivos de las empresas, cuando incumplen sus obligaciones, por el blanqueo de capitales cometido en el seno de las mismas. La obra finaliza abordando la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de blanqueo de capitales, con referencia a peculiaridades propias de este delito tales como los programas de cumplimiento normativo (compliance).

**CAPDEVILA FIGOLS, Trinitat.** Anotaciones sobre práctica y jurisprudencia en el procedimiento administrativo local/Trinitat Capdevila Figols. L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona): Bosch, 2012. 132 p.

*RESEÑA:* La complejidad de las disposiciones sobre el procedimiento administrativo, especialmente en ayuntamientos de municipios de reducido tamaño, entraña una dificultad añadida a la función –ya de por sí ardua y a menudo poco reconocida–, de los secretarios y secretarías municipales, que en su quehacer diario deben conocer y aplicar los entresijos de los múltiples principios, instituciones y técnicas procedimentales. Esta obra pretende ser un instrumento práctico, cuyo objetivo es el de ofrecer, a través de diversas interpretaciones jurisprudenciales, una aproximación a las cuestiones propias de la gestión más habitual y cotidiana de las administraciones locales, abarcando desde la necesaria consideración de los principios generales –cuya aplicación viene adquiriendo cada vez mayor importancia en cuanto normas jurídicas vinculantes en la actuación administrativa– hasta aspectos tan controvertidos como la atribución de la condición de interesado, el acceso a archivos y registros, los plazos procedimentales o la validez e invalidez de las notificaciones. Aspectos que, aunque en principio pudieran parecer menores, a menudo determinan la legalidad de la actuación municipal.

**COMENTARIOS** al Código Civil de Cataluña/Coordinadores Francisco de Paula Puig Blanes, Francisco José Sospedra Navas. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011. 2 v.

*RESEÑA:* El tomo II de los Comentarios al Código Civil de Cataluña lleva a cabo un estudio sistemático de los

*Libro IV (Sucesiones), V (Derechos Reales) y VI (Obligaciones y Contratos, si bien en este caso incluyendo todas las Leyes que en este ámbito se han aprobado al no haberlo sido el Libro VI en cuanto tal) del Código Civil de Cataluña. Respecto de cada artículo se analiza su sentido e integración en el conjunto, acompañado de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Audiencias Provinciales de Cataluña y otra jurisprudencia básica de las instituciones reguladas. Asimismo se proporcionan referencias bibliográficas para el caso de desearse un conocimiento más profundo de alguna de las materias. Con esta obra se ponen a disposición del lector las herramientas esenciales para un conocimiento global del Derecho Civil de Cataluña de forma que se facilite su interpretación y aplicación. Es por ello que junto a quienes deseen profundizar en el conocimiento teórico del Derecho Civil Catalán en su conjunto, los destinatarios primordiales de la obra son todos aquellos que deban proceder a su aplicación de forma que puedan obtener fácilmente los elementos necesarios para el estudio del caso que se les plantee.*

El **CONCURSO** de acreedores: Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal/Dirección Juana Pulgar Ezquerra; autores Justino F. Duque Domínguez... [et al.]. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2012. 1.610 p.

*RESEÑA: El Concurso de Acreedores constituye una obra colectiva en la que prestigiosos concursalistas procedentes de la academia, la judicatura y la abogacía, abordan, de un lado, las distintas fases del concurso de acreedores: declaración, fase común con formación de masa activa y pasiva, convenio y liquidación como soluciones al concurso y conclusión y eventual reapertura del procedimiento.*

*De otro lado, el marco de relaciones entre el concurso de acreedores como procedimiento colectivo de arreglo del déficit del deudor común, con los institutos concursales y, en particular, con los acuerdos extrajudiciales de refinanciación de deuda, por los que muestran su preferencia los operadores en el tráfico, dado el ahorro de costes temporales, económicos y reputacionales que representan frente al concurso de acreedores.*

*Todo ello en el marco de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal 22/2003, que*

*partiendo de los principios inspiradores de la referida ley (unidad subjetiva, procedimental y legal) introduce relevantes modificaciones en materia de preconcursalidad, concursos conexos, procedimiento abreviado, comunicación, reconocimiento de créditos y liquidación en fase común que, previsiblemente, permitirá la maximización y conservación del valor de los activos, así como la conclusión del concurso por inexistencia de masa, temas todos ellos abordados en la presente obra colectiva.*

**CÓRDOBA, Fernando J.** La evitabilidad del error de prohibición/Fernando Jorge Córdoba. Madrid [etc.]: Marcial Pons, 2012. 367 p.

*RESEÑA: En el debate de la dogmática de la teoría del error se ha escrito y discutido mucho sobre cuáles deberían ser las consecuencias de un error de prohibición evitable, pero muy poco sobre cómo se debería establecer la evitabilidad de ese error. El libro que se presenta quiere ser una aportación que contribuya a llenar ese vacío. La obra tiene así como objetivo final proporcionar un conjunto de reglas para establecer en un caso concreto la evitabilidad o inevitabilidad de un error de prohibición. El objetivo intermedio, como en toda investigación dogmática, es ofrecer un marco teórico adecuado que sustente esas reglas, las explique y les dé coherencia sistemática entre sí y con el resto del sistema de la teoría del delito, en especial, con la teoría del ilícito y de la culpabilidad. Con este fin, los conceptos habitualmente utilizados en la materia son reformulados a partir de una concepción funcionalista de la culpabilidad y reconducidos a dos preguntas centrales. La primera, dirigida a comprobar si el autor habría podido conocer el ilícito si se hubiese motivado a conocer el significado jurídico de su conducta. La segunda, y asumiendo que la respuesta al primer interrogante sea afirmativa, para establecer si el autor tenía el deber de motivarse a conocer el significado jurídico de su conducta, y si satisfizo ese deber. El análisis de las características físicas e intelectuales del autor concreto que condicionarían la respuesta a la primera cuestión, y la especificación de la naturaleza y la medida de ese deber completan el recorrido propuesto. Desde la misma perspectiva se toma postura respecto de dos cuestiones adicionales tratadas en la materia: las llamadas informaciones hipotéticas y la coincidencia temporal entre hecho y evitabilidad.*

**DERECHO** de familia/Gema Díez-Picazo Giménez (coordinadora); prólogo Luis Díez-Picazo. Cizur Menor (Navarra): Cívitas, 2012. 2.719 p.

*RESEÑA:* Este libro ha sido elaborado por más de 40 profesionales que proceden del ámbito registral, de la universidad, de la judicatura y de la abogacía. La obra abarca en un solo tomo, todos los aspectos legales de la familia. Está estructurada en nueve partes o pilares fundamentales: la familia y el derecho de familia; el matrimonio; los efectos patrimoniales del matrimonio; la extinción del matrimonio y de las situaciones de convivencia; la filiación y guarda de menores; la vida familiar en clave financiera y tributaria; Derecho internacional privado de la familia; problemas registrales en derecho de familia; los procesos de familia. Los autores realizan un estudio detallado de cada uno de estos pilares que hacen que este libro sea una referencia en la materia.

**DERECHO** civil de la Unión Europea/M.<sup>a</sup> Dolores Díaz-Ambrona Bardají... [et al.]. 5.<sup>a</sup> ed. Majadahonda: Colex, 2012. 662 p. (JUNIO)

*RESEÑA:* La adhesión de España a la Comunidad Europea ha supuesto la modificación de numerosos ámbitos de la sociedad española, y de manera muy significativa su ordenamiento jurídico, pues el hecho de ser miembro de la Comunidad determina la asunción de todo el Derecho comunitario que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico español. Sin embargo, es preciso hacer notar que su integración en el Derecho interno tiene muchas peculiaridades, porque este nuevo Derecho, que, por lo que a nosotros nos interesa, le hemos denominado Derecho civil comunitario, tiene una doble naturaleza: sigue siendo Derecho comunitario en cuanto sus principios e interpretación son competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, al mismo tiempo, es Derecho civil, por cuanto su materia o contenido pertenece a esta área.

Los **DERECHOS** fundamentales de los jueces/A. Saiz Arnaiz (Dir.). Madrid [etc.]: Marcial Pons: Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2012. 214 p.

*RESEÑA:* La preservación de la confianza de los ciudadanos en los tribunales, en definitiva, la garantía de la

*independencia e imparcialidad de quienes los integran, supone para éstos evidentes limitaciones en su comportamiento público y en su actividad privada. Los derechos fundamentales de los jueces padecen así afectaciones restrictivas que se vinculan a su condición de titulares del Poder Judicial del Estado.*

*En este libro se analizan los problemas que plantea el estatuto iusfundamental de los miembros de la carrera judicial desde las prohibiciones constitucionales y las que resultan de la LOPJ, en ausencia, al contrario de cuanto sugieren todos los organismos internacionales y sucede en la mayoría de los países de nuestro entorno, de principios deontológicos o códigos de buena conducta que contribuyen decisivamente, y desde la libre aceptación de sus destinatarios, al fomento de una imprescindible cultura de independencia e imparcialidad.*

**DÍAZ ECHEGARAY, José Luis.** Manual práctico de derecho concursal: la ley concursal tras la reforma de la ley 38/2011/José Luis Díaz Echegaray. Barcelona: Experiencia, 2012. 740 p.

*RESEÑA:* Este libro trata de un tema de máxima actualidad e interés, cual es la regulación del concurso, tras la reforma operada por la Ley 38/2011. En el mismo se analiza el concurso en su doble perspectiva procesal y sustantiva, teniendo en cuenta las numerosas novedades que introduce esta Ley y que supone una reforma en profundidad de la anterior regulación.

*La obra realiza un exhaustivo análisis de todas las cuestiones que pueden plantearse en esta materia, recogiendo las principales aportaciones doctrinales así como un exhaustivo estudio jurisprudencial con cita de más de 800 resoluciones judiciales comentadas.*

**FERNÁNDEZ GIL, Cristina.** El proceso civil en esquemas: doctrina y jurisprudencia/Cristina Fernández Gil. Madrid: Tecnos, 2012. 780 p.

*RESEÑA:* Después de poco más de una década de la entrada en vigor de la LECiv. 2000, esta ha sido objeto de reforma en veintinueve normas legales, entre ellas el reciente RD Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, obligando a una constante actualización de las publicaciones relacionadas con ella que han quedado rápidamente

desfasadas. En el año 2003 se publicó el libro *Proceso civil en esquemas. Doctrina y jurisprudencia que ha perdido, por ello, su vigencia aunque no la idea de la que se partió: estructurar la ley por medio de cuadros y completarlo con normas procesales contenidas en otras leyes tanto de derecho interno como internacional que permitan agilizar su consulta, incorporando doctrina y jurisprudencia que facilita las líneas básicas para su aplicación. De ahí que esta nueva edición revisada mantenga las directrices iniciales de su antecesora, que tan excelente acogida tuvo entre los profesionales, a los que, sin duda, ayudará en su quehacer diario.*

**GUÍA** práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil/coordinador: Vicente Magro Servet. 5.ª ed. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2012. 1.467 p.

**RESEÑA:** *Guía unificadora de criterios orientativos en la aplicación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, actualizada tras la aprobación de las Leyes 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, y 4/2011, de 24 de marzo, de los procesos europeos monitorio y escasa cuantía. Más de 2.500 preguntas y respuestas con referencia de actualización jurisprudencial. Se ha procedido a una actualización de los formularios con base en la correspondiente de las propias reformas que se han llevado a cabo en la LEC y que muchas de ellas tienen una gran importancia en la presentación de las demandas que exigen de una actualización.*

**IBARRA SÁNCHEZ, Juan Luis.** Teoría y práctica de los juicios verbales de desahucio: el juicio monitorio de desahucio por falta de pago introducido por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal/Juan Luis Ibarra Sánchez. Madrid: La Ley, 2012. 761 p.

**RESEÑA:** *Garantizar la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, y el fomento del mercado de alquiler en nuestro país, han situado, en estos últimos años, al juicio de desahucio en la máxima actualidad, social, política y también jurídica. Esta obra tiene por objeto la reforma procesal operada en materia de juicios de desahucio desde 1994 a 2011. Se examinan pormenorizadamente los tres procedimientos verbales de desahucio regulados en la LEC, si bien resulta notorio el protagonismo del*

*juicio verbal de desahucio por falta de pago frente a los otros dos juicios de desahucio restantes (por extinción del plazo legal o contractual y precario), numéricamente testimoniales, tanto por número de procedimientos judiciales como por especialidades procesales. Igualmente, se analiza el juicio verbal puro o tipo, procedimiento en el que se basan inicialmente los tres juicios de desahucio, destacando dos defectos que lo lastran irreparablemente: la ausencia de contestación a la demanda escrita y previa a la vista y la omisión del trámite de conclusiones, tras la práctica de la prueba. Y si la reforma procesal de 2009 (Ley 13/2009 y Ley 19/2009) consagró lo que se dio en llamar el «desahucio exprés», la reciente reforma de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, ha introducido una primera fase monitoria en el juicio verbal de desahucio por falta de pago, que hace que resulte de enorme actualidad el estudio de la nueva regulación. Una fase monitoria cuyos protagonistas son dos resoluciones del Secretario judicial: a) El requerimiento de pago cuya notificación personal adquiere una importancia vital, y b) El decreto dando por terminado el procedimiento, que hará innecesaria la apertura de la segunda fase, de juicio verbal, abriendo, directamente, el camino a la ejecución. El autor nos propone una inmersión en la anatomía jurídica del juicio verbal de desahucio que pretende aunar, a un enfoque riguroso y científico, su experiencia práctica ante los juzgados y tribunales*

**LIBRO** homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer/Directores, Carlos R. Fernández Liesa, Carlos J. Moreiro González, Eduardo Menéndez Rexach. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2011. 450 p.

**RESEÑA:** *El Consejo General del Poder Judicial celebró el 27 de marzo un homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo, magistrado y Abogado General del Tribunal de Justicia de la UE fallecido el 12 de noviembre de 2009. El acto consistió en la presentación de un libro-homenaje, con artículos donde se abordan desde diversos ángulos la importancia de su figura y de sus prestigiosas aportaciones a la jurisprudencia comunitaria. El libro reúne los trabajos sobre distintos aspectos del Derecho de la Unión Europea que han realizado un selecto grupo de juristas, de los que aproximadamente la mitad son miembros de la*

*Carrera Judicial. Los autores colaboraron con el homenajeado a lo largo de su trayectoria profesional o conocieron de primera mano sus aportaciones a ese derecho a través de las conclusiones que, como Abogado General, emitía en los asuntos sometidos a su conocimiento, o de los libros y artículos doctrinales por él publicados.*

**LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier.** El proceso concursal/Javier López Sánchez. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012. 789 p.

*RESEÑA: Este libro recoge los principales problemas de naturaleza procesal advertidos en la tramitación del concurso y las soluciones ofrecidas por nuestros tribunales. Pero principalmente intenta una construcción procesal del concurso coherente con el sistema procesal que inspiró la Ley 1/2000 y que la Ley Concursal, sencillamente, ignoró. La reducción de lo procesal a lo procedimental conduce a entender como mero trámite actos cargados de notable trascendencia jurídica en los que están en juego los derechos de los justiciables. La deficiente técnica procesal de la Ley Concursal –no corregida sino agravada por el RDL 3/2009 y la L 38/2011– ha conducido a una notable situación de inseguridad jurídica. El protagonismo de los jueces en el desarrollo de un derecho judicial concursal responde paladinamente a las anteriores deficiencias. Este libro que parte de una concepción del concurso como un proceso orientado a ofrecer una tutela jurisdiccional ejecutiva mediante la actuación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Desde este planteamiento teórico se abordan los particulares problemas prácticos.*

**MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de.** La guerra de los jueces: Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional/Rafael de Mendizábal Allende. Madrid: Dykinson, [2012]. 458 p.

*RESEÑA: Desde que una Sentencia del Constitucional en 1994 provocó la «rebelión de los jueces» del Supremo, pidiendo la intervención del Rey, se han sucedido los desencuentros y los encontronazos de ambos, a veces en asuntos nimios como el caso «Preysler» y otros en temas trascendentales: la excarcelación de la Mesa de Herri Batasuna, sobre la cual se desvela en este libro la opinión de S.M., la condena de once magistrados del TC por «prevaricación civil», la doctrina Parot, los casos*

*Troitiño y Bildu o el Estatuto de Cataluña. Un análisis de la maquinaria judicial en su conjunto con el máximo nivel intelectual pero con una perspectiva realista, desde dentro, nada habitual, pone de manifiesto que tales conflictos no tienen remedio por ser producto del sistema, no de las personas. El modelo kelseniano de dos tribunales supremos introducido por el art. 123 CE está agotado. La solución es clara, suprimir el TC, pero conservando la jurisdicción constitucional, joya del Estado de Derecho, que se encomendaría a un nuevo TS. No obstante el rigor jurídico con que está construido, este libro adquiere en sus últimas cien páginas por la misma presión de los acontecimientos un cierto dinamismo periodístico. Escritas a pie de noticia no solo se contagia de la prensa y de su estilo, sino que utiliza docenas de artículos de columnistas o colaboradores, más de uno también eminente jurista.*

**MOLINA NAVARRETE, Cristóbal.** Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social: nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos/Cristóbal Molina Navarrete. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2012. 681 p.

*RESEÑA: Prácticamente en el «último minuto» el Parlamento aprobó y el BOE publicó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que entró en vigor el 11 de diciembre de 2011. Con ella se culmina un dilatado e intenso proceso de reformas del proceso social. La Ley, que cambia por completo de denominación, pretende dar respuesta adecuada, moderna y ágil a las necesidades más acuciantes del enjuiciamiento laboral y social. Para ello ha introducido muchas y muy profundas novedades –proceso monitorio social, proceso contencioso laboral, indemnizaciones disuasorias, medidas cautelares, competencia del orden social en materia de sanciones, ERES, accidentes de trabajo–, que sin duda cambiarán de raíz tanto el ámbito de la «jurisdicción social», que ahora es la que asume la competencia íntegra en todas las materias laborales, sindicales, de prevención de riesgos y sociales, como en el del «proceso social», que además de los propios, ahora asume caracteres del proceso civil, del proceso contencioso-administrativo e incluso, en materia de garantía de derechos, del orden penal. Por tanto, más que ante una reforma estamos ante una «revolución» en el proceso social, aunque su resultado, en términos de eficacia para un orden social hasta ahora modélico, es incierto, más en el actual contexto de «crisis económica» y sobrecarga de la «agenda judicial», también de la social.*

**MONTERO AROCA, Juan.** El recurso de casación civil: casación e infracción procesal/Juan Montero Aroca, José Flors Maties. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. 695 p.

*RESEÑA: El recurso de casación debería ser en la actualidad instrumento para garantizar la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley. Con el recurso no se trata tanto ni principalmente de hacer justicia en el caso concreto, cuanto de atender a fines de interés general, especialmente a la unificación en la interpretación de la norma material. La función esencial del recurso es asegurar la unidad del ordenamiento jurídico y la aplicación igual del mismo para todos. Y sin embargo las cosas están sucediendo de otra manera. La casación debería ser instrumento jurídico de uso poco normal, dado que con una primera instancia y con un recurso de apelación cabría esperar que los ciudadanos vieran satisfecho su derecho a la tutela judicial. No está sucediendo así y el recurso de casación se está utilizando en la práctica como una instancia más, como una fase casi necesaria en los procesos en los que la ley permite que se llegue al mismo. La existencia de varios miles de recursos de casación al año hacen necesaria una obra como la presente en la que el estudio es eminentemente práctico, aunque sin renunciar a darle el sentí general que la casación tiene. Por otro lado una obra sobre la casación civil debe atender también al recurso extraordinario por infracción procesal. Los dos recursos sólo tienen sentido si se estudian de modo complementario.*

El **NUEVO** Código Penal: Comentarios a la reforma/Director Jesús-María Silva Sánchez; Coordinadora Nuria Pastor Muñoz; [Autores Agustina Sanllehi... et al.]. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2012. 703 p.

*RESEÑA: En diciembre de 2010 entró en vigor la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal. Esa modificación del texto legal no puede ser vista como una simple puesta al día de la norma, pues por el calado de los cambios que introdujo –se vieron afectados más de una cuarta parte de sus artículos– como por el contenido de los mismos –baste, como ejemplo, que se implantó por primera vez en nuestro sistema la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas– bien se puede decir, como afirma el director de la obra en su introducción, que estamos en presencia de un nuevo Código Penal. Como es evi-*

*dente, la misma transcendencia de la norma y el volumen de las transformaciones que ha sufrido crean en el jurista la necesidad de contar con instrumentos que faciliten su comprensión de esa novedad legal, a la vez que le resuelvan las dudas e inseguridades que todo cambio genera.*

**REFORMA** laboral 2012: análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral/Dirección Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina. Valladolid: Lex Nova, 2012. 509 p.

*RESEÑA: El libro Reforma Laboral 2012 realiza un completo y práctico análisis de las importantes modificaciones que el Real Decreto-ley 3/2012 introduce en nuestra legislación laboral, convirtiéndose así en una útil herramienta para desentrañar e interpretar con detalle el significado y alcance de esta amplia reforma. Esta norma introduce cambios de gran importancia en la regulación legal de nuestro mercado de trabajo y modifica de forma relevante las institucionales cardinales de nuestras relaciones laborales. Baste con señalar que se elimina la autorización administrativa para el despido colectivo, que se reduce la indemnización por despido improcedente de 45 a 33 días por año de servicio y, en fin, que se suprimen los salarios de tramitación y el llamado despido exprés.*

**RODRÍGUEZ MORO, Luis.** Tutela penal de la propiedad intelectual/Luis Rodríguez Moro. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. 663 p.

*RESEÑA: Los avances tecnológicos de las últimas décadas han cambiado para siempre las formas de acceso y comercialización de los productos culturales, y contribuido a mudar la percepción social de la propiedad intelectual. Ésta se encuentra en un momento «clave» de adaptación a una realidad en permanente renovación que ha abierto innumerables vías de difusión de la cultura pero también de afectación de los derechos de propiedad intelectual, especialmente a través de Internet. Ello ha repercutido en el ámbito penal. De hecho, algunos grupos o asociaciones de afectados, y las entidades de gestión de tales derechos, han mostrado un gran interés por acudir al Derecho penal para atajar algunas de las más recientes formas de infracción. Se trata, pues, de un momento excelente, y necesario, para efectuar un estudio mo-*

nográfico sobre la tutela penal de dicha institución jurídica, en los albores de esta segunda década del siglo XXI. A ello se enfrenta el presente trabajo que, de modo nuclear, se dedica a efectuar un estudio «integral», analítico y crítico, de los delitos relativos a la propiedad intelectual, los cuales han sufrido el influjo de la reforma del Código penal de 2010, así como de identificar la difusa frontera entre el ilícito civil y penal. Para ello, se parte del análisis de los perfiles y características que la Ley de propiedad intelectual brinda a los derechos de autor, así como de una previa reflexión sobre los fundamentos sobre los que se han diseñado los sistemas normativos de propiedad intelectual, y si estos últimos, así contruidos, siguen siendo los más productivos para tutelar a los autores, la industria y la cultura.

**SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente.** Claves de la Reforma Laboral de 2012 (estudio del Real Decreto-Ley 2/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)/Antonio V. Sempere Navarro, Rodrigo Martín Jiménez. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012. 257 p.

*RESEÑA:* El 12 de febrero de 2012 entró en vigor el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. El Real Decreto-Ley 3/2012 es «de urgencia» pero no improvisado: responde a una lógica bien definida y afecta a instituciones nucleares de las relaciones laborales: modalidades contractuales, movilidad funcional, modificaciones sustanciales, traslados, suspensiones de contratos, reducciones de jornada, extinciones y despidos, control del absentismo, negociación colectiva, papel de la Administración laboral... Lo más llamativo (indemnización por despido improcedente de 33 días) resulta ser casi anecdótico si se repara en elenco de novedades: contrato de fomento para PYMES, posibilidades que se abren a la negociación, fórmulas que flexibilizan los procesos de toma de decisiones en materias capitales: salarios, descuelgues (también en tiempo y sistema de trabajo, funciones, mejoras voluntarias), reformulación de las causas económicas (trimestres de disminución de ingresos), eliminación de la autorización administrativa en los ERES, viabilidad de éstos en el sector público, práctica desaparición de los salarios de tramitación, fortalecimiento de los convenios de empresa, ultraactividad bienal de los convenios, permiso retribuido para la formación,

privatización en intermediación o formación ocupacional, innovaciones procesales concordantes, etc. Este libro pretende ofrecer al lector interesado una primera aproximación al impacto de esta reforma en nuestra legislación laboral, incluyendo criterios y pautas para la comprensión de una norma de enorme trascendencia social y económica.

**TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo.** La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral/Rodrigo Tascón López; prólogo Juan José Fernández Domínguez. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012. 173 p.

*RESEÑA:* Sin ningún género de dudas, los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar constituyen una pieza básica en el entramado actual del Derecho del Trabajo, aportando una contribución trascendental a los objetivos de lograr la plena igualdad entre mujeres y hombres (tratando de alcanzar la plena corresponsabilidad entre sexos en los diferentes ámbitos de la vida) así como de proteger la institución familiar, cuyo valor aparece constitucionalmente reconocido. Ahora bien, los derechos subjetivos valen tanto como los cauces establecidos para tutelarlos y hacerlos valer en caso de inobservancia y, en el caso concreto, la fragilidad con la que algunos de ellos pueden ser disfrutados en la vida práctica hace necesario que tales mecanismos sean contundentes y adecuados. Precisamente al análisis de la modalidad procesal especial contemplada en el art. 139 LRJS, dirigida a tutelar tales derechos de conciliación, se dedica el presente trabajo. Se inicia con una reflexión sobre la formación aluvional de este procedimiento especial, para continuar con un análisis de sus potencialidades actuales a través de las distintas fases del proceso (cognición, recurso y ejecución), analizando todas y cada una de sus singularidades procesales. Un recorrido exhaustivo que no pierde nunca la perspectiva de analizar si esta modalidad especial, en los términos en los que ha quedado finalmente conformada, proporciona una adecuada tutela judicial a los (tan necesitados de ella) derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

**TEROL BECERRA, Manuel José.** Reivindicación autonómica sobre el gobierno desconcentrado del Poder Judicial/Manuel José Terol Becerra. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. 102 p.

*RESEÑA: Para cumplir la tarea que le encomienda la Constitución ¿Precisa el Consejo General del Poder Judicial de reformas?. La pregunta no es impertinente con respecto a una institución viva desde hace más de treinta años y, por consiguiente, sujeta a las demandas mudables de los tiempos. El enunciado de esa cuestión apenas pretende ser una invitación a reflexionar sobre la perfectibilidad del órgano. Pues éste quizá arrastre defectos, en el peor de los casos estructurales o, en el mejor, coyunturales sólo. Acaso no arrastre ninguno. Pero, es obvio que si alguno hay únicamente puede corregirse analizando el quehacer desplegado por el Consejo General del Poder Judicial y sus circunstancias, desde la perspectiva que impone su tratamiento constitucional y sin dejar de preguntarse, además, por las demandas de la presente realidad a su respecto.*

**TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel.** El nuevo proceso laboral: Comentarios a la Ley reguladora de la jurisdicción social/Daniel Toscani Giménez, Manuel Alegre Bueno, Antonio Valenciano Sal. Madrid: El Derecho, 2012. 851 p.

*RESEÑA: La Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 35/2010 establecía el mandato al gobierno para que en el plazo de 6 meses aprobase un Proyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Como resultado de ese mandato se ha dictado la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social. Es este libro se analizan las novedades introducidas por esta Ley y se describe el nuevo proceso laboral tras su entrada en vigor. Por ello se hace un análisis exhaustivo de cada uno de los procedimientos, con particular incidencia en las modificaciones respecto de la anterior regulación. La obra se divide 14 capítulos y a lo largo de los mismos se contempla tanto la nueva regulación del proceso ordinario como la de los procesos especiales. También se incluye la regulación del nuevo proceso monitorio. En todos los casos se hace especial referencia a las novedades introducidas por la nueva regulación. En los siguientes capítulos se analizan los medios de impugnación con especial de referencia a los recursos de suplicación, casación y casación para*

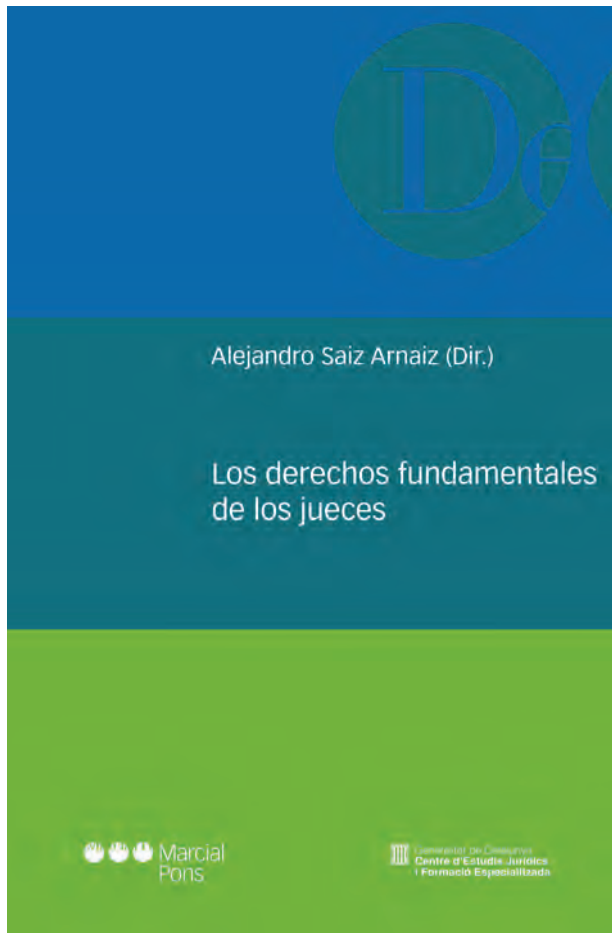
*la unificación de doctrina. El último capítulo del libro está dedicado a la ejecución de las resoluciones. El libro finaliza con un anexo en el que se recogen los formularios más utilizados en el procedimiento social todos ellos adaptados a la nueva Ley 36/2011 y que inciden aún más en el carácter eminentemente práctico que persigue la obra.*

**VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de.** El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas/Rosario de Vicente Martínez. Barcelona: Bosch, 2012. 481 p.

*RESEÑA: La negativa de algunos conductores a someterse a la prueba de alcoholemia dificultaba la persecución de los delitos contra la seguridad del tráfico, toda vez que la imposibilidad de comprobar el grado de impregnación alcohólica obstaculizaba la aportación de uno de los datos más relevantes para determinar si se había conducido un vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Para superar esta situación, que daba lugar a estrategias defensivas inapropiadas, el Código penal de 1995 introdujo una nueva figura delictiva, encaminada a sancionar penalmente la negativa a someterse a dichas pruebas. El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas, constituye una polémica figura penal que ha sido cuestionada principalmente desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, de la presunción de inocencia y del derecho a la defensa. La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, modificó el Código Penal en materia de seguridad vial, suprimiendo la remisión penológica al delito del artículo 556 del Código penal, perfeccionando la técnica legislativa del tipo penal e incorporando al delito la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Junto al comentario inicial de carácter doctrinal, la presente obra incluye una exhaustiva selección de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, debidamente ordenada y sistematizada. Todo ello se completa con un extenso y valioso catálogo de casos prácticos desde los que se extrae la respuesta jurisprudencial a las cuestiones más controvertidas surgidas en la práctica forense y que no siempre han sido resueltas de manera uniforme por la jurisprudencia.*



# los derechos fundamentales de los jueces



EL Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Cataluña presenta un volumen que recoge los trabajos presentados y discutidos en un Seminario celebrado en el referido Centro y cuyo resultado se enmarca en el ámbito de un proyecto de investigación sobre «Estatuto de los Jueces e independencia judicial».

Con una introducción referida a los derechos de los jueces: entre el legislador y la autorregulación, el Catedrático Jean Monet de Derecho Constitucional Alejandro Saiz Arnaiz (en su calidad de Director de este libro

colectivo), pone de relieve que la Constitución excluye expresamente a los integrantes Jueces de los derechos de participación política (sufragio pasivo), de asociación en partidos políticos y de sindicación. Destaca como la LOPJ tiene grandes coincidencias con la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial en la regulación del estatuto de los Jueces, y en la preocupación por procurar su alejamiento de la política, que se puede considerar el denominador común de las prohibiciones relevantes aplicables a los Jueces. Llama la atención sobre la escasa regulación de detalle de los derechos fundamentales de los Jueces y de como, por ello precisamente, proliferan la definición de principios éticos y de códigos de buenas prácticas, expresión de autorregulaciones complementarias de la legislación (Principios de Bangalore, Code of conduct for United States Judges, Ethical principles for Judges de Canadá, Judicial Etichs Report 2009-2010, en Europa, European Charter of the statute for Judges...)

En la imparcialidad judicial y su proyección sobre los deberes (código de conducta) y derechos fundamentales del juez, el profesor de derecho constitucional Rafael Jiménez Asensio estudia en primer lugar, a la imparcialidad judicial en la Constitución de 1978, donde pone de relieve que es llamativo que nada se diga en ella sobre la imparcialidad de los Jueces (si en cambio del Ministerio Fiscal y de los funcionarios), como si se debiera entender embebida en la independencia que tanto se proclama. El paso de los jueces a la política y su regreso, junto con la relación con los medios de comunicación (el juez no debe entrar en debates dialécticos en los medios de comunicación con las partes en el proceso) y el ejercicio de la huelga son cuestiones que afectan a la imparcialidad. En segundo lugar expone la relación entre esta imparcialidad judicial y deberes de los jueces y magistrados, decantándose por la necesidad de que nuestro sistema judicial incorpore de forma definitiva un código de conducta de jueces que incorpore reglas de deontología básicas de la profesión de

juez. Independencia, integridad, imparcialidad, reserva, discreción, diligencia, respeto, competencia profesional y transparencia serían algunos de los contenidos de ese código de conducta, ya recogidos en el Judicial Ethics Report 2009-2010.

Sobre la independencia judicial y los derechos del juez, Perfecto Andrés Ibáñez, Magistrado del Tribunal Supremo, destaca que la independencia judicial es una garantía que sienta las bases de todas las demás que configuran el estatuto del juez. Destaca de ella una vertiente externa (que protege al poder judicial de las interferencias de otros órganos de poder) y la interna (que protege a la jurisdicción de sí misma). Proyección de la vertiente externa de la independencia judicial es la objetividad en el régimen de acceso a la función judicial, así como la inamovilidad y las retribuciones judiciales. En cuanto a la vertiente interna se trata de proteger al juez frente a cualquier modalidad de presión o condicionamiento debidos a la intervención de otros jueces situados en posiciones de poder político-administrativo dentro de la propia organización. Destaca el autor que el respeto a la independencia exige la previsión de mecanismos de garantía, pero también modula y limita el ejercicio de los derechos del propio juez como ciudadano, reseñando de modo especial el ejercicio de la actividad política. También reflexiona sobre la proyección de los medios de comunicación en el trabajo judicial y el fenómeno de las filtraciones, que exige un profundo cambio cultural, siendo un campo en el que el CGPJ debe jugar un papel relevante a través de una labor continuada de relaciones con los medios, con la suscripción de protocolos de buenas prácticas y favoreciendo un ambiente propicio para su desarrollo. Termina diciendo que la independencia es sólo para garantizar la sumisión a la ley, obligando al juez a alejarse (desobedecer, dice) a lo que no sea la ley.

En el apartado relativo al derecho a la libertad ideológica de los jueces, el magistrado Javier Hernández García desarrolla el deber ético de los jueces de tomar en cuenta su ideología, ya que no son simples aplicadores de la norma, pues se ve obligado a utilizar escalas axiológicas, lo que hace que la ideología judicial actúe como una suerte de precondition metodológica en los procesos decisionales, y por ello el juez debe tomar conciencia de sus eventuales prejuicios como un deber ético de primer orden. Por ello sus decisiones no sólo deben transmitir corrección normativa, sino también deben responder a

estándares de transparencia decisional, con lo que facilita la identificación del ethos decisional. Los límites a la libertad ideológica de los jueces deben partir del hecho de que el juez, junto a esa cualidad es también un ciudadano, lo que suscita la pregunta de si es compatible cualquier ideología con la función judicial. Esos límites ofrecen perfiles diferentes cuando se proyectan sobre un proceso en curso (donde tiene, conforme se dice en la Declaración de Londres, una especial exigencia el deber de reserva, sin que pueda entrar en debate ideológico con las partes) o fuera del proceso (donde sostiene el autor que no es constitucionalmente correcto entender que ningún juez puede ser descalificado por razón de su ideología, pues ella puede afectar a la imparcialidad, lesionando el derecho de la parte a un juez imparcial, por lo que la expresión conocida por el juez de una ideología, cuya esfera interna no se puede ni debe controlar por el Estado, no deja de tener efectos en su vertiente externa, a la hora de garantizar el derecho a un juez imparcial. Estudia seguidamente el problema de los límites sustanciales a la libertad ideológica de los jueces, punto en el que reconoce que el Estado no debe intervenir en la conciencia personal, pero que no se puede despreocupar cuando sus actividades ideológicas comprometan de forma nuclear los valores constitucionales, pues el deber de fidelidad a la Constitución exigible a los jueces debe ser más exigente que para otros ciudadanos. Termina con el desarrollo de otro problema de límites: ¿cabe reconocer un derecho a la objeción de conciencia de los jueces? Reconoce la complejidad de la cuestión, que considera no cerrada, pero que es muy relevante para delimitar el lugar de la libertad ideológica en el espacio de ejercicio del poder reconocido a los jueces en el Estado constitucional. Llama la atención sobre la necesidad de que el juez sea prudente para evitar una excesiva intervención pública mediante manifestaciones ideológicas que puedan comprometer su imagen de imparcialidad subjetiva.

La libertad de expresión de jueces y magistrados se estudia por el Catedrático de Filosofía del Derecho Jorge F. Malem Seña desde diversas perspectivas. Así, tras destacar que la libertad de expresión es un derecho fundamental básico en una sociedad democrática, estudia esta cuestión en el ejercicio de la función jurisdiccional, campo en el que considera que el juez no tiene un poder libérrimo, pues su capacidad para resolver está reglada y debe hacerlo conforme a derecho. En el punto relativo a la motivación de las sentencias y la aplicación del derecho considera que en este campo la libertad de expresión no tiene lugar en la jus-

tificación interna, y que el juez debe expresar las razones de por qué resuelve la controversia, pero sin que en este campo deba expresar su especial o personal parecer, pues en este campo la libertad de expresión de jueces no juega papel alguno. En cuanto al juez funcionario, el deber de sigilo o secreto modula su libertad de expresión: no puede filtrar a la prensa partes del proceso y se debe abstener de hacer declaraciones a la prensa como respuesta al ataque de algún medio de comunicación. Termina aludiendo al juez ciudadano donde destaca que debe ser sumamente cuidadoso al emitir juicios con contenido político o sociales controvertidos, y que su libertad de expresión está limitada no sólo por los temas que pueden abordar, sino también por la forma cómo lo hacen. Una reflexión final que hace el autor es que el juez adquiere compromisos morales específicos que le distingue del ciudadano común.

El derecho de asociación de los jueces se desarrolla por el Magistrado Luis Rodríguez Vega, haciendo un resumen del derecho de asociación, destacando la prohibición a jueces y fiscales de militar en partidos políticos y sindicatos, lo que va a llevar a considerar al asociacionismo profesional como una suerte de transacción con esa prohibición. Apartado especial es el de los fines de las asociaciones judiciales, donde tras repasar los que se recogen como tales en los Estatutos de las Asociaciones que cita, indica que se pueden resumir en la defensa de los derechos y libertades constitucionales, en especial garantizar la independencia judicial, la defensa de intereses profesionales de sus miembros, promover su formación y, en general, la realización de cualquier actividad que pueda mejorar la Administración de Justicia. Merece atención la participación institucional de las asociaciones, donde se destaca que la Ley les concede una importante participación en materia de formación de jueces, en la elección de Vocales del CGPJ, en la elaboración de Reglamentos elaborados por el CGPJ, en la defensa de los jueces incurso en expedientes disciplinarios y la negociación del régimen retributivo. Termina este apartado con una llamada a la regeneración de las asociaciones judiciales.

El acceso en condiciones de igualdad a los cargos judiciales se desarrolla por el Magistrado Juan Pedro Quintana Carretero, estudiando en primer lugar el modelo de juez constitucional y el sistema de nombramientos discrecionales para miembros de la carrera judicial. Recoge un detallado estudio de la evolución de la jurisprudencia en torno al sistema de nombramientos discrecionales de cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial, donde merece especial importancia las cuestiones atinentes al

deber de motivación, los límites de la potestad discrecional del Consejo General del Poder Judicial, con desarrollo de algunas especialidades en relación con cada clase de nombramientos discrecionales, en especial los nombramientos discrecionales para proveer plazas jurisdiccionales entre magistrados, nombramientos discrecionales para cargos judiciales directivos o gubernativos, para seguir con la libertad de apreciación reconocida al Consejo (su delimitación positiva) y el valor de la reciente jurisprudencia sobre nombramientos discrecionales. Cierra el capítulo con la mención de un nuevo marco normativo ante la degradación del sistema de nombramientos discrecionales y con las perspectivas de futuro que en este campo se aparecen. En todo caso no puede pasar desapercibida la línea oscilante de la jurisprudencia en este campo.

El punto referido a los jueces y el derecho de huelga se analiza por el Magistrado Antonio García Martínez, con cita precisa de los acontecimientos del 18 de febrero y el 8 de octubre de 2009. Luego sigue con el derecho de huelga, distinguiendo entre legalidad ordinaria y legalidad constitucional (legalidad ordinaria; legalidad constitucional), los posicionamientos doctrinales (la vía del art. 28.1; la vía del art. 28.2; la vía del art. 127), los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (la vía del art. 28.1; la vía del art. 28.2; la vía del art. 127), otras cuestiones pendientes, para terminar con las conclusiones, entre las que destaca que no cabe sostener la existencia de un derecho subjetivo a la huelga axiomáticamente deducible del enunciado jurídico «lo que no está prohibido está permitido», y que sólo cabría afirmar el derecho de los jueces a la huelga identificando la norma que les confiere su titularidad y les permite y garantiza su correspondiente ejercicio.

Cierra el libro el apartado relativo a los derechos, deberes y discreción judicial, elaborado por el Catedrático de Filosofía del Derecho José Juan More, donde destaca que según el Art. 117 de la Constitución los Jueces y tribunales están sometidos únicamente al imperio de la ley. Desde este principio se estudia el problema de determinar en cada caso qué es lo que el Derecho requiere en cada situación, lo que le lleva a citar como posibles respuestas el formalismo, el originalismo, los desacuerdos irrecusables y, lo que denomina doctrina *Julia Roberts* (en la película el *informe pelícano*), conforme a la cual los jueces pueden equivocarse es una tesis aceptada por el Tribunal Supremo.

**Gervasio Martín Martín**  
*Letrado CGPJ*

## Presidencia

### Gonzalo Moliner, nuevo presidente del Poder Judicial y del Supremo.

El Magistrado, que presidía la Sala Social del Supremo, ha sido elegido con 12 votos a favor, 5 en contra y 3 en blanco.

Gonzalo Moliner es juez de oposición desde hace 43 años y miembro de la Asociación Jueces para la Democracia desde hace 29 años. Antes de eso, formó parte de la asociación entonces clandestina Justicia Democrática, fundada en los 70 y creada con el objetivo de democratizar las estructuras de la Administración de Justicia. Su poder de conciliación y su capacidad de trabajo son los rasgos que más han destacado sus compañeros.



### Observatorio de Violencia doméstica y de género

Entre las actividades realizadas por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género en el segundo trimestre del 2012 destacamos:

El 2 de julio de 2012 se celebró una reunión con todas las instituciones que componen este año el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, en ella el Ministerio de Justicia dio cuenta sobre las aplicaciones informáticas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para la valoración del riesgo de víctimas de violencia

de género, también la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género dio cuenta del estado de las negociaciones para la ampliación del convenio de aplicación de dispositivos electrónicos a penas de alejamiento con Instituciones Penitenciarias y finalmente el CGPJ explicó los trabajos realizados en relación a la agrupación de partidos judiciales.

En esa reunión se decidió otorgar el Premio a la labor más destacada en la erradicación de la violencia doméstica y de género-2012 al Consejo de Europa por haber conseguido el Primer Convenio vinculante, que se ha abierto a la firma de los países miembros (firmado ya por 21 países y ratificado por uno de ellos), Convenio de Estambul (n.º 210), de 11 de mayo de 2011, sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, y a la Fundación Ana Bella, como organización sin ánimo de lucro, formada por mujeres que han superado la violencia de género en positivo, que pretende visibilizar y prestar apoyo integral de forma eficaz a mujeres en riesgo de exclusión.

Con la finalidad de fomentar la aplicación del Protocolo de Valoración Médico-Forense Urgente del Riesgo de Violencia de Género se instó a todos los TSJs a difundir el mencionado protocolo, que pretende atender a la inmediatez procesal en la que se enmarcan los temas relativos a la violencia de género. Se insta a que los jueces/zas soliciten del médico forense una valoración urgente del riesgo para las víctimas, complementaria de la realizada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para facilitar la decisión sobre las medidas cautelares y de protección a adoptar en cada caso.

El Observatorio da importancia al intercambio de experiencias con otros países e instituciones, por ello la presidenta del Observatorio participó los días 6 y 7 de junio en el Simposio Internacional «Combating violence against Women» con la ponencia «Violence Against Women in Spain», celebrado en Estambul y organizado por la Justice Academy of Turkey Human Rights Center, Ministry of Justice, Council of Europe and High Council of Judges and Prosecutors.

Asimismo se mantuvo una videoconferencia con representantes del Servicio Nacional de la Mujer y Jueces/zas de Familia de Chile sobre la experiencia del Observatorio

en España y Carles Cruz mantuvo una reunión con representantes del Institut Català de les Dones. Además han impartido ponencias en el marco de los cursos de verano u otras actividades, Carles Cruz impartió una conferencia sobre violencia de género dentro del Master OEAIS e Inmaculada Montalbán intervino en el Curso de Verano de la Universidad Complutense sobre «Profesionales que participan en la lucha contra la violencia de género».



Representantes de las instituciones que componen este año el Observatorio

## Comisión de Igualdad

La Comisión de Igualdad ha seguido elaborando los informes de impacto de género a las propuestas de nombramientos para cargos discrecionales, informes a recursos, etc. En este trimestre destacamos la elaboración del informe de impacto de género a los presupuestos del CGPJ para el 2013 y al Plan Estatal de Formación Continua. Se ha recabado información de todos los servicios del Consejo para la elaboración del Plan de Igualdad para la Carrera Judicial y se ha iniciado el estudio que se elabora en el marco del convenio de la Generalitat de Catalunya, el Foro de Igualdad, sobre «Lucha contra la discriminación: Los diferentes tipos de acoso laboral. Análisis de Sentencias».

Por otro lado, se han elaborado dos informes a sendos recursos de alzada presentados contra un acuerdo denegatorio de petición de licencia de 15 días por inscripción en el Registro Autonómico de Parejas de Hecho y contra un acuerdo también denegatorio de licencia por asuntos propios sin retribución para atender personalmente a un hijo.

## Mediación

La Vocal asistió el pasado 26 de abril a la reunión constitutiva del «Punto Neutro para la promoción de

la Mediación Civil y Mercantil» que pretende crear un foro de debate y reflexión entre las profesiones jurídicas que están involucradas en el desarrollo de la Mediación en España. El acto fue organizado por GEMME y tuvo lugar en la sede del Consejo General del Notariado en Madrid.

En el marco de las actividades de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, los días 7 a 9 de mayo se celebraron en la sede de Trafalgar, las Jornadas «Instrumentos prácticos de ayuda a la jurisdicción para una mejora del Servicio Público de la Justicia: Mediación; argumentación jurídica y lenguaje jurídicos; ética y deontología profesional; y gestión del tiempo» que contaron con la participación de Margarita Uría, en la Mesa redonda «Sistemas de Mediación.»

Los Vocales Margarita Uría y Antonio Dorado se trasladaron a Pamplona el pasado 23 de mayo para asistir a un Encuentro de trabajo con el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y la Presidenta de la Audiencia Provincial de Pamplona, con el fin de impulsar la Mediación en esta Comunidad Foral.

La Comisión de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña organizó en su sede, el día 25 de mayo, una Jornada Informativa sobre Mediación que fue presentada por la Vocal Margarita Uría y el Decano del Colegio.

Los Vocales Delegados para la Mediación y los Vocales Territoriales de Castilla y León asistieron el pasado 30 de mayo al acto de presentación del nuevo proyecto para la implantación de la Mediación Familiar en Palencia, fruto del Convenio suscrito por el Ilustre. El Ayuntamiento de Palencia y la Asociación PROMEDIA.

Los días 4 y 5 de junio la Escuela Judicial de Barcelona organizó el Seminario «La Mediación en el ámbito Penal», dirigido a los Jueces en Prácticas de la 63ª Promoción, cuya inauguración estuvo a cargo de la Vocal Margarita Uría.

Deusto Forum ha organizado en la Universidad de Deusto en Bilbao los días 7 y 8 de junio, el Encuentro/Seminario «Justicia para la convivencia. Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos

de terrorismo» al que asistió la Vocal Margarita Uría. El seminario tuvo por objeto reflexionar, profundizar y debatir sobre este tema, tras el anuncio de ETA de suspender definitivamente su actividad terrorista.

El Colegio de Abogados de Barcelona presenta su Centro de Mediación, CEMICAB, en un acto que tuvo lugar el 12 de junio en Barcelona, donde pudieron visitarse sus instalaciones y se dio a conocer su funcionamiento a los Jueces y Magistrados de los órdenes civil y familiar de Barcelona, contando con la presencia de la Vocal Delegada para la Mediación.

La celebración del Curso «Doctrina Judicial Audiencias Castilla-La Mancha. Mediación y Lenguaje» dentro del Convenio de Formación del CGPJ con Castilla-La Mancha, tuvo lugar en la Residencia Universitaria Santa María de la Cabeza de Toledo los días 12 a 14 de junio. Entre los objetivos del curso cabe destacar el examen de la problemática de la mediación entre partes, como medio de evitación del proceso judicial. La Vocal participó con la conferencia: La Mediación: nueva regulación y perspectivas de futuro.

## Relaciones Internacionales

### Cumbre Judicial Iberoamericana

En abril de 2012 se celebró en la Ciudad de Buenos Aires la Asamblea Plenaria de la XVI edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Debido a los recientes acontecimientos acaecidos en Argentina, la representación española no concurrió a dicha Asamblea. La próxima Asamblea General, correspondiente a la XVII edición y que se celebrará en el año 2014 será en la ciudad de Santiago de Chile.

La primera reunión preparatoria de esta XVII edición tendrá lugar en Méjico, en la ciudad de Guadalajara los días 24 a 26 de septiembre de 2012.

### Consejo Judicial Centroamericano, de la República Dominicana y Puerto Rico

Los días 26 y 27 de junio de 2012, se celebró en la ciudad de Antigua (Guatemala) la reunión del Consejo Ju-

dicial Centroamericano, de la República Dominicana y Puerto Rico. A esta reunión fue invitada, como observador, la Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana ostentada por el CGPJ.

### Red Europea de Consejos del Poder Judicial

La Asamblea General de la Red Europea de Consejos del Poder Judicial se celebró en Dublín, capital de Irlanda, entre los días 9 a 11 de mayo de 2012. Durante la Asamblea General se procedió a la elección del nuevo Presidente de la Red, cuyo mandato se iniciará el día 1 de enero de 2013, resultando elegido el magistrado irlandés Paul Gilligan, miembro del Comité Directivo del Servicio de Tribunales (Courts Service) de Irlanda. También fueron designados los miembros del Comité Directivo de la Red, para el que resultaron elegidos, además del Consejo General del Poder Judicial de España, los Consejos Judiciales de Bélgica, Italia, Inglaterra y Gales, Lituania, Polonia, Países Bajos y Rumanía. En el curso de la Asamblea General fue aprobada la «Declaración de Dublín», en la que se recogen las recomendaciones contenidas en el informe final del Grupo de Trabajo «Estándares Judiciales Mínimos II», coordinado por el vocal del CGPJ Antonio Monserrat Quintana.

### Eurosocial II

Finalmente en el mes de junio de 2012 se empezó a ejecutar el proyecto relativo a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MASC), que es ejecutado conjuntamente por el CGPJ y la COMJIB. Se prevé que durante los meses de julio y agosto los expertos designados por ambas instituciones tengan diversas reuniones en Latinoamérica y puedan levantar un diagnóstico del estado actual de los MASC y preparar unas propuestas de planes nacionales de acción que serán validados en un taller a celebrar en el otoño próximo.

### Hermanamientos

En mayo de 2012 y una vez concluida la elaboración del contrato, comenzó a ejecutarse el 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», para lo cual se desplazó a Zagreb el magistrado Ignacio Pando, quien como «Resident Twinning Advisor» residirá en la capital croata durante los próximos meses. Este proyecto viene liderado por el CGPJ y participan en calidad de socios juniors Italia y Finlandia. En julio tuvo lugar en Zagreb la ceremonia de inauguración y se empezaron las actividades.

## REJUE-REDUE

Tras la finalización del proceso de la renovación de los integrantes de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea (REDUE) tuvo lugar una reunión de trabajo de los nuevos miembros de la REDUE el día 6 de Junio de 2012 en la sede del Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial. Está previsto que el VI Encuentro Anual de la REDUE y el XII Encuentro Anual de la Red Judicial Española (REJUE) se celebren en la semana del 15 al 19 de octubre de 2012 en la Región de Murcia.

## Auxilio Judicial

Se ha continuado desarrollando en este ámbito una intensa actividad, en la que el Servicio de Relaciones Internacionales, con el apoyo y colaboración de la Red Judicial Española, auxilia a los Tribunales en la tramitación de las solicitudes de cooperación judicial internacional, tanto activas como pasivas, debiendo diferenciarse entre el ámbito civil y penal.

Auxilio judicial civil. Los Letrados del Servicio de Relaciones Internacionales, en tanto que puntos de contacto de la Red Judicial Europea en materia Penal, Civil y Mercantil, vienen desarrollando su tarea de asesoramiento a las autoridades judiciales nacionales sobre la aplicación de los instrumentos comunitarios y a los puntos de contacto de los Estados miembros de la UE sobre el derecho interno español y la tramitación de las solicitudes recibidas de auxilio judicial. Destaca también en este ámbito asimismo la colaboración con los países integrantes

de Iberred, con un flujo constante de solicitudes de colaboración, y aprovechando el uso de la plataforma Iber@.

Los puntos de contacto del CGPJ en la Red Judicial Europea Penal y en la Red Judicial Europea Civil y Mercantil han participado en las correspondientes reuniones de corresponsales nacionales organizadas por ambas redes

## Programa EUROMED III

Se trata de un Programa de la Unión Europea cuyo objetivo es fortalecer los poderes judiciales en países del arco mediterráneo, como Argelia, Egipto, Israel, Jordania, Líbano, Marruecos, Siria, territorios palestinos ocupados y Túnez.

Durante el año 2012 se han venido desarrollando actividades relativas al acceso a la justicia y asistencia jurídica, resolución de conflictos familiares transfronterizos, derecho penal y derecho penitenciario, centros de formación judicial y actividades transversales.

## Proyecto Marca de España

El Servicio de Relaciones Internacionales está participando en este proyecto que desde el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación trata de promover en el exterior la imagen de nuestro país, resaltando los potenciales que puedan traducirse en su expansión económica. El Consejo General del Poder Judicial va utilizar la plataforma del proyecto para difundir los proyectos en que está trabajando para la mejora del servicio de la Justicia.

## Relaciones Institucionales

El servicio de Relaciones Internacionales ha continuado desarrollando su actividad en este ámbito pudiendo destacarse: La visita de una delegación del Consejo Superior de Justicia del Principado de Andorra, para profundizar en el conocimiento de la estructura judicial española, y de los avances en materia de oficina judicial y expediente digital.

## Calificación

### Comparecencias

El 12 de junio de 2012, tuvo lugar la entrevista del único aspirante a la Presidencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

El 12 de junio de 2012, tuvo lugar la entrevista del único aspirante a la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

### Nombramientos

#### Pleno del día 28 de junio de 2012

- Julio Arenere Bayo, Presidente de la Audiencia Provincial de Zaragoza.
- Daniel Ruiz Ballesteros, Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.
- Juan Manuel Abril Campoy, Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, correspondiente al turno de juristas de reconocido prestigio.

## Unidad de Atención Ciudadana

Además de la tramitación de los expedientes de queja, reclamaciones y sugerencias remitidas al Consejo General del Poder Judicial y la atención diaria de las peticiones de información general y particular formuladas por los ciudadanos/as, la Unidad de Atención Ciudadana desarrollará durante el próximo trimestre las siguientes actividades:

- Participación en las labores de formación de los alumnos de la Escuela Judicial (64.ª promoción de Jueces, turno libre).
- Actividades de formación en materia de «Atención al Ciudadano y Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia» en el ámbito del Convenio suscrito entre el Centro de Estudios Jurídicos/Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial. Curso a Fiscales de la 52.ª promoción; Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa (promoción interna y turno li-

bre); 38.ª promoción de Secretarios Judiciales (turno libre); Cuerpo de tramitación procesal (turno libre).

- Colaboración con el Servicio de Estudios e Informes y con otros órganos técnicos del Consejo en el perfeccionamiento y, en caso de aprobación, futura implantación del Proyecto de modificación del Reglamento de Quejas.
- Adaptación de la mecánica de trabajo de la Unidad de Atención Ciudadana a la nueva Demarcación y Planta Judicial, en función del desarrollo de dicho proyecto.
- Elaboración de folletos informativos y guías ciudadanas relativos a las futuras modificaciones legislativas anunciadas por el Ejecutivo (reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley de Mediación, etc.).
- Colaboración con el Servicio de Relaciones Internacionales en la atención a las delegaciones extranjeras que visiten las sedes del Consejo General del Poder Judicial.

## Escuela Judicial

### Formación

#### Jornadas

- Instrumentos prácticos de ayuda a la jurisdicción para una mejora del Servicio Público de la Justicia: Mediación; argumentación jurídica y lenguaje jurídicos; ética y deontología profesional; y gestión del tiempo (7 a 9 de mayo, 11 a 14 de junio y 25 a 27 de junio).
- Unificación de criterios entre Audiencias Provinciales y Juzgados con competencia en Violencia sobre la Mujer (11 a 13 de abril).

#### Cursos

- Introducción a la prevención de riesgos laborales de la Carrera Judicial (17 y 18 de abril).

#### Encuentros

- Encuentro de Magistrados/as de la Sala IV del Tribunal Supremo con Presidentes/as de las Salas de



lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional (21 a 23 de mayo).

- Encuentro de la Sala Tercera del Tribunal Supremo con Presidentes/as de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional (21 a 23 de mayo).

### Estancias en instituciones públicas y privadas

- Tribunal Económico Administrativo Central y Agencia Tributaria (28 de mayo a 1 de junio).
- Mercado de valores (4 a 8 de junio).
- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea e Instituciones Comunitarias y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (11 a 15 de junio).
- Policía Científica (18 a 22 de junio).

### Foro permanente de estudios judiciales europeos

En colaboración con el Gobierno de Murcia y Caja Murcia:

- XIV Seminarios de estudio comparado de sistemas judiciales a través del lenguaje jurídico francés e inglés –Civil y Penal– (28 de mayo a 1 de junio).

### Foro de formación y estudios medioambientales del Poder Judicial

- Contaminación acústica y lumínica. Vertidos en el domino público hidráulico (18 y 19 de junio), en colaboración con la Junta de Andalucía.

### Foro de estudios sobre inmigración

- La trata de seres humanos (9 a 11 de mayo), en colaboración con el Gobierno de Canarias.

### Foro Justicia y Discapacidad

- Discapacidad y autonomía de voluntad (18 a 20 de abril), en colaboración con el Ministerio de

Justicia, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la Fiscalía General del Estado, el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo General de Procuradores de España, el Consejo General del Notariado, el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España y el Consejo General de Graduados Sociales de España.

### Otras instituciones y organismos colaboradores.

- XI Curso de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa – En colaboración con el Gobierno de Cantabria (3 a 4 de mayo).
- Encuentro entre Profesionales de la Judicatura y de la Medicina. Hospital del Niño Jesús (21 a 25 de mayo).
- Economía, Unión Económica y Monetaria y Sistema Monetario – En colaboración con CECO (23 a 25 de mayo).
- Congreso Tributario – En colaboración con la Asociación Española de Asesores Fiscales (23 a 25 de mayo).
- La reforma del sistema de relaciones laborales, en colaboración con la Universidad de Castilla-La Mancha (14 a 15 de junio).

## Centro de documentación judicial

### Elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas, aprobadas por el Pleno, para las contrataciones públicas siguientes:

- Servicios de formación en el contenido y asesoramiento en el manejo de las aplicaciones de la página web del CGPJ y del Fondo Documental.
- Servicio de datos en movilidad para los miembros de la Carrera Judicial.
- Suministro de libros jurídicos para las tres bibliotecas del Consejo General del Poder Judicial y para las bibliotecas judiciales.

## Mejoras en el Fondo Documental:

### Visualización de las resoluciones judiciales con imágenes incrustadas

Se ha implementado la posibilidad de visualizar no solo el texto de las resoluciones judiciales, sino también las imágenes incrustadas en las mismas.

### Incorporación de las sentencias de Tribunales Europeos que se publican en EUR-LEX, web oficial de la Unión Europea

Se ha incorporado al Fondo Documental CENDOJ las sentencias de los Tribunales Europeos, convirtiéndolas a un formato homogéneo e idéntico al resto de las sentencias de los Tribunales Españoles, para que puedan ser vistas y localizadas de igual forma.

### Incorporación de las publicaciones electrónicas del CGPJ al Fondo Documental CENDOJ

Implementación del nuevo tratamiento dado a las publicaciones electrónicas del CGPJ en el Fondo Documental Cendoj para jueces y magistrados, permitiendo, entre otras funcionalidades, no solo el

acceso a las ponencias sino a la publicación completa y su descarga en un formato de libro electrónico EPUB.

### Nuevo formato XML para la jurisprudencia

Actualización del formato actual XML de la jurisprudencia a un nuevo formato, que hace posible, entre otras utilidades, unir las sentencias relacionadas indicando el tipo de relación, doble idioma, voces localizadas en el tratamiento que permiten una clasificación de las mismas, y marcado de vínculos de jurisprudencia y legislación.

### Reunión del grupo de expertos en el ECLI (Identificador único de jurisprudencia europea) y el portal ejustice de la comisión europea

El 15 de junio tuvo lugar la tercera reunión del grupo de expertos de la Unión Europea en ECLI, con la participación de la Dirección del CENDOJ, para dar cuenta de los avances llevados a cabo en la incorporación a sus bases de datos de los requerimientos técnicos necesarios para la puesta en marcha y lanzamiento en sus bases de datos del identificador europeo de acceso a la jurisprudencia (ECLI) que permitirá acceder a través del Portal de la UE a la jurisprudencia de todos los Estados miembros.





## En el próximo número:

- Entrevista al Presidente del Consejo de Estado, D. José Manuel Romay Beccaría.
- Tribuna: Viviane Reding, Vicepresidenta de la Comisión Europea, Sector Justicia.
- Reportaje: XVI Cumbre Judicial Iberoamericana.
- Foro de Opinión: «Límites y alcance del autogobierno del Poder Judicial».