



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL

RPIJ

REVISTA DEL PODER JUDICIAL

NÚMERO
90 QUINTA
ÉPOCA

AÑO **2011**



© 1986 by Consejo General del Poder Judicial

Editor: Consejo General del Poder Judicial

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

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

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

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

revistapj@cgpj.es

ISSN: 1139-2819

Depósito Legal: M-12.338-1990

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

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

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

Sumario

1	Editorial	2
2	Tribuna	4
3	Entrevista	18
4	Reportaje	22
5	Foro de opinión	33
6	Comentarios jurisprudenciales	40
7	Resumen de noticias	72
8	Bibliografía	77
9	Agenda	88

una nueva etapa



Carlos Dívar, Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo

La Revista del Poder Judicial, comenzó su andadura allá por el año 1981, bajo el mandato del primer Consejo del Poder Judicial. En el editorial de su primer ejemplar, Gonzalo Casado Herce, Director de la revista, portavoz y vocal de ese Consejo, hizo su presentación en sociedad. Declaraba que su justificación era *servir de instrumento vivo de comunicación interna de los estamentos y sectores del poder judicial, y entre estos y su órgano de gobierno autónomo, que es el Consejo General*, como ca-

talizador de las reflexiones modernizadoras de la Justicia. Se hacía eco además de un anhelo sensible a la sociedad española, el de una justicia ágil, eficaz y moderna.

Desde la constitución del primer Consejo del Poder Judicial se ha recorrido un gran camino en pos de la cumplida respuesta a aquella demanda de la sociedad. Se ha procedido a adaptar la estructura territorial del Poder Judicial al nuevo diseño del Estado de las Autonomías, lo que culminó con la puesta en funcionamiento de los Tribunales Superiores de Justicia, tras la promulgación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, de diciembre de 1988, que regula la estructura y funcionamiento de los 17 Tribunales Superiores de Justicia existentes.

La propia Ley de Demarcación y Planta Judicial, supuso un hito fundamental de la adaptación de la Justicia española a los requerimientos de una sociedad moderna y democrática, al acomodar la demarcación de los órganos judiciales a las necesidades reales y mejorar sensiblemente la ratio Juez por número de habitantes.

Muchas cosas se han hecho, efectivamente, desde la primera edición de la Revista del Poder Judicial, y ello sin duda por haberse empapado los estamentos de la Justicia del espíritu que la animaba

Siguieron las reformas de las leyes procesales, para agilizar el procedimiento, suprimiendo trámites inútiles y dando cada vez una participación mayor a los secretaríos judiciales.

Nuestro reto, el de este Consejo que me honro en presidir, es el de afrontar la gran carga de trabajo que pesa

sobre los órganos judiciales, y que canaliza la Comisión de la Modernización. No me he arredrado por ello en afirmar que es la hora de la Justicia, pues ya no basta con una Justicia moderna, con una Justicia sensible a las necesidades de una sociedad democrática, se necesita una Justicia que dé respuesta en un plazo razonable, sin merma por ello de la calidad de las resoluciones. Contamos para ello con el compromiso decidido del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Se ha comenzado por la puesta en funcionamiento de la nueva oficina judicial, tras acometer las reformas legislativas procedentes, para tratar de obtener el máximo rendimiento de los medios destinados a hacer discurrir el procedimiento por todos sus trámites. Se trata de compartir estos medios, materiales y personales, para que, más allá de su asignación a unos juzgados o tribunales determinados, estén al servicio de la Justicia. Además, y esto es fundamental, el órgano judicial se va a dedicar de forma principal a lo que es su función esencial, juzgar.

Se está trabajando en la implantación del expediente digital, novedad que se

puede calificar de revolucionaria, pues va a modificar radicalmente el aspecto de nuestras sedes judiciales. Se tiende con ella a la inmediatez en las comunicaciones entre los que intervienen en el proceso y a facilitar el trabajo de los Jueces que, a través del monitor de su ordenador, van a tener un acceso más sencillo a los expedientes.

Son variados los proyectos en trámite para tratar de descargar de trabajo a la Justicia, como los que buscan incentivar los medios alternativos para la solución de los conflictos, como la mediación, o los que profundizan en la agilización de los trámites procesales, con el objetivo de optimizar el nivel de respuesta de los jueces.

Muchas cosas se han hecho, efectivamente, desde la primera edición de la Revista del Poder Judicial, y ello sin duda por haberse empapado los estamentos de la Justicia del espíritu que la animaba. Sigue vivo y necesario, porque queda todavía mucho camino por recorrer y las aportaciones que se puedan realizar a través de este medio serán un aporte muy importante para poder avanzar paso a paso.

Desde la constitución del primer Consejo del Poder Judicial se ha recorrido un gran camino en pos de la cumplida respuesta a aquella demanda de la sociedad



el diálogo de los tribunales

Juan Antonio Xiol Ríos

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo



rencias son la lógica formal y el imperio de la ley, con arreglo a las cuales: (i) las decisiones judiciales se adoptan elaborando conclusiones mediante la aplicación de reglas de inferencia basadas en la lógica abstracta; y (ii) todo razonamiento jurídico parte por principio de una premisa concluyente: la ley.

Estos dos elementos han entrado en crisis.

(i) Por una parte, la lógica formal como instrumento exclusivo para la elaboración de conclusiones jurídicas ha sido rebasada en muchos aspectos.

En la segunda mitad del siglo pasado se pone de manifiesto el interés por un concepto más amplio de argumentación jurídica como método apto para resolver los problemas que había abordado tradicionalmente la lógica formal (así opina Alexy). Este nuevo método se separa sustancialmente de ella. Se admite una nueva estructura del razonamiento jurídico mediante la aplicación de la lógica matemática (Klug, 1951); la construcción de la lógica deóntica (Von Wright); la tópica (Viehweg, Levi); la nueva retórica (Perelman) y la lógica operativa o informal. Esta última (patrocinada por Toulmin, recientemente fallecido) puede considerarse como una doctrina bien representativa de nuestra época, por cuanto es una de las que mejor ponen de manifiesto que el enfoque argumentativo del Derecho es el que viene exigido por una actitud pragmática acorde con la realidad de nuestros tiempos.

A finales de los años 60 el ciclo se cierra con la formulación de la teoría estándar de la argumentación jurídica (Vróbiewski, Alexy, MacCormick, Peczenic, Aarnio).

En todas estas concepciones el razonamiento formal por subsunción mediante la técnica del silogismo (*modus ponens*: puesta la premisa se obtiene la consecuencia) se complica con elementos dialécticos que admiten la elaboración de premisas y la obtención de conclusiones mediante el diálogo fundado

1. Primer espacio de diálogo: la sentencia judicial, hoy

En los albores del siglo XXI el jurista siente la tentación de afirmar que ser juez hoy es más difícil que en otras épocas. ¿Es esto cierto?

En favor de una respuesta positiva puede aducirse que las dos grandes referencias en las que el Estado liberal depositó su confianza para el ejercicio de la función judicial han entrado en crisis. Estas dos grandes refe-

en la discusión racional, que parte del compromiso y tiene como fin el consenso. El razonamiento por subsunción queda reducido a un papel auxiliar, y se conciben como formas adecuadas de razonamiento la inducción, la comparación, la adecuación y la ponderación.

En suma, a partir de este momento, capital en la historia del Derecho, la doctrina coincide en subrayar la crisis de la lógica formal como instrumento único de elaboración del Derecho y solo le atribuye un papel secundario en el marco de un proceso de argumentación dialéctica mucho más complejo, encaminado a la justificación de la decisión judicial (contexto de justificación). Paralelamente, se tiende a atribuir relevancia a factores extrasistemáticos ligados a una fase previa de descubrimiento por el juez de las premisas aplicables, influido por factores psicológicos, sociológicos y políticos (contexto de descubrimiento).

Esto explica una de las razones de una situación de perplejidad en que se encuentra el juez en la actualidad, derivada de la tensión entre estos dos contextos. Según se dé mayor importancia a uno o a otro, la función del juez se concibe de manera distinta. Como dice Hart, resumiendo la situación de la teoría del Derecho norteamericana, esta se halla entre la «pesadilla» de los realistas extremos, que sostienen la indeterminación del Derecho, y el «noble sueño» de quienes, como Dworkin, a su juicio sobreestiman el papel de la razón práctica y la capacidad para suministrar soluciones correctas para todos los casos difíciles.

Si nos inclinamos hacia la vertiente optimista, la del «noble sueño» de Dworkin, aceptaremos –como primera consecuencia relevante de esta evolución del pensamiento jurídico– la importancia del diálogo como instrumento apto para hacer frente a la perplejidad del jurista actual. Las propuestas de las llamadas lógicas alternativas reflejan la necesidad en que se halla la teoría jurídica de superar los postulados de la lógica formal, que son por sí mismos manifiestamente insuficientes no solo para abarcar la racionalidad del Derecho, sino también, como dice Alchourrón, para abarcar el lenguaje natural.

Las teorías de la argumentación responden, en este contexto, a una concepción dialéctica del Derecho, es decir, al llamamiento a una actitud que reconoce la im-

portancia del diálogo entre los agentes jurídicos como instrumento de trabajo útil para el juez.

(ii) Por otra parte, la ley ha sufrido transformaciones sustanciales.

Se ha hecho realidad la llamada motorización legislativa (anunciada por Jellinek), que implica no solamente una masificación de la ley, sino también un cambio radical, en ocasiones, de su papel. La ley puede aspirar a sustituir al reglamento. Otras veces se buscan regulaciones particularizadas, al margen de la generalidad imperativa, que era considerada por los clásicos como una característica esencial de la ley. La ley intenta asumir el papel de un acto administrativo concreto, de una norma de planificación que incumbe al Poder ejecutivo o de una sentencia que corresponde al Poder judicial.

No siempre la norma persigue realmente la transformación de la realidad, antes que legitimar una determinada política o contribuir a crear una apariencia de que se está resolviendo un problema. Puede ocurrir que la norma se presente como una mera directriz o regla de fin, cuyo cumplimiento se confía en gran parte a los tribunales: son normas deliberadamente ambiguas o genéricas, producto del compromiso o consenso, para deferir la decisión de las cuestiones a un marco institucional que se espera aceptable para las fuerzas políticas intervinientes. Razones pragmáticas, especialmente de tipo económico, determinan que los juristas tengan tendencia a concebir las reglas de fin con un papel secundario y subordinado a los principios.

La relación entre las normas jurídicas, que se concebía como fundada en el principio de jerarquía, propio de un sistema de fuentes cerrado, se rige ahora por principios más complejos, como el de competencia, que ponen en cuestión el carácter absoluto de la ley. Esto es consecuencia de que la fuente del Derecho ya no es únicamente la soberanía popular manifestada en las instituciones del Estado, sino diversas fuerzas sociales pertenecientes al mundo de la vida, o diversos grupos pertenecientes al mundo de los sistemas, organizados territorial o institucionalmente por encima y por debajo del Estado, lo que obliga a complejas reglas de articulación entre los distintos ordenamientos jurídicos y determina que la concurrencia de normas y seudo-normas sea hoy un panorama habitual para el juez.

Sin extremar las cosas (aunque, hay que reconocerlo, sin poder evitar el irritar a los juristas jacobinos) puede afirmarse que «no existen garantías jurídico-técnicas, metodológicas o institucionales para la vinculación del juez a la ley» y que esta vinculación es un «petrificado mito» (Dieter Simon). Paradójica situación para quienes cifran su independencia, que constituye su razón de ser como jueces, en el abstracto imperio de la ley.

La crisis de la lógica formal como instrumento exclusivo, y de la ley como premisa concluyente (excluyente, según Raz, perentoria, según Hart, o atrincherada, según Schauer), puede ser vista como una rebelión del Derecho contra el confinamiento, relativamente cómodo, en un mundo abstracto al que durante un largo periodo histórico se vio relegado. La situación resultante obliga al intérprete a seguir técnicas, apoyadas en principios, de ponderación de diversas normas, ninguna de ellas exactamente aplicable al caso controvertido, cuando no contradictorias o simplemente incomprensibles. Frecuentemente es la propia fuerza de la realidad social la que, interactuando con el Derecho, condiciona unas soluciones de contenido fuertemente creativo inexplicables como simples deducciones de una proposición escrita y en las que en gran medida están presentes las valoraciones más o menos subjetivas del juez. He aquí una segunda razón para la perplejidad.

En este complicado marco normativo las referencias dialógicas, obtenidas en el ámbito del proceso y de la cultura jurídica de la comunidad, son las únicas que permiten al juez obtener un sistema de referencias aceptable para alejar el fantasma de la arbitrariedad.

Hay que sustituir, pues, los viejos enfoques lógico-formales por referencias dialécticas mucho más movibles y complicadas, la soledad del gabinete por el diálogo del foro, el adanismo del ponente por el esfuerzo de la discusión en el tribunal colegiado.

Podríamos decir que, efectivamente, ser juez hoy es más difícil que en otras épocas. Pero es precisamente en el «noble sueño» de Dworkin donde podemos encontrar argumentos en sentido contrario. En Dworkin el juez es una persona fuerte, Hércules, capaz de hacer frente a los deseos coyunturales de la sociedad política en aras de los principios que conforman el sistema jurídico que la sociedad se ha impuesto a sí misma. Esto supone aceptar el sistema jurídico como una realidad

capaz de orientar la organización social con arreglo a criterios de integridad y coherencia. La sociedad tiene obligaciones de imparcialidad hacia sus miembros y los funcionarios judiciales (no en el sentido de burócratas, sino de servidores públicos) deben hacer efectiva esta imparcialidad mediante la defensa de aquellos principios, los cuales, como cartas de triunfo, prevalecen, por su mayor valor –cuando son incompatibles con ellos–, sobre los objetivos políticos, sociales o económicos que tratan de conseguir los poderes políticos o sociales.

¿Acaso no reconocemos en esta descripción la dificultad inherente a la función judicial en cualquier tiempo? ¿No es esta la fortaleza del juez en la que, según la leyenda (que nunca fue realidad), confiaba el molinero a quien Federico II el Grande amenazaba con apoderarse de su molino, cuando arguyó *«gewiß, Euer Majestät, das könnten Euer Majestät wohl tun, wenn es –mit Verlaub gesagt– nicht das Kammergericht in Berlin gäbe»* (ciertamente, Majestad, eso podría hacerlo perfectamente Vuestra Majestad si, dicho sea con permiso, no existiese el Tribunal de Cámara de Berlín)?

Quizá, pues, decir que la función judicial es hoy más difícil no es sino una forma de provocar la reflexión sobre las notables dificultades que el juez afronta en nuestra época, distintas, pero no necesariamente más graves, que las que tuvo que afrontar en otras. E invitar a encontrar nuevas soluciones. Creo que una de ellas, la que aquí propongo, radica en reconocer espacios de diálogo. El primero de ellos, como se ha visto, es el que brinda la argumentación jurídica como método para adoptar decisiones.

2. Segundo espacio de diálogo: la formación de la jurisprudencia

La superación de la lógica formal por una concepción argumentativa del Derecho supone reconocer una segunda dimensión dialógica en el valor colectivo de las decisiones judiciales, centrada convencionalmente en el concepto de jurisprudencia.

Muchos estudiosos de la argumentación jurídica encuentran en la jurisprudencia el modelo en el que se inspira el razonamiento discursivo. Toulmin dice que la lógica es jurisprudencia generalizada. A algunos les pa-

rece una exageración; pero no es el único que opina así: Perelman considera el razonamiento jurídico como modelo de razonamiento.

Siguiendo el modelo del *common law*, estas nuevas explicaciones tienden a una concepción de la jurisprudencia basada en el precedente, el cual introduce la necesidad de relacionar todas las decisiones jurisprudenciales entre sí no –o no solo– en función de criterios jerárquicos, procedimentales o autoritativos, sino sustantivos. Las decisiones jurisdiccionales actúan unas como premisas de las otras.

Junto al ámbito estricto del razonamiento dedicado a resolver el conflicto (en el que opera la primera dimensión del diálogo) puede reconocerse la existencia de un ámbito de razonamiento más general en el que el diálogo jurídico se entabla virtualmente entre todas las resoluciones dictadas y entre los tribunales, de distinta o de la misma naturaleza. Estas resoluciones vienen caracterizadas no tanto en función de su procedencia (razones autoritativas) –como tratan de imponer las premisas institucionales de sistema– sino de su contenido (razones sustantivas). El diálogo se extiende también a la dogmática, calificada por Atienza como fábrica de argumentos puestos a disposición de jueces, abogados y juristas en general.

Este efecto se logra en el sistema de *common law* mediante el reconocimiento de la fuerza vinculante del precedente y en el sistema continental mediante la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho en sentido impropio, en estrecha relación con el sistema de recursos. También contribuye a esto, en nuestro sistema, el reconocimiento por el TC del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que obliga al tribunal a motivar la separación del precedente doméstico.

El juez de Dworkin es el Hércules que impone a la sociedad, frente a sus deseos coyunturales, la coherencia con sus principios

Con ello se rompe de manera casi radical con los principios de la lógica deductiva y especialmente resulta eliminada la monotonía (correspondencia exacta de unas premisas insustituibles con una conclusión necesaria) característica de la lógica formal, pues el sistema genera de manera continua nuevas conclusiones que operan ipso facto como premisas de los nuevos razonamientos. El precedente tiene carácter revisable o derrotable: no actúa propiamente como una regla, sino más bien como un principio que invita a apoyarse en él para continuar la redacción de la gran novela en que consiste el Derecho, según la imagen de Dworkin. Siguiendo la terminología propuesta por Luhman, el precedente jurisprudencial abandona la estrategia normativa para situarse en el plano de la estrategia cognoscitiva. Actúa de forma similar a un principio jurídico permitiendo corregir o interpretar la regla o suplir su ausencia.

Esta situación comporta una serie de consecuencias insospechadas sobre la trascendencia del diálogo en la formación de la jurisprudencia. La labor de los tribunales de casación deja de consistir en una labor de imposición autoritaria de los propios criterios, aparecidos en el escenario jurídico como un *deus ex máchina*. La jurisprudencia se nos ofrece, más bien, como una labor jurídica de mediación entre tesis opuestas, como una función de búsqueda de la unidad mediante una síntesis de la diversidad jurídica que resulta de la labor de muy distintos operadores jurídicos. La jurisprudencia se concibe de esta manera como conectada con la realidad social a través de un proceso dialéctico en el que se integran todos los órganos judiciales del país y quienes ante ellos han contribuido a la formación de sus criterios.

En esta línea de pensamiento, Nabal Reicio nos da una excelente definición de jurisprudencia: «La jurisprudencia no es

una creación del TS. Es una reelaboración que el Tribunal hace con materiales de muy distinta procedencia, con los estudios doctrinales, con sus propias resoluciones y las de los tribunales de instancia, con las alegaciones de profesionales y litigantes, indagando en las estructuras lógicas subyacentes en el ordenamiento, en los sistemas de valores que conviven en conflicto dentro de la sociedad. La jurisprudencia representa la aportación de los jueces al proceso continuo de transformación del Derecho».

El concepto de reiteración es uno de los que, en el sistema de Derecho continental, permiten decir que existe jurisprudencia. Este concepto puede parecer absurdo si se interpreta de modo mecánico, al modo como lo hace en ocasiones nuestro TS, inspirado por una todavía mayoritaria doctrina, afirmando que para que haya jurisprudencia es menester la existencia, al menos, de dos resoluciones iguales. La idea de reiteración (real o potencial) obedece en la concepción argumentativa a otra explicación. La reiteración es el criterio que justifica la corrección de la resolución como integrada en el cuerpo o línea jurisprudencial, en el que podemos llamar *consilium iudiciorum* formado en este segundo espacio de diálogo judicial. Pero la falta de reiteración no es suficiente para negar la existencia de jurisprudencia: una sola resolución es susceptible de sentar jurisprudencia si por su contenido o por el procedimiento especialmente dialéctico mediante el cual se ha adoptado está llamada a integrarse en la línea jurisprudencial del órgano jurisdiccional que la dicta, como ocurre, según prevé la ley, en ciertos recursos en interés de la ley y para unificación de doctrina.

De esta concepción surgen dos ideas capitales. La primera de ellas, la posibilidad de que los órganos inferiores, admitiendo el valor de la jurisprudencia como instrumento indispensable de seguridad jurídica, actúen de motores de ella propiciando su evolución a través de la aportación de nuevos elementos valorativos, sin temor a ser acusados de incumplimiento de un deber de acatamiento de las decisiones del tribunal superior basado en el principio jerárquico. En segundo lugar, la armonización del valor vinculante de la jurisprudencia con el principio de independencia judicial.

El razonamiento de la sentencia adquiere así una dimensión dialéctica, e incluso retórica, que se manifiesta en la intensificación de su fuerza persuasiva.

La finalidad de la decisión jurisdiccional no es solo resolver el conflicto planteado, sino que aspira también a adquirir rango de precedente respecto de otras decisiones, al margen de la fuerza vinculante formal atribuida por el ordenamiento a las decisiones de los tribunales superiores.

La existencia virtual de un espectador crítico (MacCormick) o de un auditorio universal (Perelman) encargado de controlar la certeza de los argumentos adquiere una realidad discursiva en el ámbito del Derecho. El esfuerzo argumentativo de los votos particulares, que aspira a verse reflejado más allá del ámbito interno del tribunal colegiado, constituye una manifestación de este fenómeno. Otra manifestación, de singular importancia, es la necesidad de una crítica a las decisiones judiciales, tanto en el ámbito de la cultura jurídica interna (formada por los profesionales), como en el ámbito de la cultura jurídica externa (formada por los agentes sociales interesados en el fenómeno jurídico). En consecuencia, el deber de motivación de las sentencias no se explica solo como soporte del sistema de recursos, sino como una invitación al diálogo mediante la crítica. Esto exige que las resoluciones judiciales se redacten en un lenguaje asequible no solo a los juristas, sino a todos, es decir, al ciudadano de cultura media ajeno al Derecho.

3. Tercer espacio de diálogo: el sistema jurídico global

Según Giddens la globalización puede no ser una palabra particularmente atractiva o elegante, pero nadie que quiera entender el mundo actual puede ignorarla.

La globalización es descrita por Ianni como un nuevo ciclo de expansión del capitalismo que implica un nuevo modo de producción y un proceso de civilización de alcance mundial. Se caracteriza por la integración de los mercados de forma avasalladora y por la intensificación de la circulación de bienes, servicios, tecnologías, capitales e informaciones a través de todo el planeta, que tiene como consecuencia la diferenciación estructural de los sistemas productivos, la ampliación de las redes empresariales, comerciales y financieras a escala mundial y la progresiva independencia respecto de los controles políticos y jurídicos nacionales.

Es nuevamente Giddens quien, parafraseando el título de la obra de Dworkin, sostiene que hay que tomar la globalización en serio; y esto solo se consigue redoblando los esfuerzos, en el ámbito institucional, por articular respuestas a la globalización de los mercados, integrando las políticas nacionales en una perspectiva mundial y estimulando la colaboración internacional en ciertas áreas básicas que precisan el desarrollo de instituciones globales o la mejora de las existentes.

El optimismo del sociólogo no se corresponde quizá con el pesimismo de los juristas.

Como dice Ferrarese, en la esfera de lo jurídico se asiste a una auténtica mutación genética del Derecho: cambian los actores del proceso jurídico, cambian las modalidades de producción y funcionamiento de las reglas jurídicas y, en resumen, lo jurídico se transforma radicalmente.

La ampliación del ámbito en el que se desenvuelve la deliberación propia del razonamiento jurídico adquiere una dimensión inusitada con la globalización. La globalización no solamente comporta la superación de los límites institucionales y territoriales del Estado como soporte del sistema jurídico, sino, paradójicamente, como ha puesto de relieve Teubner (y ya anticipó Luhman), comporta también la fragmentación del sistema jurídico en diversos sectores de intereses que propenden, cada uno de ellos, a una lógica autónoma. Se produce una proliferación de tribunales, cuasi tribunales y organismos de resolución de conflictos de naturaleza independiente y activa, limitados por sectores, los cuales colaboran en intensificar la autonomía de los sistemas a los cuales se perciben a sí mismos como pertenecientes. Proliferan las publicaciones jurídicas, y en ellas se desarrollan dogmáticas autónomas fundadas en la lógica propia de los principios de un sector de intereses, al margen, con más o menos radicalidad, de su compatibilidad con los criterios generales de legitimación del sistema jurídico, con los que no tienen inconveniente en chocar.

Este fenómeno se produce en los sectores sociales más diversos, no solo en los de naturaleza económica. La ciencia, el arte, la cultura, la tecnología, la salud, la educación, la religión, el ejército, el transporte, el turismo, el deporte, la política, el bienestar, el *copyright* y el Derecho ambiental reclaman una lógica propia,

acomodada al equilibrio de su respectivo sistema de intereses. Lo mismo ocurre finalmente con el Derecho, que pasa a ser un sistema más con su propia lógica interna en contraposición con la de los demás sistemas sociales.

La globalización del Derecho obliga a proponer soluciones para tratar de restituir la que parece su racionalidad amenazada.

Algunas posiciones tratan de encontrar en la realidad del Derecho globalizado los principios propios de una racionalidad común, en el entendimiento de que estamos en una situación de crisis de la que únicamente puede esperarse el restablecimiento del equilibrio inicial (teoría institucionalista de la cultura global, modelos sobre la sociedad civil global, conceptos sistémicos aplicados a la sociedad global...).

Otras posiciones, por el contrario, entienden que debe renunciarse a encontrar una racionalidad única en el mundo jurídico global y consideran imposible el restablecimiento de la racionalidad del Derecho. El pluralismo jurídico global mantenido por los filósofos considerados postmodernos defiende que las preocupaciones del Derecho no tienen sentido en el análisis filosófico –como subraya Lyotard–, pues a este le basta con delatar las insuficiencias y la crisis de legitimidad del discurso jurídico sin interesarse por la salvación del edificio de la racionalidad.

En una posición similar, Teubner mantiene que, en el ámbito de la globalización, cualquier aspiración a una unidad doctrinal y organizativa del Derecho es una quimera: *lasciate ogni speranza*. Tras el colapso de las jerarquías jurídicas, la única opción realista es desarrollar formas heterárquicas del Derecho que se limiten a crear relaciones holgadas entre los fragmentos del Derecho buscando la compatibilidad entre ellos a través de la observación y reflexión mutua y modos descentralizados de adaptarse a los conflictos.

La globalización sugiere una nueva, una tercera dimensión para el diálogo como única forma de afrontar los nuevos retos que supone para el juez.

a) En primer término, los tribunales se ven influidos por la forma de decisión de los conflictos característica de la globalización. La globalización lleva consigo

que la decisión final vinculante acaba siendo reemplazada por una secuencia de decisiones, fundada en el diálogo y la acomodación, en el seno de una variedad de posiciones observadoras en el marco de la llamada lógica en red. La existencia de racionalidades sociales que entran en colisión impone la reintroducción dentro de cada sistema en concreto de criterios propios de regímenes sectoriales ajenos y, como consecuencia de ello, la reformulación constante del conflicto como *quaestio iuris* para tender a compatibilizar las racionalidades sistémicas divergentes. La lógica en red implica el reflejo de los distintos sistemas o nodos para buscar la compatibilidad con sus entornos naturales y humanos y la tendencia a asumir puntos de referencia en común.

La globalización difumina las fronteras entre el Derecho y los sectores ajenos al mismo e impone el llamado pluralismo jurídico, que comporta la necesidad de un diálogo permanente con dichos sectores.

b) La especial relevancia reconocida a los intereses sectoriales impone una nueva forma de diálogo característica. La negociación (incluida en la tipología del diálogo por Walton) constituye el instrumento por antonomasia del Derecho globalizado y reclama su papel en el proceso judicial clásico y en la aplicación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La globalización comporta, en la tesis de Santos, una eliminación o disminución radical de la burocracia como elemento del sistema jurídico, aunque mantiene los restantes elementos (violencia y retórica) que, a juicio del citado autor, siguen integrándolo.

c) Todo esto impone una redefinición de la función del juez. Aumenta su relevancia, se reconoce a su función una naturaleza política y se impone la superación de la figura del juez napoleónico, como boca que pronuncia las palabras de la ley, y su sustitución por la figura del juez dotado de poder e investido de la potestad de disposición que le reconocen los espacios de discrecionalidad que resultan de la nueva realidad jurídica.

En el mundo de los sistemas autónomos, el juez debe tener un conocimiento especializado, en el sentido de aportar pautas para la resolución del conflicto fundadas en el conocimiento y la conciliación de los intereses propios del sector en que aquel se produce. El mé-

todo de interpretación y aplicación de las normas debe sufrir una transformación profunda para lograr esta finalidad. Del protagonismo de la interpretación literal o gramatical de las normas debe avanzarse hacia una interpretación basada en la aplicación de los principios que orientan cada sector del Derecho, solo posible prestando especial atención a los procesos dialógicos que se desenvuelven en cada sector de intereses, y que generan su propia lógica jurídica.

Sin embargo, el juez no puede transformarse en un experto, valedor exclusivamente de las pautas de legitimación del sistema autónomo en que se produce el conflicto. Desde el punto de vista formal, adquiere inusitado relieve la independencia judicial, entendida ahora en una nueva perspectiva de aplicación de pautas de neutralidad para obtener la solución objetiva del conflicto buscando la composición que mejor garantice, por una parte, la compatibilidad entre los distintos sistemas en principio incompatibles entre sí; y, por otra, la compatibilidad del juego de intereses de cada sistema con los principios que informan el sistema jurídico en su conjunto. Desde el punto de vista sustancial, la función del juez pasa a tener un componente esencial consistente en la necesidad de garantizar la compatibilidad de los criterios de legitimación aplicados para la resolución del conflicto con los valores democráticos en que se funda la convivencia, de tal suerte que, como se ha dicho, el juez se transforma primordialmente en un órgano del Derecho o, quizá mejor, de los derechos de los ciudadanos.

La jurisprudencia tiende a concebirse como un proceso de diálogo entre todos los órganos judiciales y quienes han contribuido a formar sus criterios

Por estas razones en la función del Poder judicial adquiere una notable importancia la protección de los derechos humanos, la libertad y la igualdad. Es especialmente en este campo donde comienza a pro-

ducirse la aparición de mecanismos e instituciones jurídicas globales, como ocurre con la Corte Penal Internacional.

La limitación de los poderes del juez por la vía de la autorrestricción es característica de la nueva situación, puesto que no se le puede atribuir un papel elitista de interpretación subjetiva de los principios del sistema jurídico, sino más bien un papel de árbitro encargado de interpretar la voluntad de la sociedad en relación con la Constitución (Ely) y, consiguientemente, la interpretación de la ley más adecuada a la realidad social.

Por este motivo algunos consideran que el papel del juez es, en realidad, el de garantizar que el debate democrático se produzca en el seno de la sociedad con plenas posibilidades para todos los grupos en condiciones de autenticidad y de equilibrio suficientes para garantizar la adecuada formación del consenso democrático. Desde este punto de vista, la intervención de los tribunales debe proyectarse de manera primordial para garantizar la discusión participativa tanto dentro del proceso judicial como fuera de él con respeto al principio democrático en el cual se funda la noción jurídica de garantía (Ferrajoli).

Es este tercer espacio de diálogo, los tribunales, pues, no son solo actores, sino también, por una parte, espectadores de los procesos dialécticos que se desenvuelven en y entre los diversos sectores sociales y, por otra parte, garantes de su compatibilidad con los principios democráticos.

4. Cuarto espacio de diálogo: el paradigma constitucional

Aunque a los juristas de Derecho continental no nos guste reconocerlo, inicialmente el Poder judicial en nuestro ámbito responde a un paradigma burocrático.

En el ámbito de la Asamblea Legislativa de la Revolución Francesa prevalece el recelo contra las asambleas parlamentarias de carácter judicial del antiguo régimen, que mantenían criterios favorables a la nobleza y al absolutismo y una ideología ultraconservadora contraria a los intereses de la burguesía emergente. La lógica del sistema imponía que los jueces fueran, en palabras de

Montesquieu, la boca que pronuncia las palabras de la ley. Se impuso a los jueces, como «seres inanimados», la interdicción de interpretar el Código civil y, tras unos años de consulta a la Asamblea Legislativa, obligatoria o facultativa según los casos, del sentido auténtico de la ley, se creó un Tribunal de Casación como medio institucional para imponer a los jueces la aplicación literal de la ley. La legitimación del Poder judicial fue análoga a la del Poder ejecutivo: se fundaba en la ejecución de la ley emanada de la voluntad popular.

Este sistema sufrió una importante corrección en los Estados Unidos de América, donde se concibió de otra manera la división de poderes. Se impuso la llamada vinculación más fuerte de la norma fundamental sobre las leyes denominadas ordinarias, que envuelve en realidad una desconfianza hacia el legislador cuyo control se confía al Poder judicial mediante la *judicial review*. Tiene por primera vez su aplicación en la Constitución norteamericana y se suele fijar convencionalmente en la sentencia *Marbury vs. Madison*, aun cuando con anterioridad se daban ya en el sistema jurídico de los Estados Unidos los elementos necesarios para su existencia. La vigencia de este paradigma en el ámbito norteamericano se justifica como consecuencia de las características sociológicas en el seno de las cuales tiene lugar el proceso constituyente, dado que existe un recelo frente a las mayorías, las cuales tratan de imponer una modificación de las condiciones económicas frente a los propietarios que exigen el pago de los intereses a los comerciantes, pequeños ganaderos y artesanos. Por este motivo en las discusiones previas a la Constitución se apela frecuentemente a la existencia de unos principios morales por encima del juego de las mayorías y de las minorías, en el sentido de Locke, susceptibles de ser conocidos únicamente por ciertas personas con determinadas calidades morales e intelectuales: los jueces.

Podemos decir que en esta fase se impone un nuevo paradigma: el paradigma constitucional, caracterizado por la penetración del mundo de los principios y de los valores en la interpretación judicial del Derecho. Este paradigma se va imponiendo progresivamente, como una superación del paradigma burocrático, en el Derecho continental.

Para el constitucionalismo, la Constitución es la expresión de una voluntad de convivencia política fundada

en que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes constituyen el centro de todo el sistema político; en el reconocimiento de que el origen de todo el poder es la voluntad popular, y de que es el Parlamento donde se expresa y manifiesta libremente; y en el propósito colectivo de construir una sociedad basada en el imperio del Derecho, en la que se confía a un poder del Estado, el Poder judicial, la garantía de los derechos fundamentales y el cumplimiento de la ley.

La Constitución termina siendo, pues, la expresión del principio democrático en que se funda el Poder judicial. La noción de garantía, sobre la que se articula la función del juez, está ligada a la observancia del procedimiento, que es tanto como decir a la corrección del trabajo diario del juez, y dimana del principio democrático (Ferrajoli, Ely, Ackerman), que por ello es esencial en la Justicia. La legitimidad de los jueces deriva de respeto a las formas que exige el Derecho, y por esta vía, de la Constitución, aunque no sean elegidos por los mecanismos de la democracia representativa.

Las interpretaciones del Derecho fundamentadas en el paradigma constitucional abren vías insospechadas para la función judicial. Ferrajoli pone de manifiesto cómo la introducción del paradigma constitucional supone la reintroducción del mundo de los principios y valores defendidos por el iusnaturalismo. Para Prieto Sanchís, la Constitución representa respecto de los poderes del Estado la misma posición que en el iusnaturalismo el Derecho natural ocupaba respecto del soberano.

La conexión de la Moral con el Derecho, propia del nuevo paradigma, es puesta de manifiesto por Nino, el cual recalca que aquella ocupa un papel fundamental tanto en el orden sustantivo, como en el orden epistemológico o de conocimiento.

El paradigma constitucional abre así un cuarto espacio de diálogo para el juez: el que corresponde al mundo de quienes son capaces aportar ideas e interpretar los consensos sociales en torno a principios y valores dotados de una carga axiológica o epistemológica. El juez tiene la obligación de convertirse en un intelectual.

A su vez, el paradigma constitucional complica el funcionamiento del Poder judicial en su aspecto institucional.

Entre las grandes novedades de la CE, figura la creación de un TC. La creación de una justicia constitucional, en cierta medida, persigue conjurar la inquietud sobre los riesgos, reales o supuestos, de elitismo o conservadurismo judicial (el llamado elitismo epistemológico) que lleva consigo el confiar a los jueces la interpretación y aplicación de la Constitución. La solución que se estima más apta para paliar estos riesgos en el ámbito del Derecho continental es el sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes (Kelsen), que, como propone Nino, permite una mayor proximidad del tribunal constitucional a las orientaciones políticas emanadas de las urnas, mediante el establecimiento de un plazo determinado de mandato de sus miembros, su elección directamente por los parlamentos y otros órganos constitucionales y una especial legitimación para interponer los recursos de inconstitucionalidad en manos preferentemente de órganos de representación política.

El TC, aun teniendo naturaleza judicial, tiene, así, un valor periférico respecto del Poder judicial. En España no forma parte del Poder judicial como organización, aunque debe considerarse integrado en el Poder judicial en sentido amplio.

La LOPJ proclama con gran amplitud el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional para los órganos del Poder judicial, y no hace la misma declaración respecto de la jurisprudencia emanada del TS, probablemente porque da por supuesta su observancia por todos los tribunales. A partir de este momento, la jurisprudencia deja de ser de monopolio de los tribunales ordinarios. Junto a la jurisprudencia ordinaria (la emanada del Poder judicial), existe una jurisprudencia constitucional.

Resulta evidente que se impone un diálogo entre la jurisprudencia ordinaria y la constitucional, especialmente en relación con el TS. Sin embargo, entre el TS y el TC han tenido lugar durante largo tiempo episodios de enfrentamiento, más frecuentes que los de diálogo institucional. También en España se ha hablado frecuentemente de la «guerra de las Cortes», expresión acuñada en Italia y susceptible de ser trasladada con preocupante extensión a otros países en los cuales se ha instaurado recientemente la justicia constitucional y en que la relación de esta con la corte suprema no es satisfactoria.

Del artículo 123 CE se deduce que el TS no goza de la nota de preeminencia, que le es característica, en las materias en que opera el sistema de garantías constitucionales, es decir, cuando entra en juego la competencia del TC. Por consiguiente, el TC goza de preeminencia o superioridad jerárquica limitada a las materias de su competencia definidas en el artículo 161 CE, como excepción al principio de preeminencia general del TS en la función jurisdiccional.

Pero la nota de preeminencia no es suficiente para definir las relaciones entre el TC y el TS. La relación entre ambos tribunales no puede fundarse en principios autoritativos que deben considerarse en gran parte ajenos al funcionamiento del sistema jurídico, tal como se concibe en la actualidad. Numerosas propuestas doctrinales, en las que no voy a entrar, han ofrecido, con mayor o menor imaginación, fórmulas legales o de autocontención de signo muy variado, fundadas en los valores constitucionales, para tratar de delimitar las competencias respectivas.

En la sociedad global es función de los tribunales garantizar, en el proceso y fuera de él, la discusión participativa entre los sectores sociales

El diálogo entre ambos tribunales se ha visto dificultado por quienes mantienen una falacia que difícilmente puede aceptarse en el mundo jurídico contemporáneo: la de considerar el principio de jerarquía como el que informa la actuación de los órganos jurisdiccionales superiores. Anteriormente se ha visto como la moderna concepción de la jurisprudencia la describe, ajena al principio jerárquico, como la interpretación judicial del proceso continuo de transformación del Derecho llevada a cabo por todos los agentes sociales. Respecto de la jurisprudencia constitucional podría advertirse, en el mismo sentido, con Dominique Rousseau, que un enunciado normativo se construye a través de una relación compleja entre

todos aquellos que hacen uso de él. En este sentido, la justicia constitucional es uno más de los actores de este juego, del que participan también el parlamento y, habría que agregar, el Poder judicial. A su juicio, los jueces constitucionales no son la garantía última o trascendente de una verdad absoluta y definitiva del sentido producido, sino que se limitan a garantizar que la producción de sentido de un enunciado constitucional haya respetado un procedimiento de deliberación entre actores múltiples.

En un sistema jurisdiccional complejo, como el propio de un Estado de Derecho avanzado característico de la situación histórica y geográfica que nos corresponde, una situación de equilibrio dinámico fundada en el diálogo institucional entre el TS y el TC, dentro de un proceso más amplio de construcción deliberativa del Derecho por todos los agentes jurídicos, parece la más adecuada para hacer efectivos los principios de la CE y para evitar que la función de juzgar termine siendo permeable a valores o principios escasamente democráticos o abandone su objeto de protección de los derechos y la libertad. Esta concepción debe estar basada en el respeto por el TS de las decisiones y los criterios sentados por el TC en la interpretación de la Constitución y la determinación del alcance de los derechos fundamentales, y, al mismo tiempo, en el reconocimiento por parte de este (i) de la jurisprudencia del TS como expresión de la realidad viva del Derecho (Mangiameli) en la que se concreta la significación jurídico-pragmática de la ley cuya constitucionalidad se juzga y (ii) del papel que corresponde a los tribunales ordinarios como la instancia ordinaria de protección de los derechos y libertades fundamentales.

He aquí, pues, otro aspecto fundamental en este cuarto espacio de diálogo dimanante del paradigma constitucional: el diálogo entre el TC y el TS.

5. Quinto espacio de diálogo: la constitucionalización del Derecho internacional

La complejidad de los diversos sistemas de gobierno en el ámbito internacional, concebidos cada vez con mayor intensidad como sistemas jurídicos, plantea el problema de las relaciones entre ellos desde el punto de vista del Derecho.

La posición que podemos considerar tradicional se funda en una concepción constitucionalista del Derecho internacional, con raíces en el pensamiento kantiano, que tiene como denominador común la búsqueda de criterios de unidad fundados, (i) bien en la vertiente sustantiva, que conduce a la necesidad de respetar los principios constitucionales de la comunidad internacional, (ii) bien en la vertiente procedimental, que conduce a la necesidad de que los procesos de toma de decisiones transnacionales se estructuren de forma que quede asegurado el imperio del Derecho, concebido como Derecho de los procesos normativos (*law of law-making*). Todos estos sistemas tienen relación con una concepción dualista de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional, de raíz positivista, la cual se inspira en el principio jerárquico.

Frente a estas posiciones existe una creciente y activa doctrina que aboga por una concepción pluralista del Derecho internacional y del gobierno mundial (*global governance*) surgida, en primer término, en el ámbito de los estudios sociológicos y extendida progresivamente al ámbito de los estudios jurídicos. Sus defensores defienden el valor de la diversidad entre los distintos sistemas normativos y de gobierno nacionales e internacionales.

La concepción pluralista del ordenamiento jurídico internacional concibe como solución integradora el reconocimiento de un espacio para la discusión, la tolerancia y los reajustes recíprocos entre los diversos ordenamientos. Esta tesis no renuncia propiamente al enfoque constitucionalista del ordenamiento internacional, sino que admite la existencia de sistemas separados que se relacionan principalmente a través de procesos de negociación fundados en la acomodación, la deferencia y el aprendizaje mutuos, y recalca finalmente en el reconocimiento del llamado pluralismo constitucional, que interpreta el ordenamiento global como una pluralidad de sistemas constitucionales nacionales, transnacionales y en red.

Como puede verse, en la concepción pluralista del ordenamiento internacional se consideran como esenciales los procesos de diálogo, observación recíproca y acomodación entre los distintos sistemas.

En estos procesos de diálogo están teniendo en el mundo contemporáneo una importancia decisiva los

tribunales, concebidos en parte como defensores de los principios de cada ordenamiento y, al mismo tiempo, como actores de un proceso de acomodación con los demás ordenamientos, el cual tiene lugar mediante actitudes de argumentación dialéctica con resultados similares a los propios de un proceso de negociación fundado en la afirmación de la propia competencia, la observación mutua, la autorrestricción, y la evaluación, mediante la técnica de los estándares, del nivel de protección de los derechos logrado en conjunto.

Pondré algunos ejemplos.

Una actitud de diálogo es la que se observa, hoy, en el ámbito de las relaciones entre los Derechos constitucionales de los Estados miembros y el ordenamiento europeo. El TC Federal alemán (*BVerfGE*) en los casos *Solange I y II* (1974 y 1986) se reserva el derecho de controlar la constitucionalidad de los actos de la UE en relación con la Ley Fundamental (*Grundgesetz*), pero solo en cuanto (*solange*) el nivel de protección de los derechos fundamentales garantizados de manera general por el ordenamiento jurídico de la Unión se sitúe por debajo del umbral correspondiente al estándar mínimo de protección establecido por la Ley Fundamental. Como consecuencia, niega «en lo sucesivo», la competencia del *BVerfGE* para revisar el Derecho derivado de la Unión a la luz de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*.

Según el *BVerfGE* la función de garantía sobre la aplicabilidad del Derecho de la Unión se realizará en el marco de una «relación de cooperación» con el TJUE, que garantizará la tutela de los derechos fundamentales en cada caso concreto para todo el territorio de la Unión (sentencia dictada en el caso *Maastricht*, 1993). En la sentencia dictada en el caso *Bananenmarktordnung* (2000) se ratifica esta doctrina, precisando que la protección de los derechos fundamentales afectados por la ley de la UE y la que otorga la *Grundgesetz* no debe ser idéntica, sino que las exigencias constitucionales se satisfacen si la protección que concede el TJUE es «sustancialmente igual» (*im Wesentlichen gleich*) a aquella que reconoce la ley fundamental, siempre y cuando quede salvaguardado el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En suma, a través de esta actitud, que califica de cooperación con el TJUE, el *BVerfGE* se coloca como garante

de un estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales, pero renuncia a un control invasivo con el fin de respetar las competencias del TJUE y lograr una adecuada garantía de conjunto de protección de los derechos fundamentales.

En el ámbito de las relaciones entre el Derecho de la UE y el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos –tras una serie de resoluciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos que rechazaron someter los actos comunitarios a un control de compatibilidad con el Convenio–, finalmente el TEDH (caso *Matthews contra Reino Unido*, 1999) aplicó a la UE la doctrina general según la cual el Convenio no excluye la transferencia de competencias a organizaciones internacionales, pero exige que los derechos garantizados por el Convenio continúen estando reconocidos, por lo que la transferencia no elimina la jurisdicción del Tribunal ni la responsabilidad de los Estados miembros. Concluye que el Reino Unido es responsable del respeto al artículo 3 del Protocolo 1, sobre derecho de participación en las elecciones, y de las consecuencias del Tratado de Maastricht, en cuanto puedan impedirlo.

Se observa, como trasfondo dialéctico de la argumentación, que para obtener esta conclusión el TEDH tiene en consideración el hecho de que el Tratado de Maastricht, y las demás disposiciones jurídicas de la Unión en las que el Reino Unido pretendía fundamentar su posición de exclusión de los ciudadanos gibraltareños de las elecciones al Parlamento Europeo, no eran susceptibles, dada su naturaleza, de ser sometidas al control del TJUE. Con ello el TEDH no adopta una posición de inhibición –pues afirma su competencia para controlar el Derecho primario de la Unión, desde el punto de vista de su compatibilidad con el Convenio– ni de subordinación al TJUE, sino una posición de cooperación, característica de una actitud de diálogo entre tribunales. Implícitamente el TEDH da a entender que una razón muy importante para entrar a controlar las disposiciones de la UE que parecen impedir el derecho de participación electoral es que no existe ninguna otra instancia jurisdiccional que pueda hacerlo.

En el caso *Bosphorus* (2005) el TEDH ha renunciado a un papel invasivo en el control del respeto a los estándares de protección del CEDH, pues declina ejercer las facultades de control a menos que la protección otorgada a los derechos protegidos en el CEDH por la

UE fuera manifiestamente deficiente, y no cuando es equivalente.

También se pone de manifiesto aquí el diálogo de los tribunales, pues la actitud de observación mutua, cooperación y evaluación de estándares comunes que se refleja en esta sentencia se refuerza mediante la relevancia otorgada en ella por el TEDH a la adopción por la UE de la CDFUE, y a la incorporación de la jurisprudencia del TJUE en el texto de los Tratados comunitarios.

En el ámbito de las relaciones entre el ordenamiento de la UE y el ordenamiento internacional el TJUE ha adoptado una posición fundada también en los principios propios del pluralismo (caso *Kadi y Al Barakaat*, 2008, sobre impugnación de reglamentos de la UE sobre imposición de sanciones económicas para la implementación de resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la persecución del terrorismo internacional). El TJUE declara que (i) la UE debe respetar el Derecho internacional, y en particular el Derecho emanado de las Naciones Unidas; (ii) las medidas adoptadas en desarrollo de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU no gozan de inmunidad de jurisdicción en el ámbito de la Unión; (iii) debe rechazarse la noción de que existen cuestiones políticas sobre las cuales los tribunales europeos no tiene jurisdicción; (iv) debe anularse el reglamento controvertido, pero manteniendo sus efectos durante tres meses.

En esta doctrina, que parte de una concepción pluralista y no jerárquica de la relación entre los ordenamientos, se combina el reconocimiento de la sumisión del ordenamiento de la UE al Derecho internacional con la negativa a aceptar la homologación del sistema de sanciones de la ONU cuando este parece estar muy por debajo del nivel mínimo de garantía requerido por ordenamiento de la UE. La proclamación de estos principios se atempera mediante una actitud de deferencia hacia el ordenamiento de la ONU, que se traduce en la concesión de un margen temporal al Consejo Europeo, el cual volvió a adoptar las medidas controvertidas apoyándose en un nuevo reglamento europeo por el que se modifica el impugnado ante el Tribunal.

Puede observarse aquí de nuevo una forma de adopción de las decisiones judiciales imposible de explicar desde los principios del positivismo normativista. Se funda en una nueva actitud que tiene su fundamento en una

concepción pluralista del ordenamiento jurídico y en el reconocimiento de la eficacia del diálogo de los tribunales, también en este quinto y último espacio, como forma de garantizar la eficacia del sistema jurídico.

6. El diálogo de los tribunales

Llegados aquí, pudiera pensarse que este artículo es un trabajo descriptivo. No es este mi propósito. Quienes, en estos momentos difíciles, creemos en la eficacia del Derecho como instrumento para resolver los problemas de la convivencia, y en la fuerza del juez para imponer la coherencia con los principios del sistema jurídico, no debemos limitarnos a una descripción indiferente de los fenómenos jurídicos.

Modestamente aspiro a que este trabajo sea entendido como una defensa del diálogo, y especialmente del diálogo de los tribunales, como una manera necesaria de entender el Derecho a principios del siglo XXI; pero también como una llamada a la reflexión a quienes pudieran tomar decisiones en casos difíciles mediante una justificación puramente formal de la resolución adoptada; a quienes pudieran aceptar con resignación la figura del ponente solitario; a quienes se sintieran inclinados a renunciar, como juristas, al papel de intelectuales; a aquellos para quienes el concepto de jurisprudencia pudiera no tener un significado práctico; a quienes, como presidentes de órganos colegiados, pudieran sentirse inclinados a pronunciar con excesiva facilidad las palabras «suficientemente deliberado»; a quienes pudieran ver con indiferencia la división de opiniones en un tribunal sin voluntad de explorar las posibilidades de diálogo para aproximar las posiciones; a quienes pudieran no contemplar de buen grado la emisión de votos particulares; a quienes pudieran torcer el gesto ante la crítica a sus resoluciones por parte de quienes «no saben» Derecho; a quienes pudieran sentirse cómodos en un lenguaje deliberadamente oscuro, refugiado en expresiones propias de la jerga del foro; a quienes pudieran sentirse incómodos si los medios de comunicación airean y critican sus resoluciones; a quienes pudieran creer que la democracia no tiene nada que ver con la función judicial; a quienes pudieran sorprenderse a sí mismos defendiendo sus opiniones jurídicas como las únicas acertadas o más valiosas que las ajenas; a quienes pudieran concebir la independencia como un principio de contenido ne-

gativo o excluyente; a quienes pudieran ser escépticos sobre la eficacia del Derecho frente a la política; a quienes pudieran creer haber superado el temor de que en sus decisiones se deslicen opiniones subjetivas o convicciones personales; a quienes les pareciera un fenómeno natural que se produzcan resoluciones judiciales dispares; a quienes se sintieran inclinados a defender por encima de todo sus competencias sin considerar el porqué de las ajenas; a quienes, en definitiva, concibieran el Derecho como un objeto y no como una empresa, como una tarea individual y no como una labor colectiva, como un trabajo en silencio y no como el producto del esfuerzo hacia un complejo y difícil diálogo.

Este trabajo es una invitación a la reflexión sobre estas posibles actitudes.

Nota bibliográfica

1. *Primer espacio de diálogo: la sentencia judicial, hoy*. Independientemente de las obras capitales de los diversos autores que se citan, una visión de conjunto sobre la evolución de las concepciones del Derecho hacia la teoría de la argumentación puede obtenerse en M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, 2006, que es una excelente obra de madurez de su relevante autor.

La cita de Dieter Simon está extraída de *La independencia del Juez*, Madrid, 1985. Nótese la fecha, y la profesión judicial del autor.

Una explicación detallada de la leyenda del molinero de Berlín, aparecida en 1787 en un libro francés sobre la vida de Federico el Grande, puede verse en la versión alemana de Wikipedia (http://de.wikipedia.org/wiki/Historische_Mühle_von_Sanssouci, consultado el 14-05-2011).

2. *Segundo espacio de diálogo: la formación de la jurisprudencia*. Este trabajo se adscribe a la tesis que reconoce a la jurisprudencia una finalidad constitucional relacionada con la unificación de criterios de los tribunales, frente a la que la considera como un producto indirecto de la función propia del tribunal superior consistente en corregir los errores de los inferiores. La primera tesis se desarrolla, por ejemplo, en V. Ferreres,

J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009. La segunda tesis es la que defiende de manera muy explícita (e inteligente) J. Nieva Fenoll, *El recurso de casación civil*, Barcelona, 2003, y posteriores artículos en revistas.

Sobre el precedente judicial en Derecho español escribí en el n.º 3 de la *Revista del Poder judicial*, «El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional». Consejo General del Poder Judicial, septiembre de 1986.

La definición de jurisprudencia de A. Nabal Recio aparece en «Curso sobre el recurso de casación en vía contencioso-administrativa», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

3. *Tercer espacio de diálogo: el sistema jurídico global*. Son muchos los trabajos sobre globalización, que pueden encontrarse fácilmente siguiendo el rastro de los autores citados. Sin embargo, destacaría, como especialmente útil desde la perspectiva jurídica, la posición de G. Teubner sobre la fragmentación del sistema jurídico global, que conocí en su conferencia *G.: Regime-Collision: How the Emergence of Private Governance Regimes Changes Legal Pluralism*, pronunciada en 2004 en el Instituto Ortega y Gasset, Madrid (texto multicopiado).

4. *Cuarto espacio de diálogo: el paradigma constitucional*. El diferente papel reconocido a los jueces en el mundo continental y en el del *common law*, desde la perspectiva del llamado carácter contramayoritario del Poder judicial, está convincentemente explicado en Gargarella, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contra mayoritario del Poder judicial*. Barcelona, 2006. En él pueden consultarse también las posiciones de Ely y Ackerman.

Sobre las relaciones entre el TS y el TC he escrito en *Comentarios a la Constitución Española*, artículo 123, Fundación Wolters Kluber, Madrid, 2008.

En cuanto a la noción de garantía como producto del principio democrático, L. Ferrajoli, *Garantismo*, Traducción de Andrea Greppi, Madrid, 2006.

5. *Quinto espacio de diálogo: la constitucionalización del Derecho internacional*. Para este apartado resulta esencial la lectura de L. I. Gordillo Pérez, *Las relaciones entre ordenamientos de naturaleza constitucional*, Universidad de Deusto, 2010, magnífica tesis doctoral dirigida por P. Pérez Tremps, que ha obtenido el Premio «Nicolás Pérez Serrano» para las tesis doctorales en Derecho Constitucional, convocado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Los jueces constitucionales deben garantizar que la producción de sentido de un enunciado constitucional haya respetado un procedimiento de deliberación entre actores múltiples

Abreviaturas

- BVerfGE, *Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Federal.
- CDFUE, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007.
- CE, Constitución Española.
- CEDH, Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial.
- ONU, Organización de las Naciones Unidas.
- TC, Tribunal Constitucional.
- TEDH, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TJUE, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TS, Tribunal Supremo.
- UE, Unión Europea.

entrevista con pascual sala sánchez

por Agustín Zurita Pinilla

«QUE UN JUEZ TAMBIÉN HAYA LLEGADO A PRESIDIR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ES SÍNTOMA DE NORMALIDAD DEMOCRÁTICA»

Pascual Sala es, por encima de cualquier otra consideración, un juez. Con casi medio siglo de ejercicio judicial a sus espaldas, este valenciano de nacimiento y sentimiento, apasionado de la conversación, la música, la literatura y la tauromaquia, ha presidido las principales instituciones jurídicas de nuestro país. Presidente del Tribunal de Cuentas, del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, se ha convertido en el primer miembro de la carrera judicial que preside el Tribunal Constitucional, lo que sin duda es una gran noticia.

El Tribunal Constitucional no puede interpretar la legalidad ordinaria

En su despacho del Tribunal Constitucional, atiende, con amabilidad, prudencia y cierto apasionamiento, las preguntas de «PODER JUDICIAL»

Pregunta: Alguna consideración especial, Presidente, por ser el primer juez de carrera que preside el Tribunal Constitucional...

Respuesta: Especial, yo creo que ninguna. La composición del Tribunal Constitucional, como se sabe, es muy plural. La procedencia de sus miembros, a través de los distintos turnos (Congreso, Senado, y Gobierno-CGPJ) es asimismo diversa. Los dos candidatos que propone el Consejo General del Poder Judicial son magistrados de carrera, normalmente y aunque sea una ley no escrita, magistrados del Tribunal Supremo.

La posibilidad de ser Presidente está en cualquiera de los miembros del Tribunal y, por consiguiente, también en aquellos que proceden del turno de magistrados de carrera.

Existe, por otra parte, también otra especie de ley no escrita de que el Presidente de esta institución sea uno de los Magistrados que se encuentre en el último tercio de su mandato, con lo cual acumula, al menos, seis años de experiencia como miembro del Tribunal. Esto, sin duda alguna, unifica los criterios. Una manifestación de esta unificación, por así decirlo, está en las sentencias del TC, ya que, aunque cada una de ellas tenga un ponente, revisten todas ellas una forma uniforme, lo que demuestra que éste es un órgano jurisdiccional cuyas resoluciones son producto de una deliberación muy colegiada.

Por eso, el hecho de que sea el primer juez que preside el Tribunal Constitucional, desde el punto de vista del funcionamiento, es relativo. Ahora bien, no cabe duda alguna que el oficio judicial, la experiencia acumulada durante tantos años –como es mi caso– en la carrera judicial, ayuda. A mí me supone un gran apoyo los 47 años de oficio judicial que llevo a mis espaldas y también los años de experiencia como Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.

P: En este sentido, ¿podríamos interpretar su nombramiento como un síntoma de normalidad democrática?

R: Evidentemente, es un signo de normalidad. Que no haya pasado antes es, probablemente, por circunstancias aleatorias. Yo he dicho en alguna ocasión que los miembros del Tribunal Constitucional están en las mismas condiciones para acceder a su presidencia habida



Fotografía: Carlos Berbell

cuenta de las condiciones que se requieren para designación de sus magistrados.

P: Y alguna matización para los que puedan opinar, Presidente, que su nombramiento es un camino para resolver supuestas rencillas o confrontaciones entre el Supremo y el Constitucional...

El incidente de nulidad de actuaciones debiera de resolverlo un tribunal distinto de aquel al que se le imputa la vulneración de un derecho fundamental

R: Yo creo que en eso que se ha llamado desde los medios de comunicación como choque de trenes entre Supremo y Constitucional, lo que realmente sucede es que son perspectivas diferentes las que tienen presentes los dos Tribunales a la hora de enjuiciar sus asuntos sometidos a su consideración. El Tribunal Constitucional no puede dejar de ser el último garante de los derechos fundamentales porque así lo establece la Constitución y en alguna ocasión esta realidad se superpone a la que presenta el fondo del litigio. Por eso ha sucedido en contadísimas ocasiones y aún podría prácticamente evitarse, como he defendido muchas veces, si el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones, en los casos en que concurra el agotamiento de la vía judicial previa (porque el recurso de amparo constitucional es subsidiario siempre del amparo preferente que prestan los jueces ordinarios), en vez de ser un medio impugnatorio horizontal (planteado ante el propio órgano jurisdiccional cuya resolución se recurre), lo fuera vertical o jerárquico, porque los magistrados, constitucionales u ordinarios, permí-

tame la expresión, somos de la misma «pasta» y advertiríamos las posibles desviaciones en el otorgamiento de la tutela judicial efectiva con la distancia necesaria que muchas veces no se produce si se resuelve por el mismo órgano al que se imputa la infracción.

No respetar los plazos para la renovación del TC es incumplir un mandato constitucional

Por otra parte, también en algunas ocasiones, que suelen ser las más resonantes, si el Tribunal Supremo es el que determina e interpreta en último grado la ley ordinaria, el problema en muchas ocasiones no será de la sentencia del Supremo, sino de la ley y esto podría remediarlo el Tribunal Constitucional mediante el planteamiento de la oportuna «autocuestión» de inconstitucionalidad de esa propia Ley.

P: Supondría, Presidente Sala, una reforma legislativa importante...

R: En efecto, consistiría en la reforma del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuyéndole a un órgano jerárquicamente superior, a través de un medio de impugnación vertical y no horizontal, la resolución sobre la vulneración constitucional que se denuncia, o bien inclusive entendiéndolo, cuando se trata del Tribunal Supremo, que, siendo como es, el supremo interprete de la legalidad ordinaria, que los problemas en muchas ocasiones podrían evitarse si se analizara si es la ley, precisamente, la determinante de esa infracción constitucional.

P: En otro orden de cosas, ¿cuáles son las diferencias más sobresalientes entre su etapa como Magistrado y Presidente del Tribunal Supremo y la actual?

R: La repercusión mediática, sobre todo, y la repercusión política es mayor en el Tribunal Constitucional, por la propia naturaleza de los recursos, sobre todo los de inconstitucionalidad, de que conoce. El respeto a la independencia de los jueces, sean constitucionales o no, y a la institucionalidad de ambos Tribunales

algunas veces deja bastante que desear y se mide en función de la conveniencia política del resultado, y no debería ser así.

En el asunto del Estatut de Catalunya, el Tribunal perdió más de un año en resolver recusaciones improcedentes y desacertadas

P: Las dificultades, Presidente, para la renovación del TC, como de cualquier órgano constitucional, ¿en qué medida afectan al propio funcionamiento del Tribunal?

R: *Pues afectan; no, en el funcionamiento diario, porque las resoluciones se siguen dictando en las mismas condiciones, pero indudablemente el incumplimiento de estos plazos es un incumplimiento de un mandato que establece la Constitución. Aquí en el Tribunal unánimemente hemos considerado que todos los órganos (Congreso, Senado, CGPJ, Gobierno) han de cumplir este mandato constitucional. Una cosa es que haya dificultades, y que pudiera demorarse la renovación prudencialmente, y otra cosa son demoras desproporcionadas e injustificables. Yo quisiera que, en este punto, las fuerzas políticas y los órganos que son la máxima representación de la*

soberanía del pueblo español se preocuparan de cumplir estos mandatos y producir la renovación.

P: Es posible, Presidente, arbitrar algún mecanismo que posibilite que esta renovación se pueda llevar a cabo en el plazo legalmente previsto...

R: *Se ha escrito mucho sobre ello, se ha hablado en términos de Derecho comparado donde existen algunas posibilidades de renovación por decisión del propio órgano afectado, pero yo creo sinceramente que esto es algo que no debe remediarse legislativamente; la solución pasa por la asunción de la propia responsabilidad por parte de los órganos que tienen encomendada constitucionalmente la función de renovar el Tribunal Constitucional. A esa responsabilidad es a la que yo apelo, y apelamos todos los miembros de este Tribunal.*

P: Presidente, le tengo que trasladar una pregunta que se hace mucha gente: ¿quedó dañado el prestigio del Tribunal con el largo proceso que condujo a la sentencia del Estatut de Catalunya?

Achacar dependencia partidaria a un magistrado es hacerle una imputación de prevaricación. Y eso es muy grave y desorienta a los ciudadanos

R: *Ese largo proceso, y lo hemos dicho todos, ha sido un proceso excesivo, más de tres años. Era un recurso de una gran magnitud, el primero que se produce de estas características en más de treinta años de existencia de esta institución. Y era de gran magnitud, tanto por la densidad de la impugnación, pues se refiere a un Estatuto de autonomía en el marco del Estado de las Autonomías, como de su importancia, que lo convierte en el asunto de mayor calado en estos más de treinta años de historia del Tribunal Constitucional.*

Dicho esto, también tengo que decir que el Tribunal tuvo que utilizar más de un año en resolver una serie de recusaciones que fueron planteadas por las fuerzas políticas que habían impugnado o que se habían opuesto a la im-

Fotografía: Carlos Berbell



pugnación. Esto, en un recurso objetivo y abstracto, como es el de inconstitucionalidad, es algo insólito, pues no hay un interés particular o concreto de ningún magistrado.

El tribunal perdió más de un año en resolver estas recusaciones, en mi modo de ver, desacertadas e improcedentes.

Dicho lo cual es evidente que somos responsables de la tardanza en resolver este asunto que, por la naturaleza, la importancia y la densidad de la impugnación planteada, requería una deliberación exhaustiva.

P: Presidente, ¿qué valoración hace de esa impresión, que trasladan los medios de comunicación, de politización de los órganos constitucionales del Estado?

R: *Lamento que se traslade desde los medios de comunicación la idea de que la composición de cualquier Tribunal, concretamente del Tribunal Constitucional que es mi responsabilidad actual, esté determinada por la adscripción a un sector progresista o a un sector conservador, e inclusive que los sectores progresista o conservador se identifiquen con concretos partidos políticos. Esto es muy negativo y no es correcto. Un magistrado del Tribunal Constitucional, como un magistrado de la jurisdicción ordinaria, como cualquier ciudadano, puede tener ideología, pues es un derecho fundamental la libertad ideológica, pero la ideología no se puede confundir con la dependencia partidaria.*

Achacar dependencia partidaria a un magistrado, sea constitucional o de la jurisdicción ordinaria, es hacerle una imputación de prevaricación, que es la imputación más grave que puede recibir un magistrado. Y esto desorienta a la opinión pública.

La crítica de una actitud o de una resolución judicial es siempre beneficiosa, pero debe de estar en función de la fundamentación de esa resolución judicial.

A veces se critica una sentencia del Tribunal Constitucional, o una sentencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, y se hace con completa abstracción de lo que es la fundamentación, y sólo se hace en consideración de a quien beneficia o perjudica la sentencia, y entonces se imputa al Tribunal que ha prevaricado. Esto no pasa en ningún país de nuestro entorno y nos hace pensar, a veces, que el respeto institucional se ha perdido en nuestro país.

Porque es algo insólito que en un Estado de Derecho se impute a los Tribunales actuaciones prevaricadoras.

P: En ese estado de cosas, Presidente, puede que no sean ajenos responsables políticos, que realizan críticas excesivamente partidistas ante resoluciones judiciales de toda índole...

R: *Pues sí, que cada cual asuma su responsabilidad. Es buena y sana la crítica, pero siempre en función de la fundamentación jurídica y no la descalificación porque sí. Esto es algo que debiera de corregirse por respeto institucional y por respeto a los ciudadanos.*

Me gustaría que el TC tuviera una mayor proyección exterior y fuera más conocido por los ciudadanos

Finalmente, Presidente Sala, ¿cuál es la situación actual del Tribunal Constitucional y qué prioridades se ha marcado en esta etapa?

En primer lugar, decir que esta etapa no es de mucho tiempo, pues yo pertenezco al turno de magistrados que renuevan el Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno, y es éste un turno que no suele demorar su renovación.

No obstante tengo algunas prioridades. La situación actual es que, por el recurso del Estatut, se han acumulado algunos retrasos, sobre todo en los recursos de inconstitucionalidad y no así en los de amparo, que se encuentran estabilizados.

Por tanto, el primer objetivo es poner el Tribunal Constitucional al día. Y también es mi objetivo que el Tribunal tenga una proyección exterior, que lo conocieran los ciudadanos más, que se conociera y se respetara en las distintas Comunidades Autónomas, que el Tribunal incluso saliera de esta sede, para reunirse en otros lugares del territorio nacional, lo que llevaría a los ciudadanos a confraternizar más con el Tribunal. Instituciones como el Tribunal Constitucional no deben ser herméticas y deben tener una cierta proyección exterior.

En este apartado de la Revista se pretende incorporar trabajos encargados expresamente a las diferentes Comisiones y Servicios Técnicos del Consejo por entender participan del interés general. Para este primer número, el Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial ha elaborado una descripción de la Carrera Judicial que pone a sus integrantes frente al espejo sociolaboral que efectivamente representan.

perfil demográfico y laboral de la carrera judicial a 1 de enero de 2011

La figura del Juez o Magistrado está asociada a ciertos perfiles sociales basados en estereotipos ya claramente caducados. En estos momentos los componentes de la Carrera Judicial española son casi cinco mil profesionales cuyo único rasgo común es su formación jurídica y su pertenencia a la carrera judicial. Estas dos características abren un abanico de perfiles sociales y profesionales muy amplio del que queremos dejar constancia en esta sección. El conjunto de cuadros que se recogen a continuación constituyen el perfil demográfico y laboral de la carrera judicial a 1º de enero de 2011. En primer lugar se incluye el desglose por edades y sexo de los jueces y magistrados en activo (cuadros 1 y 2), para pasar seguidamente a detallar las distintas situaciones

administrativas y forma de ingreso (cuadros 3 a 10). En tercer lugar se contiene una distribución de las diferentes formas de ingreso por órganos de destino (cuadros 11 a 18), según se trate de órganos centrales o territoriales. Un cuarto apartado (cuadro 19) recoge el porcentaje de mujeres de la carrera judicial en los diferentes tipos de órganos judiciales. En quinto lugar, el cuadro 20 incluye una distribución por edad y sexo de los órganos centrales. El sexto apartado (cuadros 21 y 22) contiene la distribución de los ingresos producidos en 2010, según los turnos de acceso. Y en último lugar, el cuadro 23 desglosa por TSJ los porcentajes de movimientos habidos en los diferentes órganos judiciales en 2011 comparándolos con los que se produjeron en el año 2008.

1. Distribución por género, edad y antigüedad en la carrera

1.1 Jueces y Magistrados en activo 1 enero 2011

Cuadro 1

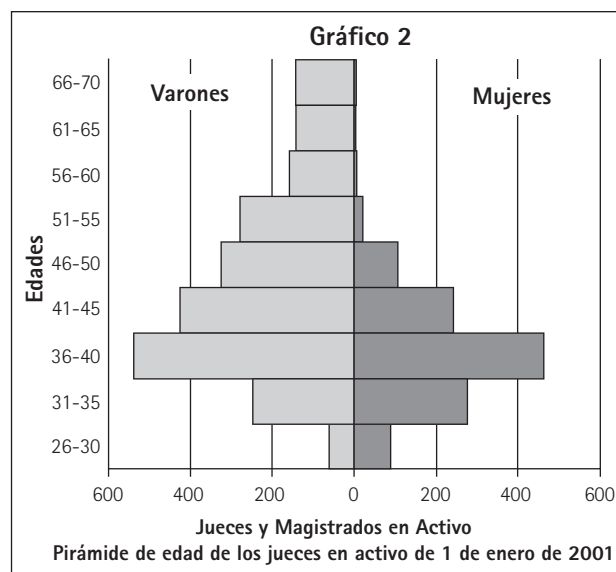
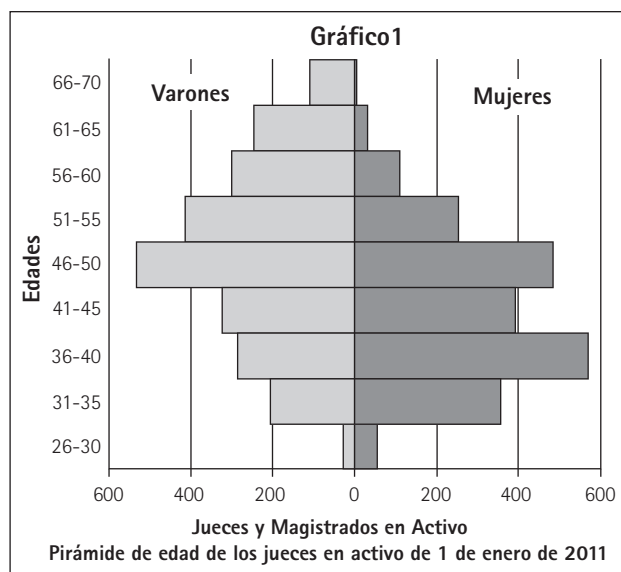
	Rango de edad					Total	Edad media	Antigüedad media
	De 20 a 30	De 31 a 40	De 41 a 50	De 51 a 60	De 61 a 70			
Mujer	56	931	873	369	38	2267	43,53	13,41
Varón	26	487	850	706	353	2422	49,66	18,22
Total	82	1418	1723	1075	391	4689	46,7	15,89

1.2 Distribución porcentual por género y edad

Cuadro 2

	Rango de edad					Total
	De 20 a 30	De 31 a 40	De 41 a 50	De 51 a 60	De 61 a 70	
Mujer	68,29%	65,66%	50,67%	34,33%	9,72%	48,35%
Varón	31,71%	34,34%	49,33%	65,67%	90,28%	51,65%

1.3 Contraste entre el año 2001 y el 2011 en la pirámide de edad de la carrera judicial española



2. Distribución por situación administrativa y forma de ingreso

2.1 Jueces y Magistrados con plaza

Cuadro 3

Forma de Ingreso	Número	Sexo		Edad	Antigüedad
		M	V		
Turno de juristas de reconocida competencia - 6 años	228	67	161	57,8	19
Turno juristas contencioso-administrativo 311.3 y 6	17	6	11	47,52	3,3
Turno juristas 10 años civil art. 311.3 y 6	22	12	10	45,36	1,6
Turno juristas 10 años C-P art. 311.3 y 6	14	5	9	47,15	6,1
Turno juristas 10 años penal art. 311.3 y 6	19	10	9	47,42	1,9
Turno juristas 10 años social art. 311.3 y 6	16	4	12	48,44	2,9
Turno de juristas de reconocida competencia - 10 años	195	42	153	57,02	14
Turno de juristas de reconocida competencia-15/20 años	10	1	9	60,45	7,1
Pruebas especialización Contencioso-Administrativo	9	3	6	44,18	6,9
Pruebas selectivas especialización social	2	1	1	49,17	11
Disposición transitoria 17 de la L.O.P.J.	10	1	9	63,29	26
Nombrado por el Turno de Comunidades Autónomas	21	4	17	59,77	12
Turno Jurídico Militar	5	0	5	60,72	8,5
Turno Libre	3832	2010	1822	45,24	16
Total	4400	2166	2234	46,61	16

2.2 Jueces y Magistrados con plaza (porcentajes de género por cada forma de ingreso)

Cuadro 4

	Total	M	V
Turno de juristas de reconocida competencia - 6 años	5,2%	29%	71%
Turno juristas contencioso-administrativo 311.3 y 6	0,4%	35%	65%
Turno juristas 10 años civil art. 311.3 y 6	0,5%	55%	45%
Turno juristas 10 años C-P art. 311.3 y 6	0,3%	36%	64%
Turno juristas 10 años penal art. 311.3 y 6	0,4%	53%	47%
Turno juristas 10 años social art. 311.3 y 6	0,4%	25%	75%
Turno de juristas de reconocida competencia - 10 años	4,4%	22%	78%
Turno de juristas de reconocida competencia-15/20 años	0,2%	10%	90%
Pruebas especialización Contencioso-Administrativo	0,2%	33%	67%
Pruebas selectivas especialización social	0,0%	50%	50%
Disposición transitoria 17 de la L.O.P.J.	0,2%	10%	90%
Nombrado por el Turno de Comunidades Autónomas	0,5%	19%	81%
Turno Jurídico Militar	0,1%	0%	100%
Turno Libre	87,1%	52%	48%
	100,0%	49%	51%

2.3 Jueces y Magistrados que ocupan plaza por el artículo 118*

Cuadro 5

Forma de Ingreso	Número	Porcentaje
Turno de juristas de reconocida competencia - 6 años	6	
Turno juristas 10 años C-P art. 311.3 y 6	2	
Turno juristas 10 años penal art. 311.3 y 6	1	
Turno de juristas de reconocida competencia - 10 años	9	
Turno de juristas de reconocida competencia-15/20 años	1	
Pruebas especialización Contencioso-Administrativo	1	
Turno Libre	70	
Total	90	

2.4 Jueces y Magistrados en comisión de servicio

Cuadro 6

Forma de Ingreso	Número	Sexo		Antigüedad
		M	V	
Turno de juristas de reconocida competencia - 6 años	9	2	7	16,35
Turno juristas contencioso-administrativo 311.3 y 6	2	0	2	3,15
Turno juristas 10 años C-P art. 311.3 y 6	2	0	2	2,30
Turno juristas 10 años penal art.311.3 y 6	1	1	0	6,10
Turno juristas 10 años social art. 311.3 y 6	1	0	1	6,03

Forma de Ingreso	Número	Sexo		Antigüedad
		M	V	
Turno de juristas de reconocida competencia - 10 años	9	2	7	14,16
Pruebas especialización Contencioso-Administrativo	5	1	4	10,64
PCS Pruebas selectivas especialización social	1	0	1	14,18
Turno Libre	136	44	92	17,40
Total	166	50	116	16,46

2.5 Jueces y Magistrados en servicios especiales

Cuadro 7

Forma de ingreso	Número	Sexo		Antigüedad
		M	V	
Turno de juristas de reconocida competencia - 6 años	11	5	6	18,7
Turno juristas contencioso-administrativo 311.3 y 6	1	0	1	3,84
Turno de juristas de reconocida competencia - 10 años	20	8	12	12,84
Turno de juristas de reconocida competencia-15/20 años	1	0	1	19,88
Pruebas especialización Contencioso-Administrativo	1	0	1	14,18
Nombrado por el Turno de Comunidades Autónomas	1	0	1	10,15
Turno Libre	91	36	55	21,03
Total	126	49	77	19,24

2.6 Jueces y Magistrados en servicios especiales a 1 de enero del año 2011

Cuadro 8

	Rango de edad				Total	Edad media	Antigüedad media
	De 31 a 40	De 41 a 50	De 51 a 60	De 61 a 70			
Mujer	7	20	21	1	49	49,52	18,5
Porcentaje	50,00%	38,46%	41,18%	11,11%	38,89%		
Varón	7	32	30	8	77	51,29	19,71
Porcentaje	50,00%	61,54%	58,82%	88,89%	61,11%		
Total	14	52	51	9	126	50,6	19,24

2.7 Jueces y Magistrados en excedencia voluntaria por cuidado de hijos a 1 de enero del año 2011

Cuadro 9

Forma de Ingreso	Número	Sexo		Edad	Antigüedad
		M	V		
Turno juristas contencioso-administrativo 311.3 y 6	1	1	0	36,15	0,77
Turno Libre	18	17	1	38,4	8,65
Total	19	18	1	38,29	8,24

2.8 Jueces y Magistrados en excedencia voluntaria por cuidado de hijo a 1 de enero del año 2011

Cuadro 10

	Rango de edad		Total	Edad media	Antigüedad media
	De 31 a 40	De 41 a 50			
Mujer	16	2	18	37,68	8,41
Porcentaje	100,00%	66,67%	94,74%		
Varón	0	1	1	49,25	5,23
Porcentaje	0,00%	33,33%	5,26%		
Total	16	3	19	38,29	8,24

3. Distribución por forma de ingreso y tipo de órgano de destino

3.1 Turno libre

3.1.1 Órganos centrales

Cuadro 11

Juzgado	Número	Edad media	Antigüedad media
Tribunal Supremo	55	61,66	34,66
Audiencia Nacional	57	54,3	26,48
Juzgado Central de Instrucción	5	51,06	24,75
Juzgado Central de lo Penal Único	1	56,64	31,1
Juzgado Central de Menores Único	1	47,65	20,91
Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo	7	45,43	16,85
Registro Civil Central	2	62,44	34,49

3.1.2 Órganos territoriales

Cuadro 12

Órgano	Número	Edad media	Antigüedad media
TSJ	399	52,82	24,88
Audiencia P.	753	53,01	25,41
Juzgado de lo Penal	282	43,18	13,9
Juzgado Contencioso Adtvo.	147	44,81	15,09
Juzgado de lo Social	232	44,4	15,3
Juzgado Vigilancia Penitenc.	41	48,03	18,4
Juzgado de Menores	68	46,56	17,59
Juzgado Primera Instancia e Instrucción	836	36,06	5,01
Juzgado de Primera Instancia	613	43,93	14,88
Juzgado de Instrucción	399	44,13	14,77
Registro Civil Exclusivo Único	22	54,57	27,05
Juzgado Decano Exclusivo	5	48,93	20,64
Juzgado de lo Mercantil	55	41,09	11,44
Juzgado Violencia sobre la Mujer	85	40,35	10,38

3.2 Turno de Juristas de reconocida competencia - 6 años

3.2.1 Órganos centrales

Cuadro 13

Forma de Ingreso	Número	Edad media	Antigüedad media
Tribunal Supremo	1	59,5	22,21
Audiencia Nacional	2	65,19	21,63
Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo	1	65,39	22,92

3.2.2 Órganos Territoriales

Cuadro 14

Órgano	Número	Edad Media	Antigüedad Media
TSJ	26	59,68	20,08
Audiencia P.	55	58,8	19,7
Juzgado de lo Penal	23	56,06	17,46
Juzgado Contencioso Adtvo.	14	55,54	17,97
Juzgado de lo Social	17	63,51	20,81
Juzgado Vigilancia Penitenc.	6	56,21	19,81
Juzgado de Menores	11	56,2	16,66
Juzgado Primera Instancia e Instrucción	8	51,51	12,7
Juzgado de Primera Instancia	40	55,85	17,24
Juzgado de Instrucción	31	57,27	18,3
Registro Civil Exclusivo Único	3	62,15	20,25
Juzgado de lo Mercantil	2	51,39	13,15
Juzgado Violencia sobre la Mujer	5	51,96	14

3.3. Turno de Juristas de reconocida competencia - 10 años

3.3.1 Órganos centrales

Cuadro 15

Forma de Ingreso	Número	Edad media	Antigüedad media
Tribunal Supremo	3	63,33	23,5
Audiencia Nacional	4	60,85	22,88
Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo	3	61,13	16,53

3.3.2 Órganos territoriales

Cuadro 16

Órgano	Número	Edad media	Antigüedad media
TSJ	38	58,58	17,62
Audiencia P.	19	58,62	15,41
Juzgado de lo Penal	13	51,64	10,62
Juzgado Contencioso Adtvo.	32	55,22	11,45
Juzgado de lo Social	55	56,51	11,71
Juzgado Vigilancia Penitenc.	1	54,59	12,3
Juzgado de Menores	3	57,66	19,89
Juzgado de Primera Instancia	26	56,15	12,4
Juzgado de Instrucción	10	61,09	16,76
Registro Civil Exclusivo Único	1	57,02	19,97
Juzgado de lo Mercantil	3	58,79	13,02
Juzgado Violencia sobre la Mujer	4	52,73	9,24

3.4 Turno de Juristas 10 años penal art. 311.3 y 6

Cuadro 17

Órgano	Número	Edad media	Antigüedad media
TSJ	1	51,57	6,1
Juzgado de lo Penal (C-P)	3	52,14	6,1
Juzgado de lo Penal (Penal)	11	47,01	1,61
Juzgado Contencioso Adtvo.	21	46,74	3,07
Juzgado de lo Social	17	48,38	3,04
Juzgado Primera Instancia e Instrucción	7	47,58	6,1
Juzgado de Primera Instancia (Civil)	24	44,81	1,66
Juzgado de Primera Instancia (C-P)	2	43,33	6,2
Juzgado de Instrucción (C-P)	2	46,51	6,1
Juzgado de Instrucción (Penal)	8	47,98	2,3
Juzgado de lo Mercantil	1	42,29	6,1

3.5 Otras formas de ingreso

Cuadro 18

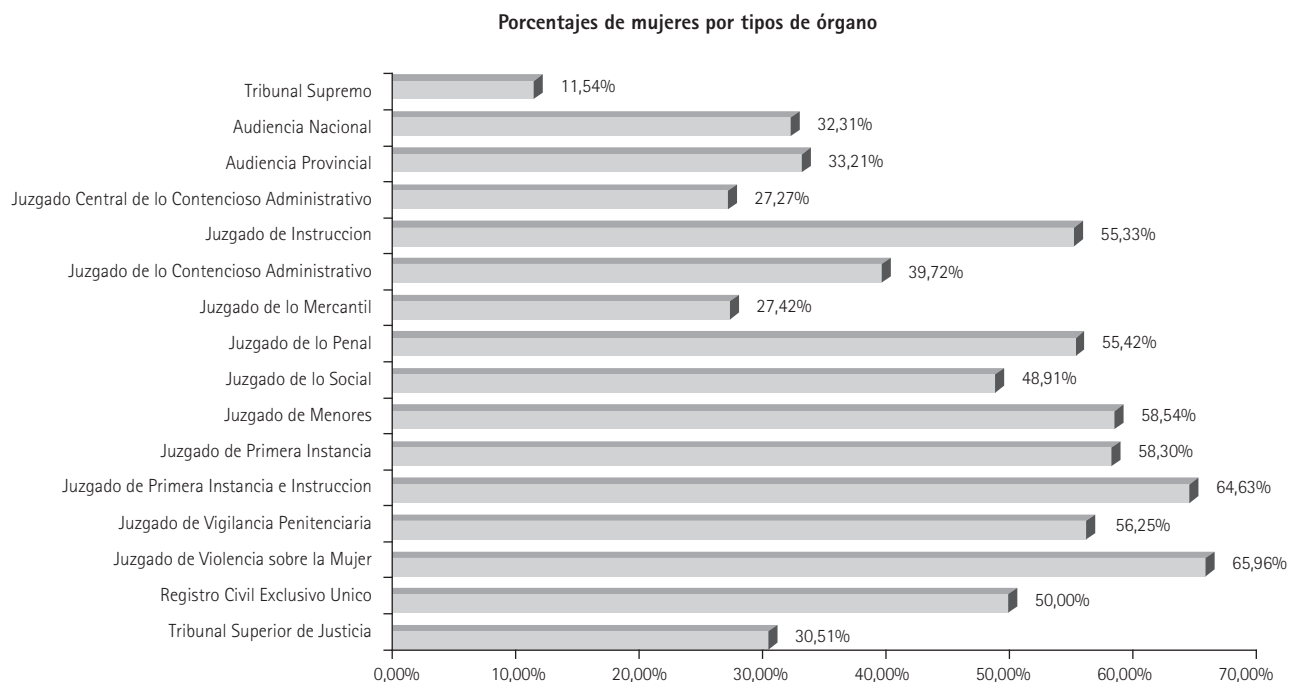
Otras formas de ingreso	Número	Edad media	Antigüedad media
T. Supremo:			
• Turno de Juristas de reconocida competencia-15/20 años	11	60,25	7,18
• Disposición transitoria 17 de la L.O.P.J.	4	62,49	25,52
• Turno Jurídico Militar	4	61,67	3,02
A. Nacional:			
• Pruebas especialización Contencioso-Administrativo	1	49,33	14,18
• Disposición transitoria 17 de la L.O.P.J.	1	64,55	25,52
TSJ:			
• Pruebas especialización Contencioso- Administrativo	14	43,52	8,02
• Pruebas selectivas especialización social	3	48,83	11,79
• Disposición transitoria 17 de la L.O.P.J.	6	63,64	25,52
• Nombrado por el Turno de Comunidades Autónomas	21	59,77	12,47
A. Prov:			
• Turno Jurídico Militar	1	56,9	30,43

4. Porcentaje de mujeres en los distintos tipos de órganos

Cuadro 19

Tribunal Supremo	11,54%
Audiencia Nacional	32,31%
Audiencia Provincial	33,21%
Juzgado Central De Lo Contencioso Administrativo	27,27%
Juzgado de Instruccion	55,33%
Juzgado de lo Contencioso Administrativo	39,72%
Juzgado de lo Mercantil	27,42%
Juzgado de lo Penal	55,42%
Juzgado de lo Social	48,91%
Juzgado de Menores	58,54%
Juzgado de Primera Instancia	58,30%
Juzgado de Primera Instancia e Instruccion	64,63%
Juzgado de Vigilancia Penitenciaria	56,25%
Juzgado de Violencia sobre la Mujer	65,96%
Registro Civil Exclusivo Unico	50,00%
Tribunal Superior de Justicia	30,51%

Gráfico 3



5. Órganos centrales. Distribución por edad y sexo

Distribución porcentual por sexo

Cuadro 20

Órganos Centrales	Número		Edad media		Antigüedad media	
	Mujer	Varón	Mujer	Varón	Mujer	Varón
Tribunal Supremo	9	69	57,24	62,1	23,66	28,69
Audiencia Nacional	21	44	52,19	56,51	25,04	26,32
Registro Civil Central	1	1	57,01	67,86	30,35	38,64
Juzgado Central de Instrucción	0	5	0	51,06	0	24,75
Juzgado Central de lo Penal Único	0	1	0	56,64	0	31,1
Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo	3	8	50,01	52,1	16,32	17,69
Juzgado Central de Menores Único	0	1	0	47,65	0	20,91
Total	34	129	53,48	59,04	24,06	27,08

6. Ingresos en la carrera judicial en el año 2010

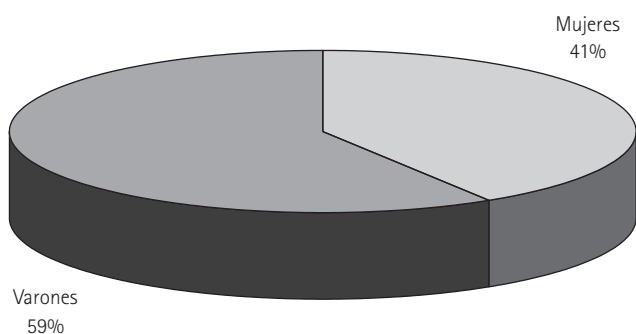
6.1. Ingresados por turnos distintos del libre

Cuadro 21

	Número	Porcentaje	Edad Media
Mujeres	20	40,82%	45,17
Varones	29	59,18%	46,15

Edad Media	45,75
------------	-------

Gráfico 4
Turnos distintos del libre



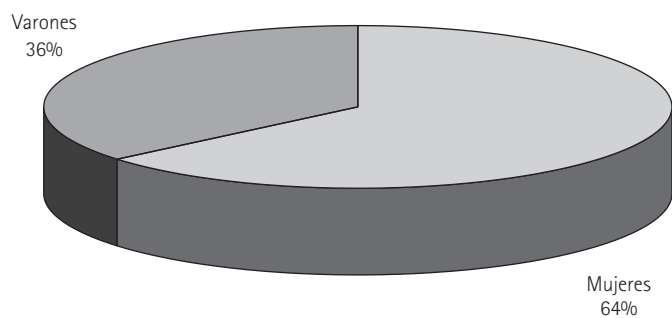
6.2 Ingresados por turno libre

Cuadro 22

	Número	Porcentaje	Edad Media
Mujeres	77	64,17%	32,5
Varones	43	35,83%	33,31

Edad Media	32,79
------------	-------

Gráfico 5
Turno libre



7. Comparación de los movimientos de los titulares de órganos judiciales entre los años 2008 a 2011

Cuadro 23

	Permanece en el mismo órgano		A un órgano central		Otro órgano dentro de la misma provincia		Igual TSJ y distinta provincia		Otro TSJ	
	Situación a 1-1-2011	Situación a 1-1-2008	Situación a 1-1-2011	Situación a 1-1-2008	Situación a 1-1-2011	Situación a 1-1-2008	Situación a 1-1-2011	Situación a 1-1-2008	Situación a 1-1-2011	Situación a 1-1-2008
Órganos Centrales	94,5%	90,73%	1,8%	2,65%	0,0%	0,00%	0,0%	0,00%	1,2%	1,32%
Andalucía	85,4%	81,83%	0,1%	0,13%	6,2%	5,38%	3,5%	5,65%	2,7%	5,25%
Aragón	84,7%	91,94%	0,0%	0,00%	7,3%	1,61%	3,6%	0,81%	4,4%	4,03%
Asturias	84,2%	89,13%	0,0%	0,00%	10,3%	5,80%	0,0%	0,00%	3,4%	5,07%
Balears	35,0%	84,68%	0,0%	0,00%	63,1%	6,31%	0,0%	0,00%	1,9%	7,21%
Canarias	76,3%	79,17%	0,0%	0,00%	12,6%	10,42%	3,5%	2,08%	7,1%	7,81%
Cantabria	83,3%	84,38%	0,0%	0,00%	11,1%	4,69%	1,4%	0,00%	4,2%	9,38%
Castilla-La Mancha	74,7%	85,53%	0,0%	0,00%	8,4%	0,66%	3,0%	1,32%	13,3%	11,18%
Castilla y León	78,1%	88,37%	0,4%	0,00%	11,9%	2,71%	3,2%	3,88%	4,0%	4,26%
Cataluña	75,5%	78,76%	0,0%	0,33%	14,2%	6,54%	1,7%	2,45%	5,6%	9,15%
C. Valenciana	78,8%	81,73%	0,0%	0,00%	14,1%	7,69%	3,2%	3,61%	2,4%	4,81%
Extremadura	75,8%	86,81%	0,0%	0,00%	11,6%	1,10%	3,2%	2,20%	9,5%	9,89%
Galicia	81,9%	77,35%	0,0%	0,35%	12,4%	6,62%	1,7%	6,62%	3,0%	5,57%
Madrid	89,1%	85,41%	0,0%	0,53%	7,1%	10,50%	0,5%	0,18%	1,1%	1,96%
Murcia	86,0%	88,52%	0,0%	0,00%	9,1%	4,10%	0,8%	0,00%	4,1%	6,56%
Navarra	75,0%	94,55%	0,0%	0,00%	10,0%	0,00%	1,7%	0,00%	13,3%	5,45%
País Vasco	80,0%	79,01%	0,0%	0,00%	9,7%	6,63%	1,1%	3,31%	8,1%	9,39%
Rioja	66,7%	83,33%	3,0%	0,00%	15,2%	3,33%	0,0%	0,00%	12,1%	13,33%
TOTAL	80,9%	80,9%	0,1%	0,00%	11,0%	11,0%	2,1%	2,1%	4,1%	4,1%

% mayor en 2011 respecto a 2008

La nueva oficina judicial: algo más que una oficina

opina Miguel Ángel Cadenas Sobreira
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

I

La NOJ tiene por finalidad sustancial sustituir el modelo de juzgado tradicional por otro distinto en el que se integra una unidad sucesora del antecedente juzgado, la UPAD, y un servicio común, con un elemento añadido de carácter organizativo, unidades administrativas. Su despliegue implica un conjunto de cambios estructurales, organizativos, tecnológicos... y legislativos.

Aparte de los problemas que la NOJ encierra en lo que atañe a dotación de instrumentos e infraestructuras, la redistribución que en la Ley se hace de las funciones del juez y del secretario judicial ha propiciado, quizá, el núcleo más agudo de las discrepancias. Se habla de la transferencia de facultades del juez al secretario judicial, de las UPAD a los Servicios Comunes; traspaso de las decisiones del ámbito del juez (las UPAD) al de los funcionarios judiciales encabezados por el Secretario judicial (art. 476. A LOPJ).

La reforma hace hincapié en los Servicios Comunes, desjudicializando parte del procedimiento en el sentido de vincularlo al Secretario judicial en aspectos tales como la admisión de la demanda, la terminación anormal de los procedimientos o la ejecución. Sectores concretos han formulado objeciones al sistema, trayendo incluso a colación juicios de constitucionalidad sobre aquello que encierre privación a los jueces de funciones que, de calificarse de jurisdiccionales, la CE a ellos y sólo a ellos encomienda; si bien, con carácter general, hay revisión judicial posterior a la decisión procedimental de que se trate; esto, sin embargo, no soslaya problemas concretos, como en el contexto de la admisión de la demanda por el secretario judicial (las conclusiones de las Jornadas de magistrados de Familia, marzo de 2011, Barcelona, aluden también a ello). En cualquier caso, de conformidad con el art. 435.1 LOPJ, la organización que es la oficina judicial tiene un punto de referencia innegociable, que no se puede soslayar o relegar: el juez, la potestad juris-

diccional que ostenta ex Constitución. Con evidencia, no cabe considerar al juez como un sujeto más dentro del entramado de la NOJ y de su materialización.

La implantación de la NOJ implica un proceso largo y complejo que a día de hoy se está desarrollando en forma de despliegue integral en ciudades concretas. Y lo está haciendo, aparte de serios problemas de instrumentos e infraestructuras, con disfunciones que apuntan a cuestiones tan sustanciales como la clara delimitación de funciones de las UPAD y los SCOP dentro de la nueva organización, de ciertas competencias entre juez y secretario judicial. Resulta trascendente el acuerdo del Pleno del CGPJ de 31/3/2011, que aprobó la Instrucción 1/2011 «sobre el funcionamiento de las unidades procesales de apoyo directo a jueces y magistrados y su actuación coordinada con los Servicios Comunes Procesales».

II

Si bien la estructura esencial de la Oficina Judicial es homogénea para todo el territorio nacional (art. 435.2 LOPJ), la dimensión y organización debe ser determinada por la Administración competente, art. 436.3 LOPJ; contexto en el que a las CCAA con competencias transferidas les corresponde (arts. 438 y 439 LOPJ) el diseño, creación y organización de los SCP y de las unidades administrativas correspondientes.

La implantación y despliegue de la NOJ en Galicia constituye en la actualidad un proceso diseñado por la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas e Xustiza en dos fases, denominadas «Plan de Primeras Medidas» y «Plan Estratégico de implantación de la nueva Oficina Judicial».

La primera fase abarca los Servicios Comunes procesales generales de la Administración de Justicia y las

unidades administrativas y unidades de apoyo a los órganos de gobierno.

Respecto de los Servicios Comunes procesales generales, con un proyecto de Decreto de constitución informado en el año 2010 por el CGPJ, está prevista la creación de 25 servicios comunes que se situarán en las 7 principales ciudades gallegas y en los 9 partidos judiciales que cuentan con 3 o más juzgados (afectantes al 82% de las sedes de la planta judicial de Galicia). Sus funciones son de registro general de entrada, reparto, información y atención al ciudadano, actos de comunicación y de ejecución, archivo único de gestión, depósito de efectos, archivo territorial... señalamiento inmediato de juicios civiles, programación y gestión de vistas, juicios y señalamientos.

Respecto de las Unidades Administrativas y de Apoyo se trata de unidades (en número de 19) sitas en los edificios judiciales con funciones de gestión de recursos humanos en relación con los funcionarios de los órganos judiciales y fiscalías gallegas; de administración de medios económicos y materiales; y de soporte de medios audiovisuales e informáticos al servicio de aquellos dichos órganos. Por Decreto de la Xunta de Galicia 148/2010 se regulan y constituyen las 7 Unidades administrativas que estarán integradas por funcionarios de la Administración de Justicia y sitas en las sedes judiciales de las capitales de las cuatro provincias gallegas, Ferrol, Santiago y Vigo.

Asimismo, el decreto regula las Unidades de Apoyo a las presidencias de los Tribunales colegiados y a los Decanatos de aquellas 7 ciudades dichas para atender las necesidades organizativas y gubernativas.

La segunda fase se cierne sobre los Servicios Comunes de ordenación de procedimientos y de ejecución. Mediante

**la reforma
hace hincapié
en los
servicios
comunes,
desjudicializando
parte del
procedimiento
en el sentido
de vincularlo al
secretario judicial
en aspectos tales
como la admisión
de la demanda,
la terminación
anormal de los
procedimientos o
la ejecución**

el Decreto 427/09, de 19 de noviembre, se crean y regulan las Comisiones y los Grupos de trabajo para el diseño e implantación de la NOX en Galicia. La constitución efectiva en 26/11/2010 de la Comisión Autonómica supuso el inicio de esta 2ª Fase, pendiente la de la Comisión Técnica, que prevista en 2011 y presidida por el Director Xeral de Xustiza ha de elaborar el borrador del plan que aprobará la Comisión Autonómica y la adopción de los acuerdos de ejecución. En su momento, el Plan será aprobado por la Xunta de Galicia, conteniendo el diseño del modelo organizativo de las Oficinas judiciales de la Administración de Justicia en Galicia, tanto de las UPAD y los Servicios Comunes de Ordenación del proceso como los Servicios Comunes de ejecución.

III

En la actualidad, están aflorando problemas en la estructura y funcionamiento de la NOJ: insuficiente dotación de personal de las UPAD, y también de los SCOP; deficiencias técnicas de la aplicación informática de la Oficina; incorrecto funcionamiento de otras herramientas indispensables, como la agenda de señalamientos (art. 182.2 LEC) ...

Resulta obligado subsanar lo oportuno en los lugares de implantación y evitar situaciones similares en aquellos otros territorios en que la NOJ todavía está en vías de ser desarrollada en lo sustancial. No sólo se trata del crédito y la eficacia de la NOJ, sino de que alcance su fin de conformidad con la propia ley que la contempla, en el contexto del art. 117 CE. Tanto más cuando de su debida implantación y correcto funcionamiento depende la efectividad de otras reformas de futuro; como, según ha señalado el propio CGPJ, la de los Tribunales de Instancia.

Las unidades procesales de apoyo directo en las audiencias provinciales

opina

Esther Erice Martínez

Presidenta de la Audiencia Provincial de Navarra

La definición de oficina judicial que realiza el art. 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L. O. del Poder Judicial) supuso ya el avance del modelo que ha dado lugar a los distintos cambios estructurales, organizativos y normativos que se han llevado a cabo posteriormente para la implantación del nuevo modelo de oficina judicial.

El citado precepto la define como organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales, establece que su estructura básica será homogénea en todo el territorio nacional, y señala como criterios de funcionamiento los de *agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión, coordinación y cooperación entre las administraciones*, con una especial referencia a la *Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia*, aprobada como proposición no de ley por el Congreso de los Diputados el día 16 de abril de 2002, documento cuyos postulados son *la transparencia, atención al ciudadano, información, responsabilidad, agilidad en la respuesta, utilización de nuevas tecnologías, etc.*

Con posterioridad la asignación de todo el personal al servicio de la administración de justicia a través de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) a las tareas especificadas sustituyó el obsoleto régimen de plantillas, facilitando, entre otras cosas, una mejor delimitación de las funciones de cada integrante de la oficina judicial; si bien es precisa aun una mayor concreción de las funciones de los miembros de la oficina relacionadas con las tareas contenidas en los nuevos protocolos que se realicen.

La Orden JUS/1741/2010, de 22 de junio, estableció la estructura básica de la oficina judicial que comprende tanto las Unidades Procesales de Apoyo Directo (UPAD) como los Servicios Comunes Procesales (SCP) y apro-

bó la RPT de las oficinas judiciales y de las secretarías de gobierno incluidas en la I Fase de implantación. No puede obviarse que las administraciones competentes en materia de gestión de medios al servicio de la administración de justicia pueden mejorar las dotaciones básicas establecidas a través de las correspondientes RPT que contiene la Orden y que ésta habrá de revisarse.

La Instrucción 1/2011 del Consejo General del Poder Judicial, sobre el funcionamiento de las UPAD a Jueces y Magistrados y su actuación coordinada con los SCP, especifica las funciones que las UPAD deben desarrollar, en la asistencia directa a los Magistrados en el ejercicio de las funciones que les son propias. Se especifica que los Secretarios Judiciales y el resto de los funcionarios con destino en estas unidades cumplirán y velarán por el cumplimiento de las decisiones adoptadas por los Magistrados en el ejercicio de sus competencias. Se recogen también una serie de criterios de actuación de las UPAD necesarios para garantizar su correcta conexión e interrelación con los SCP, delimitando las funciones que corresponden a aquéllas y a éstos. Finalmente se regula el control y seguimiento de asuntos, estableciéndose un mecanismo de consultas sobre la aplicación de la Instrucción.

Entre las actuaciones que se refieren a la preparación de las resoluciones judiciales y dictado de las mismas resulta de especial relevancia para las UPAD de una Audiencia Provincial las labores de confección de notas de constancia, de referencia, de resumen de autos y de examen del trámite, realización de índices, (*vid* arts. 476 y 477 de la LOPJ, y art. 7.2 a) de la Orden JUS/1741/2010, de 22 de junio), y las labores de asistencia a profesionales, litigantes y víctimas.

La dimensión de las UPAD tras el dictado de la Instrucción referida anteriormente debe acomodarse a sus

efectivas necesidades, conforme a las funciones que se les encomiendan, siendo conveniente que cuenten además con funcionarios que reúnan un perfil profesional de máxima cualificación, dentro de su respectiva categoría, y que aquel se valore como mérito preferente de acceso a las mismas (por ejemplo, licenciatura en derecho, documentalista, etc.).

la eficacia de la nueva oficina dependerá de que se produzca un cambio de actitud de todos los profesionales implicados en la administración de justicia

El diseño de la UPAD debe resultar suficiente para constituir un instrumento que permita a cada Magistrado realizar un trabajo de mayor calidad, centrado esencialmente en su papel resolutorio de tal forma que los procedimientos estén adecuadamente preparados para su enjuiciamiento.

Funciones de documentación que hasta ahora no venían realizándose en las oficinas de las Audiencias Provinciales y una auténtica ordenación del procedimiento que posibilite la función decisoria harán de estas unidades una verdadera estructura de apoyo para ejercer

la jurisdicción en condiciones idóneas, alejadas por tanto de una gestión meramente burocrática «del papel». En este sentido la Instrucción 1/2011 establece que los Magistrados podrán dar criterios e instrucciones a los funcionarios de las UPAD, con arreglo a las cuales se deberán realizar las distintas actuaciones desarrolladas en el ejercicio de su función jurisdiccional, conforme a la finalidad propia de las unidades.

Queda pendiente establecer con precisión los sistemas de coordinación entre el Secretario y los Magistrados, así como el control judicial de la actuación del Secretario en los procesos, en relación con las materias que le esté legalmente asignadas y en un marco distinto al ejercicio de funciones de control por vía de recursos.

La eficacia de la nueva oficina dependerá de que se produzca un cambio de actitud de todos los profesionales implicados en la Administración de Justicia, así como de que asumamos la importancia que para el desempeño de nuestra función tienen la agilidad, la racionalidad, la eficacia, la responsabilidad, la eficiencia y la calidad de la organización que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional, y de nuestra capacidad para incorporar los principios básicos del nuevo paradigma organizativo: la coordinación, la formación de equipos y el control de calidad. Junto a todo ello no puede obviarse la importancia de las medidas organizativas que se adopten por las Administraciones públicas para la realización de un plan de gestión del cambio, que ayude a comprender y aplicar los valores y principios contenidos en esta reforma.

Algunas reflexiones sobre el proceso de implantación de la nueva oficina judicial

opina Pedro L. Viquer Soler
Magistrado-Decano de los Juzgados de Valencia

La necesidad de establecer una nueva organización de lo que podríamos denominar el «soporte administrativo de la

actividad jurisdiccional» se apuntaba ya en el Libro Blanco de la Justicia de 1998 hace nada menos que trece años. En

dicho texto se advertía de la conveniencia de una reestructuración de la oficina judicial ya que según se afirmaba «*su configuración actual no satisface a nadie*». Esta inquietud en orden a la modernización de la oficina judicial tuvo su reflejo en el Pacto de Estado por la Justicia de 2001 que cristalizó en la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, norma que introdujo la base legal de esta nueva organización. Sin embargo dicha regulación quedó en papel mojado, pues transcurrieron nada menos que cinco años de absoluta pasividad institucional y no se retomó la necesidad de reorganizar el andamiaje administrativo-judicial hasta que en 2008 saltó a los medios de comunicación un triste suceso que puso en evidencia las miserias del sistema judicial debido a diversos fallos en la tramitación de una ejecutoria penal. El asunto explotó con toda virulencia ya que desde determinados ámbitos políticos se pretendía descargar exclusivamente sobre el juez y la secretaria judicial del juzgado en cuestión las deficiencias de un sistema judicial obsoleto, lo que provocó la reacción del colectivo judicial que entendía, por el contrario, que los responsables de estas deficiencias del sistema judicial eran precisamente los responsables políticos pues ningún gobierno había tenido interés en modernizar y mejorar la Administración de Justicia, y en cuanto a la oficina judicial, en particular, se afirmaba que habría bastado simplemente con aplicar la Ley y con una pizca de voluntad política. Pero no la hubo. Los Jueces reprochaban a los gestores públicos el hecho incontestable de que la Justicia nunca les había interesado, que estaba completamente abandonada a su suerte, en suma, entendían que no había sido nunca una prioridad. Después llegaron las huelgas judiciales de 2009, y precisamente una de las principales protestas de los jueces era la incuria de los poderes públicos en cuanto a la implantación de la nueva oficina judicial (NOJ). Ciertamente como consecuencia de dichas protestas el Ministerio de Justicia comenzó a moverse desempolvando una norma legal olvidada, y lo cierto es que fue un importante avance la aprobación de la Ley 13/2009 de Reforma de las Leyes Procesales para la Implantación de la Oficina Judicial, que adaptaba los procesos judiciales al nuevo escenario de la futura NOJ y al trascendental papel en el proceso y en la oficina de los Secretarios Judiciales. La norma entró en vigor en mayo de 2010 y poco después, en noviembre de ese mismo año, se pusieron en marcha las primeras experiencias piloto en las ciudades de Murcia y Burgos.

Hasta aquí la historia. Y a continuación, una puntualización para evitar malentendidos: Pese a cuanto se

expondrá a continuación, sigo siendo partidario, pese a los escépticos, de una organización judicial nueva, distinta, más eficaz y eficiente, porque el modelo actual basado en los juzgados-taifas está, a mi juicio, caducado. Entiendo que la nueva organización de la oficina judicial es en principio positiva pues tiende a racionalizar, sistematizar y optimizar el trabajo judicial en una organización moderna, y permitirá al juez dedicarse a la resolución de los asuntos desligándole de la gestión de la oficina y de la tramitación rutinaria de los procedimientos sin perder ni un minuto en estos menesteres que la Ley ahora encomienda a los secretarios judiciales (un cuerpo con una excelente preparación pero desde siempre desaprovechado), aunque es necesario reconocer que la delimitación de lo estrictamente administrativo, lo procesal y lo jurisdiccional no es ni de hecho está resultando fácil; pero, no nos engañemos, la verdad es que se ha avanzado más bien poco y el proceso de implantación de la NOJ tampoco está siendo especialmente satisfactorio.

Para empezar, la nueva organización de la oficina llega con ocho años de retraso y por lo que se intuye, se pretende llevar a cabo en sedes muy puntuales y con un escaso interés de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas para su implantación, para las que la cotidiana gestión del aparato judicial está resultando ser un auténtico problema. Se trata de un proceso muy lento, sólo contamos con cuatro «experiencias piloto» en ciudades de tamaño medio (Murcia, Burgos, Cáceres y Ciudad Real) y con los medios actuales el proceso de implantación a nivel nacional puede acabar dentro de muchos años y sin dudarle va a desarrollarse asimétricamente. Los resultados son poco optimistas, de hecho hace unos días se anunciaba por el Vicepresidente del CGPJ que se estaba valorando la posibilidad de suspender la extensión de la implantación de la NOJ a otras ciudades ya que las cosas no estaban marchando bien especialmente en la ciudad de Burgos donde los juzgados ahora estaban dando un servicio manifiestamente peor que antes de la implantación de la NOJ; y me consta que los problemas están siendo también importantes en las restantes ciudades, sobre todo a nivel informático y a la hora de dimensionar los servicios comunes especialmente el SCOP y también las UPAD. Si esta es la situación actual ¿qué sucederá cuando dicha experiencia se aplique en grandes ciudades como Madrid,

Barcelona, Valencia o Sevilla? En este contexto no es de extrañar que los compañeros desconfíen -casi temen- el advenimiento de la NOJ y que prefieran que las cosas queden como están. Obviamente esta no es la solución. Debemos seguir apostando por el futuro, por una organización judicial moderna, pero también tenemos el deber y la responsabilidad de denunciar lo que no nos satisface en este proceso, en el que se observa un excesivo protagonismo invasivo del Ministerio de Justicia con una correlativa marginación de los órganos de gobierno de los juzgados y tribunales, una indefinición de funciones de los jueces y secretarios judiciales con la consiguiente confusión en cuanto a la delimitación de responsabilidades, una exagerada «administrativización» y un cierto arrinconamiento del juez, como si de repente y por arte de magia los magistrados quedaran al margen de la Administración de Justicia como meros convidados de piedra, inmersos en un marasmo administrativo en el que no pueden intervenir y nada pueden supervisar, en fin, como si lo accesorio o instrumental (por utilizar un término que emplea el propio art. 435 LOPJ al referirse a la NOJ) hubiera pasado a ser lo principal, y no debería ser así porque la nueva oficina judicial no es un fin en sí misma, está al servicio de los jueces y no a la inversa. Un buen ejemplo de ello ha sido la polémica determinación de las funciones de las unidades procesales de apoyo directo que ha dado lugar a la Instrucción nº 1/2011 del CGPJ, que se ha visto obligado a tomar las riendas en este proceso de implantación para evitar una clara marginación del juez, al que se le niega protagonismo incluso en la célula básica a que queda reducido el juzgado: Las unidades procesales de apoyo directo al juez.

Pero sobre todo debemos llamar la atención de un hecho incontestable: En este proceso hay premisas esenciales para la exitosa implantación de la oficina judicial que no se han abordado a pesar de que deberían haberse resuelto antes o al menos simultáneamente.

En primer lugar, debe advertirse que la NOJ será un fracaso si no va acompañada de un incremento del número de jueces, porque si las manos para resolver los litigios y poner sentencias son las mismas, el cuello de botella continuará existiendo. Hoy es un clamor la necesidad de incrementar el número de jueces en España, lo que ya nadie discute; de hecho en los últimos 10

años los asuntos se han duplicado en las jurisdicciones civil, mercantil, social y contencioso-administrativa, sin embargo el número de jueces prácticamente no ha aumentado pues se ha pasado de 3.917 en 1999 a 4.711 en 2010, tan sólo un 21% más. Esta situación es sencillamente insostenible. En suma, una nueva oficina judicial con los mismos jueces de poco va a servir.

Además la implantación de la oficina judicial requiere nuevos espacios arquitectónicos, modernos programas informáticos, en suma, generosidad de medios, un importante desembolso económico, porque debe asumirse de una vez por todas (y así lo vienen demandando los ciudadanos y los profesionales de la Justicia) que, en general, existe una patente insuficiencia de los recursos destinados a la Justicia y una evidente cicatería de los sucesivos gobiernos. Es necesaria una mayor inversión como nunca la ha habido antes en el ámbito judicial, pero no se trata de exigir un esfuerzo económico adicional a los ciudadanos -algo inviable dada la gravísima situación económica por la que atraviesa el país- sino de priorizar la partida de los presupuestos del Estado y de las Comunidades Autónomas destinada a Justicia frente a otras, lo que reforzaría la seguridad jurídica y además contribuiría al desarrollo económico y al bienestar del país.

Por otro lado, la NOJ no puede entenderse sin que paralelamente se lleven a cabo las actuaciones necesarias para superar la obsoleta organización territorial actual basada en los partidos judiciales, que data de 1834, propia de una sociedad rural y atrasada. Los medios de comunicación permiten hoy en unos minutos desplazamientos impensables hace 200 años. Ya no tienen sentido partidos judiciales distantes apenas unos pocos kilómetros o con 2, 3 o 4 juzgados donde implantar la oficina judicial es tarea inútil. La tendencia debe ser la concentración de órganos judiciales en grandes sedes para optimizar recursos, posibilitar la especialización de los jueces, la disponibilidad inmediata de fiscales y de médicos forenses, la racionalización de las guardias, etc..., pero no sólo no se avanza, sino que a día de hoy ni siquiera se ha conseguido comarcalizar los Juzgados especializados de Violencia sobre la Mujer, claramente infrutilizados.

Así mismo para la efectividad de la oficina judicial es necesaria una nueva organización de los juz-

gados superando su arcaico funcionamiento como células aisladas. En este sentido el Proyecto de Ley de Tribunales de Instancia aprobado por el Gobierno recientemente es coherente con el proceso de implantación de la oficina judicial y lo complementa, y de aprobarse, supondría la desaparición de los juzgados agrupándolos en órganos colegiados siendo su principal virtud que permitiría incrementar el número de jueces sin necesidad de crear un nuevo órgano judicial con el ahorro económico que ello supone. Si bien en principio la idea es interesante y de hecho fue valorada positivamente por los jueces, el proyecto de ley ha pecado de cierta precipitación, se ha elaborado de espaldas a los magistrados, se ha aprovechado para debilitar sus órganos de representación (Jueces Decanos y Juntas de Jueces), no prevé modificación alguna de la planta judicial, prevé la movilidad funcional de los magistrados dentro del orden jurisdiccional a buen seguro para que realicen el trabajo de los jueces sustitutos sin incrementar la plantilla judicial y sin retribución alguna e incurre en soluciones que, en escasos meses, han logrado aunar a los jueces en un rotundo rechazo al texto, incluso algunas de ellas –como la avocación de asuntos al Pleno– de dudosa constitucionalidad como ha puesto de manifiesto el propio CGPJ en su informe al Proyecto de Ley.

No es entendible tampoco una nueva oficina judicial con sistemas informáticos deficientes y no sólo ello, sino que los juzgados están aislados informáticamente con sistemas que no se entienden entre sí: Seguimos anclados en el pleistoceno informático. Cada juzgado desconoce lo que hace el de al lado, el sistema informático judicial es además incompatible con el de la Fiscalía y por supuesto cada

da la impresión de que no hay una orientación estratégica, un proyecto global de reforma y modernización del sistema judicial

Comunidad Autónoma tiene un sistema propio, distinto y por supuesto, incompatible, situación no sólo lamentable sino increíble en pleno siglo XXI. Esta es la pura realidad cotidiana. Esencial es también la conexión de los juzgados con las bases de datos de la policía; el juez necesita una información lo más completa posible e inmediata porque ello supone mayores garantías de acierto. También es necesario mejorar el sistema informático de averiguación de bienes actualmente lento y poco operativo pues ofrece información frecuentemente anticuada y por ende poco útil lo que es fundamental para el exitoso y eficaz funcionamiento de los servicios comunes de ejecución en la nueva oficina judicial.

En fin, a la vista de lo expuesto la implantación de la NOJ presenta importantes carencias y deficiencias que esperamos se solucionen –para ello se pusieron en marcha las denominadas «experiencias piloto», confiemos en su utilidad– pero lo más grave es que la NOJ no se ha complementado con otras medidas paralelas y estructurales para garantizar su eficacia. Da la impresión de que no hay una orientación estratégica, un proyecto global de reforma y modernización del sistema judicial y un buen ejemplo de ello es el hecho de que la implantación de la oficina judicial se esté realizando con una cierta improvisación cuando debería incardinarse dentro de un plan integral junto con medidas esenciales como las apuntadas pues todas están interrelacionadas. Necesitamos este Plan Integral en el marco de un Pacto de Estado en materia de Justicia que todos ansiamos más allá de actuaciones plausibles pero parciales. Aún estamos a tiempo de reconducir el proceso, de darle el impulso que necesita y apuntalarlo.

comentarios jurisprudenciales

Sección coordinada por Fernando Román García.

Magistrado. Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Texto completo de las sentencias en www.poderjudicial.es

SALA 1.^a

EL PAGO DE LAS CUOTAS CORRESPONDIENTES A LA HIPOTECA CONSTITUYE UNA DEUDA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y NO UNA CARGA DEL MATRIMONIO.

Rosa M.^a de Castro Martín
Magistrada del Gabinete Técnico
del Tribunal Supremo

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011, Rec. 2177/2007, resuelve un supuesto de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en el ámbito del derecho de familia y en lo relativo al carácter que, tras la disolución de la sociedad de gananciales, ostenta el crédito hipotecario que grava la vivienda familiar, formulándose la siguiente doctrina jurisprudencial: **El pago de la cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el artículo 1362,2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 CC.**

Los hechos que dieron lugar a la sentencia que se comenta son, en síntesis, los siguientes:

1.º Los cónyuges contrajeron matrimonio en 1991. Tuvieron dos hijos que en el momento de la presentación de la demanda eran menores de edad.

2.º El marido interpuso demanda de divorcio. En lo que afecta al recurso, pidió la extinción de la sociedad legal de gananciales, disponiendo que los bienes se distribuyeran por partes iguales entre los cónyuges, «asumiendo igualmente de la misma forma, por mitad, las cargas que gravitan sobre el matrimonio».

3.º La sentencia del juzgado estimó la demanda de divorcio y en relación con el objeto del recurso de casación, declaró: «Con relación al pago de la cuota de préstamo hipotecario, y habida cuenta de las diferentes interpretaciones a que ha dado lugar el auto de medidas provisionales, debe concretarse que en ningún caso podrá satisfacerse a través de la pensión establecida a favor de los hijos, de modo que, teniendo en cuenta los ingresos de cada uno de los progenitores se satisfará el 80% del mismo por el marido y el 20% por la mujer de cada una de las cuotas mensuales».

4.º Ambos cónyuges apelaron la anterior sentencia. La de la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación de la esposa y desestimó el del marido. Respecto al préstamo hipotecario se afirmó que se discutía la cuantía de la prestación por alimentos, señalando que debían tenerse en cuenta «las posibilidades económicas del progenitor, máxime cuando, además, se ha impuesto al progenitor mayor contribución al pago del préstamo hipotecario al afectar el mismo a la vivienda y considerarse como aportación dentro de la pensión alimenticia, por lo que se mantienen ambas medidas, tanto la suma señalada como pensión alimenticia como la aportación al pago del préstamo hipotecario».

5.º El marido presenta recurso de casación en base a lo establecido en el artículo 477.2,3 LEC, admitido por Auto de 12 de mayo de 2009, por presentar interés casacional. La parte recurrida no ha formulado oposición al recurso. El Ministerio Fiscal ha presentado escrito de impugnación en el que solicita la desestimación del recurso.

La cuestión jurídica controvertida que se plantea en el recurso y que se discute es si el préstamo hipotecario se encuentra comprendido dentro del concepto de cargas del matrimonio del artículo 91 CC, de modo que la sentencia recurrida impone el pago de las cuotas del préstamo hipotecario en una proporción desigual para

cada uno de los cónyuges, alterando el carácter solidario con el que cada uno de los prestatarios se obligaron frente a la entidad prestamista. Para acreditar el interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales se alega por el recurrente que existen dos líneas de solución: a) la representada por las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona y Valencia, en las que se excluye la naturaleza de carga familiar y se exige, de acuerdo con la doctrina de esta Sala el consentimiento del acreedor para que pueda producirse una novación modificativa del tipo de la propuesta; b) frente a esta línea se cita a la Audiencia Provincial de Madrid, en el sentido que aun cuando se halle disuelta la sociedad de gananciales, puede seguirse hablando de cargas del matrimonio, de modo que puede establecerse la proporción de ambos cónyuges al sostenimiento de las mismas. Alega también el recurrente que el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, independientemente de quien tenga atribuido el uso, no tiene el carácter de carga del matrimonio, por lo que no es posible atribuir una obligación de pago distinta de la establecida en el título constitutivo, de modo que lo altera.

La sentencia, para estimar el motivo y fijar la posición de la Sala, resolviendo definitivamente la controversia entre las distintas Audiencias Provinciales en la forma que ha quedado anteriormente expuesta, entiende que el préstamo hipotecario concertado por ambos cónyuges para la adquisición de la vivienda familiar bajo el régimen de sociedad legal de gananciales, una vez disuelto el matrimonio y no liquidada la sociedad de gananciales, no comporta una carga familiar en el sentido previsto en el artículo 90 D CC, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por tanto incluida en el artículo 1362,2ª CC, por lo que mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, que no son otros que ambos cónyuges tratándose de un bien ganancial, al que debe aplicarse lo establecido en el artículo 1347.3 CC, concluyendo que *se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad.*

Además añado que de los dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar -los relacionados con

la conservación y mantenimiento del inmueble y los referidos al pago de la cuota del préstamo hipotecario que ha permitido el acceso a la propiedad por mitad en tanto que bien ganancial-, solo los primeros tienen carácter de carga del matrimonio o gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio, pero las cuotas del préstamo hipotecario están relacionadas con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio.

Estamos por tanto, ante un problema de la liquidación de la sociedad de gananciales que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de su disolución y consiguiente liquidación del régimen, y en este caso con el carácter de deuda de la sociedad legal de gananciales.

A pesar de la polémica suscitada tras la publicación de la sentencia que se comenta, esta solución no es nueva en la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera, si bien es cierto que fija doctrina en orden a resolver definitivamente la controversia que se mantenía entre las diferentes Audiencias Provinciales dado el interés casacional que justificó tanto la interposición del recurso como su admisión para el conocimiento de fondo por la Sala, pues sigue, prácticamente al pie de la letra, lo que ya se había mantenido en la sentencia de 5 de noviembre de 2008 en la fue ponente la misma Magistrada que lo es de la que hoy se comenta, Dña. Encarnación Roca Trias, y en la que se dijo textualmente que *la hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el Art. 90D CC, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el Art. 1362, 2ª CC. Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges, y debe en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante.*

Y son coincidentes ambas con la doctrina jurisprudencial expresada en la sentencia de la propia Sala Primera de 1 de junio de 2006 que cita otra de 4 de junio de 1998 y en la que literalmente se recoge lo siguiente: *el bien es ganancial desde el principio conforme al artículo 1347.3º: se adquirió vigente el régimen, a título oneroso, a costa del caudal común, préstamo ganancial*

(artículo 1362.2º), y si posteriormente a su disolución, uno de los ex cónyuges abona todos o parte de los plazos del préstamo, sin que tengan, pues, aplicación los artículos 1356 y 1357, tendrá derecho de crédito, contra la comunidad, tal como ha declarado la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, en su fundamento de derecho tercero.

En este sentido la sentencia de 4 de junio de 1998, aunque aplicado a un caso de matrimonio de hecho, dice literalmente: «la obligación del abono de la hipoteca hasta que se efectúe la liquidación de la comunidad, con el correlativo reconocimiento de un derecho de crédito contra la misma, no puede suponer vulneración ninguna de las reglas que regulan, bien la liquidación de la sociedad legal de gananciales, bien la llevada a cabo en una comunidad de bienes».

Como vemos, nada novedoso introduce la solución adoptada por la sentencia comentada puesto que aplica una interpretación asentada jurisprudencialmente y en perfecta armonía con la norma legal que, además ha sido adoptada por el artículo 231-5 del Código Civil de Cataluña que ha modificado el artículo 4 de Código de Familia de Cataluña, al eliminar en la consideración de carga familiar el pago de las cuotas destinadas a la adquisición de la vivienda familiar, regulándose también en el artículo 233-23 siguiente, que «en el caso que se haya atribuido el uso y disfrute de la vivienda a uno de los cónyuges las obligaciones contraídas por razón de su adquisición [...] deberán satisfacerse de acuerdo con lo que se disponga en el título constitutivo», mientras que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación, serán a cargo del cónyuge beneficiario del uso.

Nada sería más deseable que el CC regulara todas y cada una de las situaciones que en el ámbito de la ruptura de la convivencia de la pareja matrimonial puedan plantearse, pero la casuística es tan inmensa que resulta imposible prever todas las posibles combinaciones y posibilidades que se dan en la práctica, sin embargo estas claras y reiteradas interpretaciones jurisprudenciales vendrán a solventar no solo la posible contradicción entre las Audiencias Provinciales, sino también a facilitar la tarea de los tribunales de instancia ante las más diversas peticiones de las partes en litigio, muchas veces faltas de la objetividad necesaria y otras, no pocas, verdaderamente insólitas.

LA INFORMACIÓN PRIVILEGIADA Y LA PRESCRIPCIÓN

Jacobo López Barja de Quiroga
Magistrado del Gabinete Técnico
Tribunal Supremo

I. Introducción

La sentencia que comentamos (STS, 1136/2010, de 21 de diciembre) aborda muy diversos problemas que son de actualidad y, alguno de ellos, de presencia frecuente. La sentencia se centra en dos temas que aparecen claramente relacionados, que son el delito de información privilegiada en el ámbito bursátil y el tema de la prescripción. Este último tema es abordado en relación con la determinación del plazo de prescripción que debe considerarse, así como en cuanto a la concreción del día a *quo* y, por último, en orden a la manera de redactar la sentencia; a todo ello se suma la admisión de un recurso de casación a una persona absuelta por prescripción. También examina la sentencia cuestiones cruciales del delito de información privilegiada relativas a la concreción del tipo penal y aquellas cuestiones que son necesarias para proceder al examen de los problemas prescriptivos antes indicados.

La Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Madrid absolvió a CAI y a LJPM de un delito de uso de información privilegiada, al haber prescrito el tipo básico, y declaró que no se había cometido el tipo agravado (previsto entonces en el art. 286.3º y en la actualidad en el art. 285.2.3º del Código penal). Frente a esta resolución recurrieron tanto el Ministerio fiscal (que había acusado por el tipo agravado) como los acusados absueltos.

II. Hechos

La sentencia del Tribunal Supremo contiene en la fundamentación jurídica una síntesis de los hechos probados. Señala la sentencia que los hechos probados «comienzan por narrar una fuerte expansión de la empresa entonces de titularidad pública, "Tabacalera, S.A."»

(dedicada a la administración y gestión del monopolio de las labores del tabaco), de la que era Presidente el acusado, CAI, siendo así que en el año 1997 se planteó como objetivo el liderar el mercado mundial de cigarrillos puros, e ideó la forma de aprovechar el conocimiento de determinados datos relativos al mercado bursátil para obtener una ventaja patrimonial considerable.

Para la referida expansión comercial, se constituyó la sociedad "Tabacalera Cigars Internacional" (TCI) el día 13 de mayo de 1997. Esta sociedad, creada como de cartera, adquirió Tabacalera San Cristóbal de Honduras y Tabacalera San Cristóbal de Nicaragua, entidades que fabricaban cigarrillos de gran calidad. La mencionada política de expansión se comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como hechos relevantes (tales adquisiciones), los días 14 de mayo y 11 de julio de 1997, siendo así que "la mencionada política de expansión habría de cerrarse con la adquisición de una compañía productora de tabaco" (apartado 3 de los hechos probados). Y se centró el interés en la adquisición de *Havatampa Inc.* (entidad que tenía dos fábricas, una en Tampa –Florida– y otra en Selma –Alabama–). Fruto de tales negociaciones, se firma el día 7 de marzo de 1997, entre CAI y Havatampa, el denominado "*Confidential Agreement*", con objeto de transferirse información mutua en ámbito «de absoluta discreción». Las reuniones continúan durante los meses de junio, julio y agosto, alcanzándose definitivamente un acuerdo el día 10 de septiembre, lo que se comunica el día 11 de septiembre de 1997 a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante.

De manera simultánea a este proceso, el acusado CAI se pone en contacto con su sobrino LJM para que éste apareciera como único interviniente en una operación masiva de adquisición de acciones de Tabacalera a sabiendas de la repercusión que en el precio de las acciones iba a tener todo el proceso de expansión anteriormente citado, lo que iba a ser, dice el *factum*, "manifiestamente rentable".

Para ello, C., en unión de su esposa, A.C., solicitan el día 4 de abril de 1997 al Banco Urquijo, la apertura de una línea de crédito por importe de 400 millones de pesetas, con un periodo de duración de un año, para la adquisición de valores del IBEX, con garantía de pignoración de las acciones adquiridas con tal operativa financiera, resultando sucesivamente aprobada por los

órganos del banco, hasta que lo ratifica la Comisión Delegada el día 30 de abril de 1997. Seguidamente (7 de mayo de 1997), se constituye "Creaciones Baluarte, S.A." (entre los esposos citados al 99 por 100, y el 1 por 100 restante, por una sociedad instrumental dominada por ellos), teniendo como objeto social la intervención de operaciones de bolsa (el registro de la sociedad en el Mercantil, tuvo lugar el siguiente día 22-5-1997), y previamente, tal sociedad se configura como acreditada en la póliza anteriormente mencionada (concedida por el Banco Urquijo), y en tal novación, ya se expone literalmente que el destino exclusivo de la financiación lo será "la adquisición en el mercado bursátil de acciones de Tabacalera, S.A.", y en su articulado, que las mismas quedarán como garantía pignoratícia a favor del banco, lo que se formalizará en póliza intervenida por fedatario mercantil. De igual manera se pacta que si los valores no alcanzaren el 110 por 100 respecto del capital concedido, el acreditado ha de complementarlos con otros, o bien, en caso contrario, se autorizará al Banco a realizar la prenda, «para lo que la parte acreditada le cursa desde ahora y con carácter irrevocable la pertinente orden de venta».

El día 2 de junio de 1997, LJM adquiere la totalidad de las acciones de "Creaciones Baluarte, S.A.", mediante operación intervenida por corredor de comercio. No obstante, la gestión de la cartera, se asigna a otra sociedad ("Beta Capital SV, S.A."), vinculada a CAI, para la gestión de las inversiones y administración de valores.

Una vez LJM ya propietario de Creaciones Baluarte, se acredita la realidad de dos operaciones de compra de acciones de Tabacalera. La primera, entre los días 10 y 12 de junio de 1997, 13.410 acciones, que se vendieron los días 8 y 10 de julio de 1997, y que reportaron unas ganancias de "*poco menos de 14 millones de pesetas*" (así se expone en el "*factum*"), y que se desvincula por el Tribunal sentenciador de cualquier grado de influencia o de información privilegiada, y otra –la segunda operativa de adquisición de acciones– que la Audiencia ya adjetiva con previsión del impacto que habría de suponer en el mercado bursátil el anuncio de la compra de Havatampa, que se refleja en el apartado 7 de los hechos probados, y en donde se especifica que tal adquisición se produce entre el día 14 de agosto y el 5 de septiembre de 1997, periodo en el que se compraron 48.948 acciones de Tabacalera por un precio de 388.109.640 pesetas, que se vendieron entre

los días 21 de enero y 27 de febrero de 1998, por valor de 609.041.230 pesetas, "generándose una ganancia de 309.931.590 pesetas". Así se expresan textualmente los hechos probados de la sentencia recurrida, pero claramente esto es un error de cálculo, pues como es de ver con una simple resta, el valor de la ganancia fue exactamente de 220.931.590 pesetas, y por tanto, la combatida, arroja una diferencia de 89.000.000 pesetas de error.

También se narra en la resultancia fáctica, como elemento del impacto alcista, la subida de las labores de tabaco rubio nacional de mayor consumo (Fortuna), en un porcentaje cercano al 10 por 100 (concretamente el 9,43 %), que se acordó el día 11 de septiembre de 1997, por la Delegación del Gobierno para el monopolio de tabacos, se publicó en el BOE al día siguiente, y que fue comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante el lunes siguiente, día 15. Todo ello determinó un impacto alcista de las acciones de Tabacalera, que persistió "a lo largo del tiempo".

III. Información privilegiada: tipo agravado

El Ministerio Fiscal considera que ha de aplicarse el subtipo agravado del antiguo art. 286.3º (actualmente el 285.2.3º) del Código penal. En otras palabras, el Ministerio Fiscal estima que concurre el tipo agravado que se presenta cuando «se cause grave daño a los intereses generales». Dos son las cuestiones que, conforme a la sentencia, han de ser examinadas: cuándo hay grave daño y qué se debe entender por intereses generales. Para ello, la sentencia previamente acude a determinar el bien jurídico protegido por el tipo penal.

1. Bien jurídico protegido

Considera la sentencia, así como la doctrina dominante, que el bien jurídico protegido es «el buen funcionamiento del mercado en condiciones de transparencia y con garantía de igualdad de oportunidades para todos los inversores». Así pues, se mantiene un punto de vista colectivista en el que lo que se protege es, en definitiva, el mercado de valores. En efecto, para garantizar un buen funcionamiento del mercado de valores es preciso que los inversores acudan a él con confianza y para

obtener ésta se hace necesario que los inversores sepan que dicho mercado funciona con transparencia y con base en el principio de igualdad de oportunidades; todo esto se obtiene cuando el inversor sabe que en el mercado de valores está prohibido (incluso penalmente) actuar con información privilegiada. Esto significa que los intereses del particular, es decir, su patrimonio no es el objeto de protección en este tipo penal. Esta conceptualización no se resiente por el hecho de que el art. 285.1 del Código penal se refiera a la obtención de un determinado beneficio económico o se cause un perjuicio. Entre otras razones, porque la obtención de un beneficio económico en nada se refiere a la afectación de intereses particulares; y, porque cuando el Código habla del perjuicio no concreta a quién ha de causarse ese perjuicio, esto es, puede ser a un inversor o al sistema del mercado de valores (cuestión distinta es cómo se puede evaluar ese perjuicio; eso lo veremos más adelante). Por ello, cualquier cuestión referida al perjuicio de un particular o a la existencia de engaño conducirá necesariamente a un problema concursal.

2. Cause grave daño

Como el tipo penal exige que se cause grave daño, la sentencia del Tribunal Supremo considera que ese «causar» impide que nos encontremos ante un tipo de mero peligro, sino que se requiere naturalmente un resultado.

Respecto al concepto de daño, éste no tiene por qué ser necesariamente de contenido económico, como se comprueba por la inclusión por el legislador del apartado segundo de tal precepto, en donde se exige "que el beneficio obtenido sea de notoria importancia", conducta ésta de claro impacto económico. El daño puede ser, pues, de cualquier naturaleza».

Sin embargo, a nuestro juicio, el tipo penal conforma un delito de peligro y no de resultado. El tipo penal supone la puesta en peligro del bien jurídico protegido sin que sea precisa la efectiva materialización del peligro en un resultado.

Partiendo de esta concepción, el hecho de que en la «circunstancia» n.º 3 del art. 285.2 del Código penal se exija que se «cause grave daño a los intereses generales», no altera tal conformación del delito, pues, cabe

interpretar que lo que exige el tipo penal es que se cause un peligro grave de daño a los intereses generales.

Entenderlo de otra manera, conduce a que el art. 285.1 sea un tipo de peligro y el art. 285.2 de resultado. Pero, teniendo en cuenta la estructura del tipo (a la que nos referiremos más adelante) parece más acorde con la misma y con el bien jurídico protegido el considerar que el art. 285 (ap. 1 y 2) conforma varios tipos de peligro y no de resultado.

3. A los intereses generales

Considera la sentencia que, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido por el tipo penal, los intereses generales que han de resultar gravemente dañados «han de ser los que afecten a la colectividad de inversores en tal mercado secundario», es decir, en el mercado bursátil.

Profundizando en la actividad del *insider trading*, señala la sentencia que si éste, es decir, el «autor que actúa en el mercado bursátil con información privilegiada, obtiene con tal posición una ventaja económica para sí y que se ha de compartir inmediatamente por los demás inversores, en tanto que tal información produce en un futuro inmediato un impacto alcista en los mercados de valores, no podrá producirse en modo alguno un grave daño para los intereses generales de la colectividad de inversores, pues no resulta perjuicio directo para nadie en particular. Podría argumentarse que la masiva demanda de un valor que genera un masivo movimiento del dinero que se sitúa en tal cotización, perjudicaría a otros títulos que tal vez resultasen realizados para la adquisición del emergente; pero aun así, tal efecto no es consecuencia de la información privilegiada, sino de las condiciones de solidez de tal posición frente a otras, y respecto de la cual, el autor del delito se ha aprovechado de manera anticipada al contar con un conocimiento privilegiado frente a los demás inversores, pero, hay que convenir que, de todos modos, la subida del valor no es consecuencia de la ilícita actividad de tal "insider trader"».

Este punto de vista, conduce a la sentencia a la conclusión de que «únicamente será posible predicar un daño a la colectividad de inversores –o lo que es lo mismo, a los intereses generales– cuando el resultado del delito no resulte del aprovechamiento directo consecuencia

de la subida de la bolsa, sino cuando se produzca lo contrario, esto es, un *perjuicio económico* a terceros inversores. De ahí que los elementos objetivos que pueden incidir en la determinación de tal subtipo agravado lo pueden ser, como dice la Sala sentenciadora de instancia, bien una grave disminución de la cotización, la necesidad de una intervención estatal para salvaguardar el sistema, o en última instancia, un grave colapso financiero. Pero desde luego no, una situación como la que es objeto de enjuiciamiento, ya que se trata del *caso de una acción aislada*».

Así pues, la noción de intereses generales «ha de venir referida a los que afecten al correcto funcionamiento del mercado de valores, es decir, a la transparencia del mercado, a la correcta formación de los precios y a la igualdad de oportunidades para los inversores».

De ahí, que la sentencia concluya, centrándose en el caso concreto, que, «aunque no pueda descartarse de modo absoluto, es difícil apreciar un perjuicio de esa naturaleza causado solamente *por una acción aislada* que, como la aquí enjuiciada, solo ha dado lugar a un beneficio individual sin que se haya acreditado perjuicio para terceros.

Como se ha dicho, en el caso, se trata de una actividad aislada, que ha originado un beneficio de una cuantía no especialmente relevante, si se tiene en cuenta el importe global de los valores negociados y las exigencias cuantitativas del tipo básico; y tal conducta se imputa a una persona que ostentaba el cargo de Presidente de una compañía que, aun siendo importante, es una más de las muy numerosas que cotizan en Bolsa; que no ha originado perjuicios acreditados para terceros; y que no se ha probado que causara ninguna alteración grave en el funcionamiento del mercado de valores. No es posible, pues, la aplicación del subtipo agravado».

No obstante, a nuestro juicio, el análisis del tipo penal permite una concepción algo diferente a la que se recoge en la sentencia. Partimos del mismo bien jurídico protegido y, en consecuencia, como dijimos, lo que se protege no son intereses particulares sino intereses generales, como es el buen funcionamiento del mercado de valores. Por lo tanto, la tipificación penal de las conductas del *insider trading* ya suponen que el legislador ha considerado que tales conductas afectan o ponen en peligro tal bien jurídico protegido. La discusión so-

bre si las conductas del *insider trading* deben o no ser tipificadas penalmente es previa a la tipificación (sin perjuicio de que se pueda estar en desacuerdo con la creación del tipo penal), de manera que una vez introducido el delito en el Código penal puede partirse de que tales conductas afectan a los intereses generales. En ello, como dijimos, nada tiene que ver que el Código se refiera a un beneficio económico o a un perjuicio, pues tales límites operan como una condición objetiva de punibilidad.

Por ello, aceptando que el tipo penal básico considera que la conducta descrita en él afecta a los intereses generales, entonces, la agravación (o el tipo agravado) del art. 285.2.3^a lo que hace es acentuar el carácter de "grave" en el daño que se produce a los intereses generales. Dicho de otra manera, los intereses generales del tipo agravado son los mismos intereses que se protegen en el tipo básico. La única diferencia se encuentra en que tales intereses generales afectados, que en el tipo básico son implícitos, en el tipo agravado se exige que sean graves.

Del hecho de que se trate de «una acción aislada» no puede, a mi juicio, deducirse que no puede mediante ella causarse un grave daño a los intereses generales. La cuestión, desde éste punto de vista, no se halla en que sea una o varias acciones aisladas o conjuntas, sino en que los intereses generales, esto es, el buen funcionamiento del mercado de valores haya sido afectado de manera grave. Centrar la cuestión alrededor de «una acción aislada», supone de hecho cerrar de forma importante el tipo penal reduciendo considerablemente su ámbito de aplicación.

Llegados hasta aquí, quedaría por concretar, entonces, que ha de entenderse por «grave». De diversas formas puede determinarse el carácter «grave» de la afectación del mercado de valores, que ahora no vamos a enumerar, sino que únicamente indicaremos que el tipo básico determina mediante una condición objetiva de punibilidad a partir de cuándo una afectación de «los intereses generales» debe considerarse delictiva. Pues bien, partiendo de ello, podemos considerar que una afectación «grave» se presenta cuando se ha superado en el doble tal límite. El Código en el delito de tráfico de drogas también utiliza conceptos jurídicos indeterminados como «grave daño a la salud», «notoria importancia» y «extrema gravedad» (para cuando «excediere

notablemente» de la considerada como de notoria importancia) y ha sido la jurisprudencia la que ha concretado tales conceptos.

En la estructura del tipo penal vemos que la condición objetiva de punibilidad la concreta en dos aspectos: la obtención de un beneficio económico (superior, hoy día, a 600.000 euros) o la causación de un perjuicio (de idéntica cantidad). Y, en cuanto a las «circunstancias» agravantes del apartado 2 (prescindiendo de la 1.^a que se refiere a la habitualidad), éstas suponen una exasperación de estos dos parámetros: la 2.^a «que el beneficio obtenido sea de notoria importancia»; y la 3.^a, «que se causa grave daño a los intereses generales». Por consiguiente, estas dos «circunstancias» van referidas a aquellos parámetros y la cuestión se centra en determinar la «notoria importancia» o el «grave daño».

De manera que, a mi juicio, la afirmación relativa a que de la conducta del *insider trading* «no resulta perjuicio directo para nadie en particular», no es relevante, pues, el tipo penal como decimos no protege intereses particulares sino intereses generales.

IV. Prescripción

Los siguientes problemas con que se enfrenta la STS son la determinación del delito a tomar en cuenta para el cómputo del plazo de prescripción, el día *a quo*, la posibilidad de recurrir y la forma en que ha de redactarse la sentencia que declara la prescripción. Veámoslos seguidamente.

I. Concreción del delito

El delito básico de información privilegiada tiene un plazo de prescripción de cinco años, y el correspondiente al subtipo agravado, por el que acusó el Fiscal, diez años, por lo que es preciso concretar con relación a qué delito debe realizarse el cómputo de la prescripción.

La cuestión es la siguiente: cuál es el plazo por el que ha de optarse para el cómputo de la prescripción cuando se trata de un delito que contiene, en su descripción normativa, un tipo básico y un tipo agravado, habiéndose formulado acusación por el tipo agravado, y de-

clarando el Tribunal sentenciador que no concurre el mismo, sino que considera aplicable el tipo básico. Es decir, qué plazo de prescripción debe ser observado: el plazo correspondiente al tipo agravado, al ser éste el objeto de acusación, o el plazo correspondiente al tipo básico, al ser éste el objeto de aplicación.

1.1 La posición de la Jurisprudencia hasta octubre de 2010

Primero expondremos la posición mantenida hasta octubre de 2010 y después, seguidamente, indicaremos el cambio introducido por la Jurisprudencia.

El artículo 131 del Código Penal señala los plazos de prescripción de los delitos. Para ello, distingue según cuál sea la duración de la pena impuesta y utiliza en varias ocasiones la expresión «pena máxima» señalada por la Ley.

En relación con este precepto deben tenerse presente los Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 29 de abril de 1997 y 16 de diciembre de 2008. Éste último señala:

«Para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997».

Los Acuerdos descritos han sido objeto de interpretación y aplicación por parte de diversas Sentencias de la Sala de lo Penal.

Con carácter general, la jurisprudencia señala que de una interpretación, tanto literal como lógica y finalista, de lo dispuesto en el artículo 131 del Código Penal, se deduce que la cuantía de la pena correspondiente al delito que se dice prescrito debe ser la máxima que la Ley señala y nunca la que el Tribunal sentenciador imponga en cada caso concreto, ya que esto último no es cuestión de legalidad, sino simplemente de individualización de la pena (SSTS 422/2009, de 21 de abril; 414/2008, de 7 de julio; 600/2007, 11 de noviembre; 509/2007, de 13 de junio; 700/2006, 27 de junio; 71/2004, de 2 de febrero; y 1173/2000, de 30 de junio, entre otras).

Por ello, partiendo de la pena señalada en abstracto, se dice que ésta debe considerarse como pena en toda su extensión y por tanto en su concepción de pena máxima que puede ser impuesta, teniendo en cuenta las exasperaciones punitivas que pudieran operar, por la aplicación de algún tipo agravado o por la continuidad delictiva (SSTS 422/2009, de 21 de abril; 414/2008, de 7 de julio; 700/2006, de 27 de junio; 610/2006, 29 de mayo; 1375/2004 de 30 de noviembre; y 222/2002, 15 de junio, entre otras).

Ello porque, razona la jurisprudencia, los denominados tipos agravados por la concurrencia de elementos típicos que se incorporan a un hecho básico, forman una tipicidad distinta con una distinta consecuencia jurídica. Es decir, que si bien debe partirse de la pena abstracta señalada para el tipo de que se trata, no debe olvidarse que junto al tipo básico o genérico, existen otros que la doctrina y sentencias de esta Sala llaman tipos específicos, complementarios o accidentales, y que no por ello dejan de ser delictivos a los efectos de realizar el cómputo prescriptivo, sin que deban confundirse con la determinación penológica que resulta del juego de las reglas de aplicación de la pena por la naturaleza y número de las circunstancias concurrentes (SSTS 509/2007, de 13 de junio; 414/2008, de 7 de julio; 1104/2002, de 10 de junio; 198/2001, de 7 de febrero; y 289/2000, de 22 de febrero, entre otras).

1.2 Posibles soluciones

Una vez planteada la cuestión, veamos seguidamente cuales son las posibles soluciones.

1.2.1 Aplicación del plazo de prescripción del delito por el que se acusa (tipo agravado)

La primera solución tiene a su favor el argumento de que el tipo agravado ha sido objeto de acusación y, por tanto, ha habido posibilidad de defenderse del mismo. El acusado ha tenido posibilidad de defenderse tanto respecto a la calificación jurídica como de todas sus consecuencias, entre ellas el plazo de prescripción aplicable.

En todo caso, esta solución exige que el tipo agravado haya sido objeto de acusación, con el fin de no vul-

nerar el principio acusatorio. No cabe apreciar el plazo de prescripción del tipo agravado si éste no forma parte de la acusación y, en consecuencia, no forma parte del debate procesal; dado que el condenado se vería «sorprendido» por la aplicación de un plazo de prescripción referido a un tipo agravado por el que no se ha planteado acusación y respecto al que no ha tenido que defenderse. Ello ocurriría cuando no se formula acusación alguna por el tipo agravado, pero sin embargo, ante la alegación de que el tipo básico está prescrito, se le aplica el plazo de prescripción del delito más grave.

1.2.2 Aplicación del plazo de prescripción del delito por el que se condena (tipo básico)

En este caso, el criterio es aplicar el plazo que corresponde al delito que es objeto de condena (tipo básico), sea cual sea la calificación contenida en la acusación (tipo agravado). Por ejemplo, si el condenado fue acusado del delito de asesinato y resultó condenado por el delito de homicidio, el plazo de prescripción que debe operar es el referido al delito de homicidio.

Esta solución parece más coherente por las razones siguientes.

En primer lugar, es la que mejor se adecua a la responsabilidad por el hecho cometido. Los hechos realmente cometidos son unos (tipo básico) y, por ello, se les aplica el plazo de prescripción que la Ley les señala. No se aplica un plazo que corresponde a unos hechos que no han sucedido (tipo agravado) por mucho que hayan sido objeto de acusación. Dicho de otra manera, si la resolución judicial declara que unos hechos no existen (porque ha razonado que el tipo agravado no es aplicable), no es adecuado que se revitalice una consecuencia de esos hechos que no existen (el plazo de prescripción del tipo agravado) para aplicarla a los hechos que sí existen (el tipo básico).

La Ley dice que a los Hechos A les corresponde el Plazo de prescripción A, y a los Hechos B les corresponde el Plazo de prescripción B. No parece lógico, entonces, que la sentencia declare que han sucedido los Hechos A y aplique a los mismos el Plazo de prescripción B.

En segundo lugar, es la solución que parece más coherente con los derechos del acusado a la vista de cómo se ha desarrollado el proceso. Esto es, si el acusado se ha defendido eficazmente contra una acusación formulada por el tipo agravado y ha conseguido una calificación de los hechos más leve (tipo básico), ello debe producir a su favor todos los efectos beneficiosos posibles, incluyendo no sólo la imposición de una pena más leve sino también la aplicación del plazo de prescripción más corto.

En tercer lugar, con ello se evitan actuaciones que pueden constituir fraude de ley. En este sentido, si la parte acusadora teme que haya transcurrido el plazo de prescripción del tipo básico, le basta con calificar los hechos como tipo agravado, aunque sea de forma infundada. De este modo se aseguraría la aplicación al tipo básico del plazo de prescripción que corresponde al tipo agravado.

Esta solución se basa en el delito que finalmente resulta aplicado y conforme al mismo se fija el plazo de prescripción. Ello supone que también puede operar a la inversa. Esto es, puede suceder que la Audiencia Provincial condene por el tipo básico, desechando la aplicación del tipo agravado, y aplique el plazo de prescripción del delito objeto de condena. Si en casación se modifica la calificación de los hechos y se entiende aplicable el tipo agravado, entonces el plazo de prescripción a computar será el de dicho tipo agravado, ya que lo relevante es el delito que se declara cometido.

1.2.3 Toma de posición

De lo dicho, puede, a nuestro juicio, establecerse las siguientes conclusiones:

- 1) El plazo de prescripción del delito se fijará conforme al tipo penal que es finalmente objeto de condena.
- 2) Cuando se formule acusación por un tipo agravado, pero la condena se imponga apreciando la existencia del tipo básico, se considera más adecuada la solución de aplicar a éste el plazo de prescripción del delito objeto de condena, esto es, el plazo de prescripción aplicable al tipo básico. Con el añadido de que deberá apreciarse

teniendo en cuenta la pena en abstracto señalada en la Ley para el mismo (no la pena impuesta en concreto).

- 3) Si en casación, a consecuencia de un recurso de la parte acusadora, se modifica la calificación de los hechos y se entiende aplicable el tipo agravado (frente al tipo básico aplicado en la instancia), entonces el plazo de prescripción a computar será el dicho tipo agravado, ya que lo relevante es el delito que finalmente resulte aplicado.
- 4) Evidentemente, este criterio también es aplicable cuando se acusa de un delito y el hecho se considera una falta: deberá tomarse en consideración el plazo de prescripción de la falta y no del delito.

1.3 Posición de la Jurisprudencia a partir de octubre de 2010

La Sala segunda del Tribunal Supremo se ha reunido en Sala general, el martes 26 de octubre de 2010, y ha acordado que «para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta.

En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado».

Así pues, el plazo que ha de computarse en el caso concreto es el del tipo básico.

2. Determinación del día a quo

El siguiente problema que aborda la STS es el de determinar cuál es el día a quo a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción.

Señala la STS que «los diversos estadios comisivos que se han barajado por la doctrina científica, han sido varios: el momento de la compra de las acciones, el de la venta de las mismas, aquel en que pueda vincularse que la información privilegiada ha operado en el mercado un impacto alcista por el que se ha obtenido el beneficio típico (revalorización latente), y finalmente la teoría que sitúa su consumación delictiva en el instante mismo que la noticia relevante y reservada llega al mercado, por cesar entonces la afectación al bien jurídico protegido».

Seguidamente examina la sentencia estas distintas posibilidades:

- a) La primera posición, es decir, «que el delito se comete cuando se compran las acciones, no puede ser aceptada, porque en tal instante nunca se habría producido el beneficio típico indicado».
- b) La segunda posición, es decir, «la teoría de la venta de las acciones es la más simple, porque basta restar al valor obtenido con la realización, el precio de compra, para determinar tal resultado típico. Esta es la posición de la Audiencia "a quo", pero ha de convenirse que la comisión delictiva no puede venir referida a tal operación, pues si una vez conculcado el tipo penal, el sujeto activo no vende los valores bursátiles no se habría cometido el delito, o si los vende parcial y sucesivamente sin llegar a la cifra indicada en el Código penal habría neutralizado su acción típica. En otras palabras: salvo los casos previstos para el desistimiento activo y eficaz, el derecho penal no es disponible para el autor de la infracción penal. De otro lado, no es cierto que mientras no se realicen los títulos, la ganancia no se ha producido, porque razonar así es desconocer que el mercado atribuye un precio a los valores en bolsa, que se traducen en cifras de diaria constatación, cuya entidad cuantitativa puede traducirse en operaciones económicas, como la pignoración de títulos a los efectos de la obtención de una línea de crédito, cosa que por cierto se produjo en este caso, como es de ver en la resultancia fáctica de la recurrida. De manera que la venta de las acciones puede ser considerada como aquella fecha en que se produce el agotamiento del delito, pero no propiamente la de su consumación delictiva».

- c) La tercera posición, esto es, «la teoría de que la consumación se produce en el momento en que la noticia relevante llega al mercado, tiene el inconveniente de que tal instante será el inicio de la revalorización, y claro es que en este delito las acciones han de haberse adquirido con anterioridad para conculcar el bien jurídico protegido, que es el de la igualdad de oportunidades relacionado con el buen funcionamiento del mercado, porque a partir de que la información relevante es pública, no es posible ya su perpetración».
- d) La cuarta posición, que es la acogida por la STS se centra en «la teoría de la revalorización de las acciones como consecuencia de la influencia que la información privilegiada tuvo en su impacto alcista, es decir, vinculando la noticia relevante a la máxima revalorización, eso sí, dentro de un periodo temporal en donde tal información ha conseguido ese resultado. Quiere con ello decirse que el beneficio obtenido tiene una vocación de inmediatez, más allá del cual no se puede contemplar como causalmente producido el resultado delictivo. De manera que ha de tomarse en consideración la influencia que en el mercado opera la información privilegiada, generando un rápido impacto alcista, de forma tal que, no habiendo otros elementos de donde poder deducir que la subida de las acciones tienen otra causa o componente económico relevante –y aquí esto desde luego no consta–, habrá de considerarse como periodo relevante para la consumación delictiva aquel en que la acción se encuentre en su máxima revalorización. Dicho con otras palabras: una vez que la noticia relevante es pública, y por su impacto en el mercado, el valor experimenta una rápida ascensión (de la que se aprovecha el autor del delito), en las denominadas curvas bursátiles diarias, habrá que tomar en consideración aquella fecha en que la cotización se encuentra en su máximo nivel de ganancias, para determinación tal momento consumativo, de manera que el descenso posterior, incluso los incrementos posteriores ya serán ajenos al delito. Y todo ello con una inmediata vocación de rapidez de la respuesta del mercado, propia de este tipo de comportamientos que los agentes económicos impulsan, a resultas de una información que hoy día se produce a tiempo real».

De manera que la sentencia se inclina por la teoría de la revalorización de las acciones, considerando el máximo valor al alza de éstas en un periodo corto de tiempo, una vez hecha pública la información privilegiada que estaba secreta. Es decir, considera que el delito queda consumado cuando, habiendo realizado transacciones bursátiles manejando información privilegiada, una vez pública la indicada información, ha transcurrido un periodo de tiempo adecuado a las características del mercado para que éste absorba la información que se ha hecho pública. Una vez determinado ese periodo de tiempo, habrá de examinarse cuál ha sido la máxima cotización que han alcanzado las acciones de que se trate. La fecha en que, dentro de ese periodo, se haya alcanzado la máxima cotización será la fecha de consumación del delito y, a partir de la misma, se computarán los plazos de prescripción.

Para ello, la sentencia ha de considerar que las ganancias se concretan en los precios de los valores en la bolsa, con independencia de que la persona haya o no vendido las acciones en dicho momento.

El problema, desde este punto de vista, es determinar cuál es el periodo de tiempo que se ha de considerar desde que la información se ha hecho pública. Hemos puntualizado que deberá ser aquél que resulte necesario, teniendo en cuenta las características del mercado, para que el mercado absorba la información revelada. En otras palabras, el mercado tiene fluctuaciones y habrá de considerarse el mercado concreto y averiguar en cuánto tiempo una información de las características concretas de que se trate afecta a las cotizaciones.

A nuestro juicio, la conducta típica se centra en el *uso* o el *suministro* de alguna información relevante, por lo que el tipo se realizará en el momento en que se hace *uso* o se *suministra* la información. Cuestión distinta es la de determinar el momento de la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad. Este punto de vista, conduce a afirmar que desde el momento de la compra de valores usando información privilegiada, el delito ha sido consumado. La cuestión tiene que ver con que a nuestro juicio el tipo penal es de peligro y no de resultado.

Otra cuestión es que los tipos agravados del art. 285.2.2ª y art. 285.2.3ª sean distintos: uno se refiere al

beneficio obtenido y el otro al grave daño. Por ello, el día *a quo* en cuanto a la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad, es distinto o, al menos puede serlo; pero esa distinción no afecta a la realización del delito que se produce con el *uso* o el *suministro* de la información privilegiada.

Evidentemente, no podemos entrar ahora en la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad. No obstante, diremos que no pertenecen al injusto, que el error sobre las indicadas condiciones es irrelevante y que tales condiciones no han de ser abarcadas por la culpabilidad (sin perjuicio de que sí pertenezcan al tipo desde el punto de vista de la teoría jurídica del delito). De ahí puede concluirse que el plazo de prescripción ha de computarse desde que se ha realizado el tipo penal y no desde que haya concurrido la condición objetiva de punibilidad.

A otra solución se llegaría si partimos de que la referencia al beneficio o al daño no es una condición objetiva de la punibilidad sino el resultado típico. Sin embargo, no podemos compartir esta conformación típica.

3. Posibilidad de recurrir

La pregunta sería: ¿puede recurrir un acusado que ha sido absuelto, cuando la razón de la absolución es que el delito acusado está prescrito?

En términos generales las personas acusadas pero que finalmente resultan absueltas no pueden recurrir por ausencia de gravamen. Ahora bien, cuando la razón de la absolución no estriba ni en la no producción del hecho ni en la no participación en el mismo, la sentencia absolutoria puede crear un gravamen en la persona absuelta. Eso ocurre, entre otros supuestos, cuando la absolución está basada en la prescripción. El acusado absuelto puede pretender una absolución fundada en que su conducta no es delictiva.

La jurisprudencia del Tribunal (la STS, 938/1998, de 8 de julio y la STS, 1497/2001, de 18 de junio) ha aceptado que es posible tal recurso pues se ha de reconocer y tutelar el interés del acusado en el recurso. La STS, 1136/2010, de 21 de diciembre, que estamos comentando, mantiene esta doctrina.

4. ¿Cuál ha de ser el contenido de una sentencia que declara prescrito el delito imputado al acusado?

¿Debe la sentencia como primer pronunciamiento declarar la prescripción y no entrar en la existencia del delito? O, por el contrario, primeramente debe determinarse el delito para posteriormente examinar la cuestión de la prescripción.

Evidentemente, la prescripción requiere la determinación de una serie de extremos antes de que pueda ser declarada. Es preciso concretar el delito, pues los plazos prescriptivos varían; es necesario, examinar a partir de cuándo debe computarse y desde cuándo el procedimiento se ha dirigido contra la persona acusada; así como también debe ser analizado, en su caso, si se ha interrumpido o no la prescripción. Una vez conocidos estos extremos podrá declararse la prescripción.

Ahora bien, también ha de tenerse en consideración que cuando ha concurrido la prescripción, el Estado carece de *ius puniendi* pues éste se ha extinguido. Por consiguiente, una determinación exacta en relación con una persona concreta puede ser una declaración incorrecta e inadecuada, dado que efectivamente no existe *ius puniendi* en relación con el hecho de que se trate o en relación con la persona de que se trate (piénsese que el procedimiento puede haberse dirigido contra una persona que no tiene nada que ver con el hecho y, después, una vez transcurrido los plazos prescriptivos, se dirige el procedimiento contra otra persona).

Señala, al respecto, la STS que comentamos que «era necesaria la celebración del juicio oral, y determinar los elementos típicos que fueran precisos, para resolver, después, la aplicación, o no, de la invocada prescripción del delito. De manera que al proceder así la Sala sentenciadora de instancia, no podemos declarar que se haya infringido tal principio constitucional, ni mucho menos que se haya provocado el vicio procesal denominado incongruencia *extrapetita*».

Más detenidamente esta sentencia considera que existen varias posibilidades sobre la forma de redacción de los hechos probados en una sentencia que aprecia la prescripción.

Estas posibilidades pueden ser:

- «1. Identificar en la resultancia fáctica, el iter procesal de la interrupción de la prescripción, haciéndose constar exclusivamente el contenido indiciario de los hechos imputados en la denuncia o querrela, sin ningún tipo de declaración de probados de tales hechos.
2. Relatar los elementos del tipo objetivo del delito, sin entrar a consignar ni declarar probados los correspondientes al tipo subjetivo del mismo. A partir de ahí, se estudia la prescripción, una vez éstos quedan calificados jurídicamente.
3. Hacer constar como probados aquellos elementos fácticos que sean imprescindibles –objetivos o subjetivos– para la calificación jurídica y operar a continuación sobre los plazos de prescripción.
4. O bien realizar un relato general y completo de los hechos que han quedado probados, en todos sus componentes normativos y descriptivos, con objeto de que en el caso de que prosperase el recurso de casación (o de apelación), el Tribunal “ad quem” pueda pronunciarse sobre la eventual condena de los acusados, si revoca el pronunciamiento absolutorio por prescripción.»

Considera la sentencia que, aunque la cuestión no es pacífica, sin embargo, «ha de convenirse que pueden utilizarse varios de esos sistemas en función de la necesidad de clarificación del delito cometido, con objeto de proceder a determinar su plazo prescriptivo y, a continuación, la concreción de los días inicial y final de tal cómputo, pronunciándose después sobre si el delito se encuentra o no prescrito.

De tales posibilidades, hemos de inclinarnos por la tercera, en función de que –en la mayoría de las ocasiones– no podemos contentarnos exclusivamente con valorar los elementos típicos objetivos –elementos descriptivos y normativos–, sino averiguar el ánimo del autor, extremo éste necesario para dicha calificación jurídica, sobre todo en aquellas infracciones penales especialmente cualificadas por su concurrencia. Por poner solamente un ejemplo, para determinar si un atentado contra la vida o la integri-

dad personal del sujeto pasivo constituye un delito de homicidio intentado o de simples lesiones, con plazos prescriptivos diversos, ha de indagarse sobre la intención del autor, que será analizada a partir de la valoración del material probatorio que se haya desplegado en el plenario. Aquí ocurre lo propio: información reservada con carácter de privilegiada y aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero (en el caso), son requisitos típicos de necesaria concurrencia para la calificación delictiva. La Audiencia así lo ha declarado pero desde la perspectiva únicamente de la mera calificación jurídica, y no desde la panorámica de la condena delictiva».

SALA 3.^a

Juan Pedro Quintana Carretero
Magistrado del Gabinete Técnico
del Tribunal Supremo

COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO PARA FIJAR RESTRICCIONES A LA EXPOSICIÓN A LOS CAMPOS ELECTROMAGNÉTICOS Y DISTANCIAS DE PROTECCIÓN.

La Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera resuelve un recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil contra la sentencia pronunciada, con fecha 15 de diciembre de 2005, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso contencioso-administrativo, sostenido contra el Decreto autonómico catalán 148/2001, de 29 de mayo, de «ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación», casando la Sentencia recurrida y estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo, declarando la nulidad de pleno derecho de aquellos preceptos que invadían la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones.

La Sentencia aborda diferentes cuestiones procedimentales y sustantivas que giran en torno a la falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña para regular la materia propia de las telecomunicaciones, pues algunos de sus preceptos establecen los límites máximos permitidos de exposición de las personas a los campos electromagnéticos producidos por las instalaciones radioeléctricas y las distancias mínimas de éstas con respecto a las zonas abiertas de uso continuado por las personas, y exigen su cumplimiento y la adaptación de las instalaciones a esas limitaciones.

Pues bien, la doctrina sentada con rotundidad por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo previsiblemente conducirá a matizar la jurisprudencia conformada recientemente por la Sección Cuarta de la misma Sala, desde su Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (rec. 5583/2007), reiterada en otras muchas sentencias posteriores (SSTS de 17 de mayo 2010 –rec. 1186/2007–, 15 de junio de 2010 –rec. 3220/2007–, 14 de septiembre 2010 –rec. 5475/2005– y 5 de octubre de 2010 –rec. 5973/2006–, entre otras), aunque circunscrita a la potestad reglamentaria de las Administraciones municipales, con motivo de la aprobación de Ordenanzas municipales para la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación.

Ciertamente, sobre el marco normativo antes expuesto la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha confirmado la legalidad de diferentes regulaciones autonómicas o municipales que incidían en materia de telecomunicaciones, a través del examen casuístico y circunstanciado de cada asunto y sobre *«la distinción dialéctica entre lo que son cuestiones predominantemente atinentes al urbanismo/ordenación del territorio y sanidad/medio ambiente, aptas para su regulación por Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, frente a las materias básicamente técnicas, que como tales encajan en la competencia estatal consagrada en el precitado artículo 149.1.21 de la Constitución»*. Así, como muestra de sentencias que han llegado a declarar o confirmar la nulidad de Ordenanzas municipales por regular cuestiones técnicas por encima o más allá de lo exigido por los aspectos urbanísticos y ambientales propiamente locales se citan las SSTS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 28 de marzo de 2006 –rec. 5150/2003–, de 11 de octubre

de 2006 –rec. 2082/2004–, de 23 de octubre de 2006 –rec. 4493/2004–, de 24 de octubre de 2006 –rec. 2103/2004–, 10 de enero de 2007 –rec. 4051/2004–, de 27 de diciembre de 2007 –rec. 1847/2005–.

Sin embargo, desde la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 17 de noviembre de 2009, (rec. 5583/2007), se ha enfatizado el valor de las competencias autonómicas y municipales sobre urbanismo y ordenación del territorio, sanidad y ambiente, aun cuando incidieran en materia de telecomunicaciones, hasta el punto de mostrar una aparente discrepancia entre las dos Secciones de la Sala que se pone de manifiesto en relación con tres cuestiones en particular, cuyo examen presenta singular interés.

1. Exigencia del Informe preceptivo del Ministerio de Ciencia y Tecnología contemplado en la Ley General de Telecomunicaciones

La primera cuestión que aborda la Sentencia es la omisión, durante el procedimiento de aprobación del Decreto, del Informe preceptivo del Ministerio de Ciencia y Tecnología regulado en el artículo 44.3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones –hoy artículo 26 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones–. Aunque declara que se trata de una cuestión no examinada en la demanda ni en la sentencia de instancia, es decir, de una «cuestión nueva» que, como tal, queda excluida del debate casacional, reitera la doctrina expresada en Sentencia de 9 de marzo de 2011 (rec. 3037/2008), donde se afirmaba que *«la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, en su artículo 44.3, exige que los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística recaben un informe estatal para determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones, añadiéndose que esos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes elaborados en ese trámite por el órgano estatal competente»*. Se añade que este informe *«es exigible a las ordenanzas municipales sobre regulación de la instalación de redes de comunicaciones que formalmente no se presenten como ins-*

trumentos de planeamiento urbanístico pero que de hecho contengan una regulación tal que en la práctica venga a subdividir la clase de suelo de que se trate en zonas diferenciadas por razón del destino específico o aprovechamiento urbanístico concreto que se les asigne, es decir, que materialmente califiquen suelo».

Igualmente, tal informe sería exigible, «*si la reglamentación general de una Comunidad Autónoma, sobre ordenación de las infraestructuras en red de comunicaciones, predetermina el contenido de los instrumentos de planeamiento al imponerles un contenido o marcarles unas directrices de necesaria observancia a la hora de abordar la ordenación urbanística... pues de otro modo, si así no se hiciera, se produciría el resultado absurdo de exigir con rigor ese trámite en la elaboración del plan pero no requerirlo respecto de la norma que le marca anticipadamente su contenido, singularmente cuando esa norma reglamentaria invoque como título legitimador la competencia autonómica en materia urbanística y de ordenación del territorio».*

Ahora bien, examinados otros precedentes en la materia se observa que la Sección Cuarta de la Sala ha negado, a partir de su Sentencia de 17 de mayo de 2010 (rec. 1186/2007), la exigencia del informe previsto en el mentado artículo 44.3 de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, so pretexto de que las reglamentaciones reguladoras de las instalaciones de telefonía móvil y de radiocomunicación no ostentan la naturaleza jurídica de los instrumentos de ordenación territorial, ni de los de planeamiento urbanístico.

Establecen estas Sentencias que el elemento determinante para dilucidar si se ha de exigir el correspondiente informe, es el hallarnos ante un instrumento de planificación territorial o urbanística o, lo que es lo mismo, instrumentos de planeamiento urbanístico o de ordenación territorial, partiendo del que, aunque las Ordenanzas que regulan la instalación de infraestructuras de telecomunicación en un determinado término municipal supongan, entre otras, el ejercicio de competencias urbanísticas, no convierte por ello a tales disposiciones en instrumentos de planeamiento. Tras analizar con detalle la naturaleza jurídica y objeto de los instrumentos de planeamiento urbanístico –concretar el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo–, concluye esta jurisprudencia que el fundamento de las Ordenanzas reguladoras de la implantación de instalaciones de tele-

comunicaciones difiere de aquella finalidad, por mucho que coadyuven a delimitar el uso del suelo y de las edificaciones, pero sólo en referencia a un determinado tipo de uso, que además no suele ser incompatible con el principal al que se destina el terreno, que es el dirigido a asentar sobre el mismo infraestructuras que sirvan a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones (el mismo criterio se ha seguido en las Sentencias de la misma Sala y Sección de 18 de mayo de 2010 –rec. 2491/2007–, 15 de junio de 2010 –rec. 3220/2007–, 5 de octubre de 2010 –rec. 4592/2005–, 5 de octubre de 2010 –rec. 75/2006–, 5 de octubre de 2010 –rec. 5973/2006–, 17 de noviembre de 2010 –rec. 2345/2005–, 23 de noviembre de 2010 –rec. 3321/2007–, 13 de diciembre de 2010 –rec. 833/2005–, 13 de diciembre de 2010 –rec. 6426/2005–, 18 de enero de 2011 –rec. 11220/2004–, 25 de enero de 2011 –rec. 2196/2007–)

Se pone así de manifiesto una aparente contradicción entre esta doctrina jurisprudencial y la expresada en la Sentencia de 22 de marzo de 2011 comentada. No obstante, tal contradicción queda desdibujada si se atiende a los conclusiones alcanzadas en las Sentencias de la Sección Cuarta en el casuístico examen del contenido y trascendencia urbanística de cada una de las concretas Ordenanzas municipales impugnadas, negándoles la condición de «instrumentos de planificación territorial y urbanística», mientras que aquella otra Sentencia de la Sección Quinta se limita a hacer una afirmación genérica para el caso hipotético de que la Ordenanza subdivida la clase de suelo de que se trate en zonas diferenciadas por razón de su destino específico o aprovechamiento urbanístico concreto que se le asigne.

2. Falta de competencia de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña para regular cuestiones técnicas relativas a la ordenación de las comunicaciones por telefonía móvil, por estar la misma atribuida, ex artículo 149.1.21 Constitución, a la Administración del Estado.

En segundo lugar, se enfrenta la Sentencia a la alegada falta de competencia de la Administración de

la Comunidad Autónoma de Cataluña para regular cuestiones técnicas relativas a la ordenación de las comunicaciones por telefonía móvil, por estar la misma atribuida, ex artículo 149.1.21 Constitución, a la Administración del Estado. Adviértase que en teoría el Decreto impugnado se dicta en ejercicio de las competencias que tiene atribuidas la Generalitat de Catalunya en materia de protección del medio ambiente para establecer normas adicionales de protección en materia de urbanismo y vivienda y en materia de sanidad.

Sin embargo, la Sentencia aborda el examen de los límites que aquella competencia exclusiva del Estado impone en el ejercicio de estas competencias autonómicas, tanto acudiendo a su régimen normativo como a la incidencia en la materia del principio de unidad de mercado y de la libertad de empresa, que resultan predicables también en relación con las competencias municipales.

2.1 La competencia exclusiva del Estado sobre el régimen general de las comunicaciones y sobre la materia de las telecomunicaciones: régimen normativo y jurisprudencial.

Recuerda la Sentencia que el artículo 149.1.21 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre el régimen general de las comunicaciones y sobre la materia de las telecomunicaciones, y que con base en esta atribución competencial se dictó la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, aplicable en este caso *ratione temporis*, que atribuyó expresamente al Estado la gestión del dominio público radioeléctrico y las facultades para su administración, encomendó al Gobierno el desarrollo reglamentario de las condiciones de gestión del dominio público radioeléctrico con la precisión de que en dicho Reglamento habría de incluirse el procedimiento de determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerables que no supongan un peligro para la salud pública y asignó al Ministerio de Fomento la competencia para inspeccionar los servicios y las redes de telecomunicaciones, de sus condiciones de prestación, de los equipos, de los aparatos, de las instalaciones y de los sistemas civiles (artículos 61, 62 y 76).

En desarrollo de dicha Ley se dictó el Real Decreto 1451/2000, de 28 de julio, de desarrollo de la estructura orgánica básica del entonces Ministerio de Ciencia y Tecnología, y el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, aprobatorio del «*Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas*», donde se fijaron unos límites de exposición, referidos a los sistemas de radiocomunicaciones y se establecieron mecanismos de seguimiento de los niveles de exposición.

La posterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, citada a efectos ilustrativos, atribuye también a la Administración del Estado la elaboración de «*las especificaciones técnicas aplicables a los equipos y aparatos de telecomunicaciones*» –artículo 39.2–, así como «*El procedimiento de determinación, control e inspección de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable y que no supongan un peligro para la salud pública, en concordancia con lo dispuesto por las recomendaciones de la Comisión Europea*» –artículos. 44.1.a y 47.6.b–, con la precisión expresa de que «*Tales límites deberán ser respetados, en todo caso, por el resto de Administraciones públicas, tanto autonómicas como locales*» –artículo 44.1.a–.

El respaldo constitucional a la exclusividad de la competencia estatal en materia de comunicaciones ha sido puesto de manifiesto por la doctrina del Tribunal Constitucional, al considerar «*constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria –dada la unidad intrínseca del fenómeno– la utilización del dominio público radioeléctrico y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y de radiocomunicación, en particular, y no sólo las destinadas a emisiones de radio y televisión cualificadas por su recepción por un gran número de usuarios*» (STC 168/1993, FJ 4.º, y en análogo sentido STC 244/1993). Es más la STC 31/2010, de 28 de junio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, declara que la atribución de competencias a las entidades locales catalanas sobre *la regulación del establecimiento de infraestructuras de telecomunicaciones y prestación de servicios de*

telecomunicaciones no puede verificarse en ningún caso en menoscabo de las competencias estatales que, sin duda, afectan a los aspectos técnicos de la emisión relativos a la utilización de las ondas radioeléctricas o electromagnéticas, vinculadas al uso del dominio público radioeléctrico.

Ahora bien, tal y como afirma la Sentencia *«ello no implica que esa competencia del Estado haya de prevalecer necesaria e incondicionalmente sobre las demás competencias sectoriales autonómicas y locales que inciden en esta materia, básicamente las urbanísticas y ambientales, hasta dejarlas, en la práctica, inoperativas»*.

En este y en otros casos, en que el marco competencial diseñado por la Constitución determina la coexistencia de títulos competenciales con incidencia sobre un mismo espacio físico, se hace imprescindible desarrollar técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas, si bien, cuando los cauces de composición voluntaria se revelan insuficientes, la resolución del conflicto sólo podrá alcanzarse a costa de dar preferencia al titular de la competencia prevalente, que desplazará a los demás títulos competenciales en concurrencia».

Es claro que las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio, ambiente o sanidad no pueden terminar desvirtuando las competencias que la propia Constitución reserva al Estado en el repetido artículo 149.1.21, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio, ya que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esas competencias exclusivas por la existencia de las otras competencias, aunque sean también exclusivas, de las Comunidades autónomas y los entes locales, pues ello equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución».

No se puede olvidar que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva como la ahora enjuiciada, lo hace bajo la consideración de que la atribución competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas, aunque, para que el condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas no se transforme en usurpación ilegítima, resulta indispensable que el ejercicio de esas competencias es-

tatales se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a una regulación general del entero régimen jurídico de la ordenación del territorio».

Sentada la anterior doctrina, aprecia la Sala que en determinados preceptos del Decreto catalán se regulan cuestiones propiamente técnicas que entran de lleno dentro del ámbito competencial reservado al legislador estatal, como *«las especificaciones y determinaciones técnicas aplicables a las instalaciones de radiocomunicación»*, donde se prevén tanto limitaciones para el margen de frecuencias, intensidad de campo y densidad de potencia, como distancias mínimas a las antenas, que inciden directamente en la configuración, diseño técnico y despliegue de las infraestructuras que conforman la red, y que entran dentro del ámbito de competencia estatal, sin título competencial que habilite a la Administración autonómica para ello.

2.2 El principio de unidad de mercado

Los títulos competenciales autonómicos sobre urbanismo, sanidad o ambiente no pueden desvirtuar las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, pues, afirma la Sentencia, *«si la Constitución ha atribuido al Estado la competencia en materia de telecomunicaciones, lo ha hecho por entender que en ese ámbito concurre un interés general superior que ha de prevalecer sobre la perspectiva más limitada de las competencias propias de las Comunidades Autónomas, y no hay duda de que la razón determinante de la atribución al Estado de esta competencia fue garantizar la operatividad del mercado de las telecomunicaciones como mercado único, sobre la base de que la propia naturaleza de este sector exige una regulación general común para toda la nación»*.

Unidad esta que podría verse seriamente comprometida, cuando no arrumbada si se legitimara una atribución competencial a las Comunidades Autónomas para regular esta materia de manera distinta y en contradicción con las reglamentaciones técnicas del Estado, pues ello podría dar lugar a soluciones técnicas diferentes que desembocarían, en definitiva, en tantas políticas económicas y objetivos cuantas Comunidades Autónomas haya».

Precisa la Sentencia que *«En el ámbito de las telecomunicaciones, la unidad de mercado es un objetivo jurídico requerido por el tan citado artículo 149.1.21 de la Constitución, porque dicha unidad es también, y antes que eso, un imperativo de política económica, que el jurista no puede desdeñar desde el momento que a través de esa unidad se trata de impedir la fragmentación del espacio económico nacional y garantizar una economía de escala, esencial en un ámbito como éste en el que la dimensión del mercado se erige como un parámetro fundamental de su desarrollo económico, perspectiva socioeconómica que no puede eludirse en el proceso de interpretación y aplicación de las normas examinadas, que, en cuanto instrumentos al servicio de una política de telecomunicaciones única conformadora de un modelo económico común, deben ser interpretadas no sólo desde una perspectiva jurídico-formal sino también desde un punto de vista finalista, teleológico, que tenga en cuenta el contexto en que se enmarcan y el fin que persiguen.*

En consecuencia, en el ámbito de la ordenación técnica de las telecomunicaciones no nos situamos ante una tarea a realizar conjuntamente por el Estado y las Comunidades Autónomas, sino ante el ejercicio de una competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.21 de la Constitución, que se enmarca en la exigencia de la unidad del orden económico en todo el ámbito del Estado, y que exige un mínimo normativo como presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales o disgregadores (véanse Sentencias del Tribunal Constitucional 96/1984 de 19 de octubre, fundamento jurídico tercero, y 133/1997 de 16 de julio, fundamento jurídico séptimo)».

Por todo ello, afirma la Sentencia, no cabe invocar los títulos competenciales en materias como el urbanismo, el ambiente o la sanidad para defender una ordenación autonómica que desdibuje la unidad de la regulación técnica del mercado de las telecomunicaciones. De modo que, aunque el despliegue de las redes de telecomunicaciones debe ser abordado también desde el ordenamiento urbanístico y ambiental, sobre el que las Comunidades autónomas ostentan competencias indiscutibles, esas competencias no pueden desbordar su ámbito específico para diluir la

operatividad de la competencia exclusiva estatal en esta materia.

2.3 La libertad de empresa

La Sentencia refuerza la anterior conclusión relacionando el principio de unidad de mercado con la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, consagrada en el artículo 38 de la Constitución y erigida como un parámetro estructural, vertebrador, del Derecho de la Unión Europea, afirmando lo siguiente: *«La libertad de empresa requiere por principio un mercado abierto y competitivo, en el que se desplieguen libertades como las de creación de empresas y acceso al mercado, organización de la empresa y dirección de su actividad, que se ve tanto más obstaculizado cuanto más se fragmenta el mercado en que la actividad empresarial se desenvuelve, en la medida que esa fragmentación revierte en limitaciones diferentes para los operadores en las distintas partes del territorio nacional».*

Aun admitiendo la subordinación de la libertad de empresa a las limitaciones derivadas de la función social de la propiedad, de la economía general y la planificación, o de los principios rectores de la política económica y social, entre los que se sitúan destacadamente los derechos a la salud (artículo 43) y al medio ambiente adecuado (artículo 45), y los de los consumidores y usuarios (artículo 51), no desdeña la Sentencia el deber constitucional de atender al desarrollo y modernización de todos los sectores económicos (artículo 130.1), lo que sitúa la cuestión, en definitiva, *«en la necesidad de procurar un punto de equilibrio que permita compaginar la protección de ambos bienes constitucionales: el ambiente adecuado y el desarrollo económico».*

Por todo ello, concluye la Sentencia con carácter general que *«la imprescindible unidad del mercado sólo puede conseguirse mediante una regulación que procure de forma unitaria y conjunta ese punto de equilibrio, sin ignorar las exigencias sanitarias y ambientales pero también sin minusvalorar la necesidad de garantizar el desarrollo económico».*

Más concretamente, en la materia de las telecomunicaciones, declara la Sentencia que es al legislador estatal

al que le ha correspondido cohonestar los intereses de las empresas del sector, por un lado, y las exigencias ambientales y sanitarias por otro.

Y, lo que es más importante, asevera que *«la regulación estatal no es un simple mínimo común que pueda ser unilateralmente ampliado por las Comunidades autónomas con pretendido amparo en los títulos competenciales de ambiente y sanidad, como precisamente en este caso sostiene la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña, sino más bien un marco normativo general con vocación de aplicación sobre la totalidad del territorio nacional, que pondera equilibradamente los diversos intereses concurrentes, definiendo los requisitos técnicos del despliegue de la red que se consideran necesarios para garantizar tanto un desarrollo eficaz de las telecomunicaciones como la salud de los ciudadanos y la preservación del ambiente»*.

Afirmación que se culmina con la siguiente reflexión: *«Si se caracterizara la regulación estatal como un simple mínimo común denominador, que puede ser superado por las Comunidades mediante el incremento de las restricciones y limitaciones para las empresas con base en razones sanitarias o ambientales, el propio equilibrio de la regulación, y, en definitiva, la unidad del mercado, que se garantiza a través de esa regulación única y común, se desvirtuaría, frustrándose así el objetivo que ha guiado la atribución competencial para el Estado, que resulta del tantas veces mencionado artículo 149.1.21 de la Constitución»*.

Reflexiones estas que, como se anticipó, resultan plenamente trasladables a la incidencia de las competencias locales sobre urbanismo, ordenación del territorio, sanidad y medio ambiente sobre la materia de comunicaciones.

Descendiendo al caso concreto, se constata que la regulación establecida en el Decreto catalán establecía unas limitaciones técnicas notoriamente restrictivas para el desenvolvimiento de la red, superiores a las previstas en el Real Decreto 1066/2001, que, aun siendo posterior a la norma autonómica impugnada y no sirviendo por tanto como parámetro de enjuiciamiento, se cita a efectos ilustrativos, por lo que la norma reglamentaria autonómica invade el ámbito de las cuestiones técnicas atinentes a la ordenación y despliegue de las

telecomunicaciones, que la Constitución ha reservado al legislador estatal, lo que determina su ilegalidad.

Ahora bien, el análisis de los precedentes en relación con estas cuestiones pone de relieve que la competencia exclusiva del Estado examinada no impide que otras Administraciones públicas territoriales, como las Comunidades Autónomas o los Ayuntamientos, puedan incidir tangencialmente en aspectos vinculados a las instalaciones de telecomunicación, con motivo del ejercicio legítimo de sus respectivas competencias en materias sectoriales como el urbanismo y la protección del patrimonio histórico o del medio ambiente.

Más concretamente, la jurisprudencia de la Sección Cuarta, desde la Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (rec. 5583/2007), ha considerado que las Corporaciones locales son competentes para imponer, mediante reglamentaciones técnicas en forma de Ordenanza, mayores limitaciones sobre los niveles de emisión de las estaciones de telefonía o radiocomunicación, así como sobre las distancias de separación a determinadas zonas habitadas, que las reguladas en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre. Y ello en aplicación de los principios de precaución, mayor protección medioambiental y adaptación a las mejores técnicas disponibles respecto de una actividad que al resultar susceptible de generar contaminación electromagnética de efecto dañino sobre la salud humana, en el marco de una cierta incertidumbre científica, ha provocado una fuerte alarma social. Así, en ocasiones dichas limitaciones establecen la obligación de alejar este tipo de instalaciones de «zonas sensibles», mediante el establecimiento de perímetros de protección o la imposición de unas distancias mínimas entre el lugar de emplazamiento de las estaciones de telefonía y las zonas habitadas más próximas. Concretamente, establece dicha Sentencia lo siguiente:

«El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de

protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos.

El hecho de que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles –colegios, hospitales, parques y jardines públicos– estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en las que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas.

De ahí, que estas normas dentro del marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles».

En definitiva, se admite la competencia municipal para fijar límites adicionales a los contemplados para la emisión de radiaciones electromagnéticas en el Real Decreto 1066/2001, así como limitaciones a la ubicación de estaciones en las denominadas «zonas sensibles» (en este sentido también SSTs de la misma Sala y Sección de 6 de abril de 2010 –rec. 6553/2005–, de 18 de mayo de 2010 –rec. 2491/2007–, de 17 de mayo de 2010, –rec. 1186/2007– y de 14 de septiembre de 2010

–rec. 5475/2005–). En particular, respecto a los límites de emisión de zonas sensibles, la postura de la Sección Cuarta, favorable a la fijación de límites adicionales de protección de la salud, queda expresada en la Sentencia de 5 de octubre de 2010, rec. 5973/2006.

No obstante, tales afirmaciones no han impedido que en alguna ocasión se hayan anulado ciertos límites a la instalación de elementos de telecomunicación. Para ello, se ha apelado al casuismo con que debe observarse el ejercicio de las competencias municipales que afecten al campo de las telecomunicaciones, y, en particular, a la necesidad de expulsar el Ordenamiento Jurídico de aquellos preceptos que supongan inseguridad jurídica o atribuyan una facultad omnimoda a los Ayuntamientos. Pueden contemplarse, a título de ejemplo, las sentencias de 5 de octubre de 2010 (rec. 75/2006) y de 8 de junio de 2010 (rec. 3220/2007) en lo referido a ciertas zonas en que se restringía la emisión de radiaciones, como «*cualquier zona de posible ocupación por parte de una misma persona durante un período de tiempo igual o superior a 6 horas*».

En este mismo sentido la Sentencia de 13 de diciembre de 2010 (rec. 6426/2005) constituye un significativo ejemplo de la argumentación empleada por la Sala para dilucidar la proporcionalidad y justificación de determinadas limitaciones impuestas a instalaciones de telecomunicaciones en concretas «zonas sensibles» por constituir o no una restricción absoluta del derecho de las operadoras a la ocupación del dominio público local con vistas a la debida prestación del servicio y su disfrute por los usuarios. Esta Sentencia considera justificado por razón de la protección de la salud de los ciudadanos el establecimiento de una distancia mínima de 100 metros entre la instalación de los equipos de telecomunicaciones y los equipamientos educativos, culturales, asistenciales o sanitarios y espacios libres clasificados por el planeamiento para el ocio. Igualmente, considera justificada la prohibición de instalación de elementos o equipos destinados al servicio de las telecomunicaciones en los edificios protegidos incluidos en Plan Especial y los palmerales de Elche.

Se observan así con nitidez planteamientos discrepantes difícilmente conciliables entre la Sentencia objeto de este comentario y los precedentes jurisprudenciales estudiados, que habrán de esclarecerse en adelante.

3. La exigencia de utilización de la «mejor técnica disponible»

El Decreto catalán impone la obligación de utilizar la mejor técnica disponible en las actividades de telefonía móvil y radiocomunicación. Al respecto señala la Sentencia que *«la determinación de los estándares de tecnología idóneos es una cuestión que entra de lleno en el ámbito reservado para el legislador estatal ex artículo 149.1.21 de la Constitución, conclusión que no se desvirtúa por el hecho de que esa obligación se enmarque en una finalidad de índole ambiental, cual es prevenir las afecciones al paisaje y las emisiones, pues, como ya hemos dicho antes y ahora reiteramos, esa finalidad no puede ser esgrimida para diluir la competencia exclusiva estatal y fraccionar la unidad del mercado en tantas regulaciones como Comunidades Autónomas e incluso Ayuntamientos haya en función de lo que cada uno estime como más adecuado a estos efectos»*.

El hecho de que esta obligación se imponga sin mencionar de forma expresa que esa técnica será la que establezca el Estado resulta relevante para la Sentencia, puesto que *«deja la cuestión en un nivel de incertidumbre que pugna frontalmente con la imprescindible seguridad jurídica que debe presidir las relaciones de los operadores con la Administración en un marco económico como éste, tan necesitado de certeza y previsibilidad con el fin de servir de referencia para guiar las decisiones empresariales»*.

No obstante, como reconoce la Sentencia, algunas recientes sentencias de la Sala, concretamente de su Sección Cuarta, han rechazado motivos casacionales similares a éste porque, examinadas las circunstancias del caso, llegaron a la conclusión de que *«tal previsión se funda en normas del Estado como es el caso del Real Decreto 1066/2001»* (Sentencias de 5 de octubre de 2010, –rec. 1306/2006– y 13 de diciembre de 2010 –rec. 833/2005–, entre otras), de manera que, si se salvó la legalidad de tal inciso en las regulaciones entonces examinadas, fue porque se partió de la base de que la exigencia de la *mejor tecnología disponible* se fundaba en el Derecho estatal.

En relación con esta última cuestión relativa a la cláusula de progreso o de incorporación de la mejor tecnología disponible, la Sección Cuarta también se ha

mostrado uniforme en sus pronunciamientos. En ellos trae a colación el criterio mantenido en su sentencia de 16 de julio de 2008 (rec. 7790/2004) que, a su vez, se asienta sobre la sentencia de la misma Sección de 15 de diciembre de 2003 (rec. 3127/2001) para afirmar la legitimidad de la exigencia de utilización de la mejor tecnología disponible desde el encaje de la misma en la figura de los conceptos jurídicos indeterminados y la posible utilización de éstos en las disposiciones reglamentarias. Concretamente, en relación con la previsión en una Ordenanza municipal sobre Antenas de Telefonía, Radio y Televisión de que las operadoras habrían de utilizar *«la tecnología y el diseño disponible en el mercado que menor impacto ambiental y visual provoquen»*, se señalaba lo siguiente:

«Nos hemos referido a esta especie de cláusula de progreso en nuestra sentencia de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004, relacionándola con la admisión de la utilización en las disposiciones reglamentarias de conceptos jurídicos indeterminados, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Supone ésta una técnica en que, junto a las zonas de certeza positiva o negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre" en relación a la cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. En definitiva supone una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ordenanza de la procedencia o no de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables de una determinada actividad.

Por lo tanto, en esta como en aquella ocasión, nada hay que oponer a la posible utilización de esa denominada mejor tecnología para que se respete el menor impacto visual y ambiental y la menor afección a la salud de las personas, e

insistimos en que tal previsión se funda en normas del Estado como es el caso del Real Decreto 1066/2001.»

El mismo criterio se reproduce en las Sentencias de la misma Sala y Sección de 6 de abril de 2010 (rec. 4450/2007), 17 de mayo de 2010 (rec. 1186/2007), 15 de junio de 2010 (rec. 240/2007), 15 de junio de 2010 (rec. 3220/2007), 5 de octubre de 2010 (rec. 1306/2006), 5 de octubre de 2010 (rec. 4592/2005), 5 de octubre de 2010 (rec. 5973/2006), 8 de noviembre de 2010 (rec. 1241/2007), 17 de noviembre de 2010 (rec. 2345/2005), 13 de diciembre de 2010 (rec. 833/2005), 13 de diciembre de 2010 (rec. 6426/2005) y 12 de abril de 2011 (rec. 1809/2008).

Por tanto, también aquí la contradicción con los precedentes jurisprudenciales expresados es solo aparente, puesto que, como antes se precisó, la admisión casuística de la exigencia de utilización de la mejor técnica disponible en las actividades de comunicaciones se sustenta en la premisa de que esa «mejor técnica» es la prevista por el legislador estatal reglamentariamente, lo que excluye tanto las intromisiones ilegítimas de otras Administraciones territoriales en la competencia exclusiva del Estado en la materia, como cualquier atisbo de incertidumbre acerca de las concretas exigencias tecnológicas impuestas.

SALA 4.^a

EL CONTROL DEL USO LABORAL DEL ORDENADOR POR PARTE DEL EMPRESARIO: LA CONSOLIDACIÓN DEL CRITERIO DOCTRINAL INICIADO POR EL TS. A PROPÓSITO DE LA STS DE 8 DE MARZO DE 2011, R. 1826/2010

Juan Manuel San Cristóbal Villanueva

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

I. Introducción

La Sala Cuarta del TS acaba de dictar, al tiempo de redactar este comentario, la Sentencia de 8 de marzo de

2011 –Rcud 1826/2010– que constituye el segundo pronunciamiento en materia de control por parte del empresario del uso laboral que el trabajador hace del ordenador que la empresa le ha asignado, y se configura así como el pronunciamiento necesario para la creación de jurisprudencia sobre esta cuestión, al tiempo que da respuesta a un caso que presenta sus propias particularidades (se aborda abiertamente el tema de la prueba ilícita por obtención de la misma con vulneración de derechos fundamentales, y el control se efectúa no en el propio ordenador, sino desde un servidor) y configura un pequeño paso más en el análisis de tan complejo tema por parte del TS. Desde la afamada STS de 26 de Septiembre de 2007 –Rcud 966/2006– el Tribunal no había tenido oportunidad de pronunciarse por segunda vez sobre la materia y crear así jurisprudencia –del mismo modo que habilitar como causa de inadmisión la posibilidad de ofrecer la falta de contenido casacional cuando la doctrina de la recurrida en unificación de doctrina sea acorde con la jurisprudencia de esta Sala–, pues hasta la sentencia que vamos a comentar los diversos casos que se habían abordado por el Tribunal habían terminado en Autos de inadmisión (Así ocurrió con los ATS 14/04/2008 –R. 3196/2006–, ATS 27/11/2008 –R3885/2007–, ATS 28/01/2009 –R1989/2008–, ATS 21/04/2009 –R.3257/2008–, ATS 16/07/2009 –R.2011/2008–, ATS 7/07/2010 –R. 265/2010–)¹.

¹ Abordaban esos recursos supuestos de gran interés, que no superaron la barrera de la contradicción. Así, por ejemplo, en el R. 3196/2006 la sentencia recurrida, del TSJ de Cataluña de 12/05/2006, analizaba el caso de un trabajador al que le había sido descubierto el uso del correo electrónico para enviar y recibir mensajes informáticos de contenido extralaboral entre él y otro trabajador de la empresa (su jefe), que había sido despedido con anterioridad. La sentencia llegó a la conclusión de que se había producido una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, dado que la empresa accedió a los contenidos de los mensajes enviados y recibidos por el trabajador así como envió el disco duro de su ordenador a un especialista informático para que procediera a determinar el uso que se había hecho del ordenador. La sentencia entendió asimismo que el trabajador no vulneró la normativa laboral porque, pese a que existía en la empresa unas reglas sobre el uso de los medios informáticos, el envío y recepción de mensajes se limitó a unos 70 que, según la Sala de suplicación, son insuficientes para entender que se había causado un perjuicio económico negativo a la empresa. Por su parte en el R. 3885/2007, la recurrida, que era del TSJ de la Comunidad Valenciana de 4/07/2007, abordó el supuesto de un trabajador que fue despedido mediante carta en la que se alegaban varios incumplimientos, destacando el uso de internet y de correo electrónico con fines privados durante las horas de trabajo, así como la realización de actividades por cuenta propia en horario laboral que suponían concurrencia desleal con la empresa en la que trabajaba. Constaba en los hechos probados de la sentencia recurrida que se había informado a los trabajadores, primero verbalmente, y luego por escrito, que no podía utilizarse

2. El Supuesto de hecho

En el caso que comentamos, el trabajador, Jefe de Turno de mantenimiento y con una antigüedad en la empresa desde 22 de enero de 1992, fue despedido por carta de 13/03/2009 que iba acompañada de un informe de auditoría de 66 páginas imputándole la navegación en Internet en horas de trabajo, en definitiva un total de 5.566 visitas a páginas referidas a multimedia-videos, piratería informática, anuncios, televisión, contactos etc. Se da la circunstancia de que el referido control de auditoría informática tuvo lugar desde el servidor, rastreando las redes de información interna, investigación que se llevó a cabo en los meses de enero y febrero con el objeto de revisar la seguridad del sistema y detectar posibles anomalías en la utilización de los medios puestos a disposición de los empleados. El actor, como el resto de los Jefes de Turno, disponía de un ordenador común para todos los Jefes, declarando probado la sentencia de instancia que la gran mayoría de los accesos de Internet ya referidos tuvieron lugar en tramos horarios en que el actor estaba solo en el despacho, así como que en ocasiones la navegación por Internet duraba desde las 6 de la mañana –poco después de la hora de entrada– hasta las 8 de la mañana, de forma prácticamente ininterrumpida, y cuando prestaba servicios de noche, la navegación ocupaba la mayor parte de la noche.

Vistos los hechos declarados probados, el Juzgado de lo Social declaró la procedencia del despido, desestimando la demanda del trabajador. Por su parte la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16/02/2010, apoyándose en la STS de 26/09/2007 (R. 966/2006) llega a la conclusión de que debe estimar el recurso del trabajador despedido al considerar que la prueba que ha servido a la empresa para acreditar la causa del despido se ha obtenido de forma ilícita –art. 11.1 de la LOPE– por lo que declara el despido improcedente, básicamente porque considera

Internet con fines privados, y que no se podía tener cuenta de correo electrónico salvo que así fuese autorizado de forma expresa por la empresa. La empresa decidió instalar en el ordenador del trabajador un programa espía, comunicando tal decisión al delegado sindical de la empresa. Una vez revisado el ordenador en presencia del trabajador y de un representante de los trabajadores, se observó la instalación de un programa de correo electrónico (messenger) y el acceso a varias páginas de internet no relacionadas con el trabajo del trabajador. La sentencia de instancia declaró el despido procedente en virtud no sólo del acceso a Internet y la instalación de correo electrónico que venía utilizando, sino también en función de las actividades por cuenta propia que venía desarrollando el trabajador, y que suponían concurrencia desleal con la empresa, confirmando la recurrida dicho pronunciamiento.

que la auditoría se adentró –vulnerándolo– en el campo del derecho fundamental del trabajador (intimidación), al resultar injustificada y desproporcionada la medida de control adoptada por la empresa al no advertir previamente ni a los trabajadores ni a los representantes de éstos las reglas de uso de los ordenadores.

Recurrió la empresa en casación para unificación de doctrina invocando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 5 de junio de 2006 –r. 1566/2006, que también abordaba el caso de un despido de trabajador por navegar a páginas de Internet que no tenían relación alguna con el trabajo, y que terminó por confirmar la procedencia del despido, al considerar que la medida de control tomada por la empresa era idónea, necesaria y proporcionada–, considerando la Sala Cuarta que concurrían los requisitos del art. 217 de las LPL en orden a la existencia de contradicción entre los pronunciamientos comparados, siendo determinante de la contradicción el dato fáctico de que en ninguno de los casos comparados existían reglas para el uso de dichos medios informáticos ni la previa advertencia por parte de las empresas de las medidas de control de aquéllos.

3. El control del uso laboral del ordenador.

3.1 Planteamiento: el control del trabajo y las nuevas tecnologías.

Como es sabido el ET (art. 20.3) reconoce al empresario la facultad de adoptar las medidas oportunas para el control de la prestación de los trabajadores a su servicio, siempre con el debido respeto y consideración a la dignidad humana –dice el precepto– y la imparable progresión de las nuevas tecnologías ha propiciado la aparición de nuevos problemas sobre la constitucionalidad de ese control. Son precisamente las modernas tecnologías (informática, navegación por internet, e-mail², grabaciones

² Sobre el e-mail, que contiene evidentes particularidades que lo diferencian de la mera navegación por Internet, cabe destacar «El acceso por el empresario al Correo Electrónico de los trabajadores», de Álvaro Suárez Sánchez de León, Actualidad Laboral, Semana del 25 octubre 2001; «¿Es privado el E-Mail?» de José Antonio Sanfulgencio, Revista oficial del Ilustre colegio de Graduados Sociales de Madrid; o «Protección de datos, secreto de las comunicaciones, utilización del correo electrónico por los trabajadores y control empresarial» de Alfonso Ortega Jiménez y José Antonio González Martínez, en Diario la Ley n.º 7188, Sección doctrina, de 3/06/2009.

audio y vídeo³, localizadores GPS, etiquetas de radiofrecuencia⁴) así como los enormes avances en biotecnología (controles biométricos⁵, análisis genéticos⁶) los que permiten unas mayores y más sutiles posibilidades de vulneración de los derechos fundamentales (básicamente intimidad⁷ y secreto de las comunicaciones⁸, así como protección de datos), y ello debe ser, correlativamente, respondido con una mayor sensibilidad respecto de este fenómeno por parte de los operadores jurídicos en tanto tenemos atribuida la tutela de esos derechos fundamentales.

En efecto, como he tenido la oportunidad de afirmar en otro trabajo, las nuevas tecnologías son un campo propicio para la duda y la incertidumbre desde la perspectiva del ejercicio del poder disciplinario, y al mismo tiempo, dado su poder de control y acumulación de datos, campo abonado para la vulneración de derechos fundamentales, razón por la que la cautela ha de ser máxima en este terreno⁹. Y es que el control tecnológico del trabajador llevado al límite puede ser enormemente invasivo de los derechos fundamentales del trabajador. Respecto de lo que se ha dado en llamar el «trabajador informático»¹⁰ son cada vez

más frecuentes los pleitos en el que se pone de manifiesto un control «minuto a minuto» de todas las tareas del trabajador, pues el propio sistema controla cada pausa, por mínima que sea, lo que ha llevado a la doctrina Italiana a rechazar el control que genera un «trabajador transparente», ese control penetrante que puede proporcionar la informática, señalando un diferente tratamiento según si el control es una consecuencia no buscada de propósito sino secundaria a otras utilidades, o si es un control que no persigue otro fin que ese.

Por lo que se refiere al uso del ordenador de la empresa que el trabajador tiene a su disposición para desarrollar el trabajo, los problemas que se plantearon fueron muy diversos, y esencialmente se desgranaron en una situación compleja¹¹, ya que de un lado, el empresario dispone del ordenador como sistema de control de la prestación de trabajo, y de otro, el ordenador es o puede ser el instrumento o herramienta de trabajo del empleado, de modo que su correcta utilización puede ser objeto también de control en sí mismo.

Esta compleja situación estaba necesitada de un pronunciamiento clarificador por parte del TS, pues eran muchas las dudas que surgían al respecto. Y es que la posibilidad de comunicarse el trabajador con otros compañeros de trabajo, o con el exterior de la empresa, a través del ordenador de la empresa cuyo uso tiene atribuido mediante el correo electrónico, así como la posibilidad de acceder a información de Internet desvinculada con el contenido del trabajo estaba siendo, cada vez más, objeto de estudio por los tribunales en el análisis de reacciones disciplinarias de los empresarios¹². Básicamente eran dos los interrogantes que se planteaban y que algunos autores abordaron¹³: 1.ª ¿Podría constituir un acto de vulne-

³ Puede verse un detallado estudio sobre la cuestión en la vertiente de la videovigilancia en el trabajo titulado «El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial» de Aurelio Desdentado Bonete y Ana Belén Muñoz Ruiz, en la Revista Justicia Laboral, núm 44 de 2010, pp. 13-72

⁴ «El uso de etiquetas de identificación por radiofrecuencia en las empresas: ¿un nuevo riesgo para los derechos de los trabajadores?» de Carolina Gala Durán y Antoni Roig Batalla, en Actualidad Laboral n.º 8 de 2010, p. 1.

⁵ «Los sistemas biométricos de control horario de los empleados públicos. Regulación constitucional y administrativa y postura jurisprudencial», de Augusto González Alonso, Edic. Francis Lefebvre, Actum Social n.º 20, Octubre 2008. Así mismo, «El control de accesos por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores» de Alejandra Selma Penalva, Aranzadi social n.º 3, mayo 2010.

⁶ «La respuesta federal americana contra la discriminación genética en el lugar de trabajo: The Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA)» de Ana Belén Muñoz Ruiz, en Relaciones Laborales, n.º 1 de 2010.

⁷ «Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo» de Miguel Rodríguez-Piñero; Diario La ley n.º. 6033 de 4/06/2004.

⁸ Una visión global y multidisciplinar del problema del secreto de las comunicaciones puede verse en «El Derecho al Secreto de las comunicaciones» de Eduardo de Urbano Castrillo, Edit. La Ley Febrero 2011.

⁹ «La Valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos». Juan Manuel San Cristóbal Villanueva. Justicia Laboral. Mayo 2004, p. 44 y ss.

¹⁰ Seguimos aquí el trabajo titulado «La incidencia de las nuevas tecnologías en la intimidad y libertad de los trabajadores». Jorge Marijuan Izquierdo. Revista El Laboralista 1.º Trimestre 2001.

¹¹ «Las pruebas de reproducción de la imagen y el sonido en el proceso laboral: poderes empresariales e intimidad del trabajador», Aurelio Desdentado Bonete. Diario La ley núm. 6946, 15/05/2008, Sección Columna.

¹² Estos dos aspectos (derecho al uso del correo electrónico y a la navegación en Internet) es lo que se ha dado en llamar los «derechos on line» de los trabajadores o «derechos informáticos de los trabajadores». Véase «Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional», de Miguel Rodríguez Piñero y José Luis Lázaro Sánchez en el libro «Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías», p. 12.

¹³ «El acceso por el empresario al Correo Electrónico de los trabajadores», Álvaro Suárez Sánchez de León, Actualidad Laboral, Semana del 25 octubre 2001.

ración de derechos fundamentales del trabajador (intimidad, honor, imagen, inviolabilidad de las comunicaciones) el acceso por el empresario al programa de correo electrónico instalado en el ordenador de aquél así como a los archivos temporales de Internet para verificar las páginas visitadas por el empleado? Y 2.^a Si la primera pregunta tuviera una contestación afirmativa, la segunda sería irrelevante; pero si el empresario pudiera acceder a esa información ¿debería tener alguna cautela al hacerlo o tendría la facultad de poder acceder en cualquier momento?. Y a estos interrogantes podían unirse algunos más: ¿era el ordenador, en tanto tiene la capacidad de almacenar información personal confidencial del trabajador, un bien mueble equiparable a la «taquilla» y «efectos particulares» a los fines de extenderle las garantías del art. 18 del ET¹⁴? Por otro lado, ¿la obtención de la prueba mediante el acceso al ordenador del empleado, si configuraba una vulneración del derecho a la intimidad o del secreto de las comunicaciones, aunque pusiera en evidencia un incumplimiento contractual por el trabajador, era causa de nulidad o de improcedencia del despido?

La doctrina del Tribunal Constitucional –vertida en el ámbito laboral, esencialmente respecto de la video-vigilancia y las grabaciones de sonido en el seno de la relación de trabajo– estaba clara al respecto de las pruebas ilícitamente obtenidas por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales, bastando recordar que según el TC:

- a) Los Derechos Fundamentales, y de entre ellos el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1. CE., se configura como un derecho vinculado a la propia personalidad, derivando sin duda de la dignidad de la persona que consagra el art. 10.1 C.E., y ello implica que «existe un ámbito propio y reservado frente a la acción y reconocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 170/97 de 14 de octubre, y 202/99 de 8 de Noviembre, entre otras) y por ende, este derecho a la intimidad es

aplicable a las relaciones laborales (STC 98/2000 de 10 de abril).

- b) No obstante, ningún derecho fundamental es absoluto, por lo que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo, y en todo caso, que sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/94 y 143/94).
- c) Puede concluirse en consecuencia, que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (art. 20 ET.), atribuye al empresario la facultad de adoptar medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales, pero esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto de la dignidad del trabajador.
- d) Es preciso por ello, que exista el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo para el trabajador en el ámbito –modulado por el contrato de trabajo, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional (ST.C. 6/98).
- e) El control jurisdiccional para determinar si una determinada prueba ha sido obtenida con violación de un derecho fundamental debe partir del análisis de lo que el TC llama el «Juicio de Proporcionalidad»¹⁵: la medida adoptada para su obtención debe ser idónea (juicio de idoneidad), esto es debe ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto, debe ser necesaria (Juicio de necesidad) es decir, que no exista otra medida más moderada para obtener igual objetivo con

¹⁴ Señala el precepto que sólo es posible el registro de tales lugares y objetos cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, y deberá hacerse dentro del centro, en horas de trabajo y con la asistencia de un representante legal de los trabajadores.

¹⁵ La doctrina ha destacado también cómo el TC utiliza a veces una segunda modalidad del canon de proporcionalidad, que es el criterio de la ponderación (se utilizó en el caso conocido del trabajador de explosivos Río Tinto que fue despedido por manifestar en una junta de accionistas duras expresiones contra la dirección de la empresa), donde se prescinde del test de adecuación e imprescindibilidad: para ello se comprueba que se esté en el ejercicio de un derecho fundamental, no en un abuso del mismo, en segundo lugar se constata la magnitud del conflicto y los efectos que produce en los derechos de los afectados, y finalmente se establece un canon de prevalencia condicionada: un criterio aplicable en exclusiva al caso concreto. Igualmente otro método argumental utilizado por el TC en estos casos es el conocido como de "concordancia práctica" (se utilizó en los casos de transfusión sanguínea de los testigos de Jehová), donde los criterios son los de acomodación razonable de derechos y el criterio del gravamen excesivo.

idéntica eficacia, y finalmente la medida debe ser ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad estricto).

Pero esta doctrina del TC, vertida como hemos dicho básicamente para la utilización de medios de control de grabación en el trabajo, no daba respuesta a los interrogantes planteados, esencialmente porque el ordenador era una verdadera «herramienta» de trabajo, estaba a disposición del trabajador para su uso cotidiano, y como tal herramienta, se planteaba por la doctrina si era posible entender que en todo caso y situación el empresario podía acceder a su contenido para ver el uso que del ordenador se estaba haciendo, y había que encajar ese juicio de proporcionalidad con el discutible derecho a acceder libremente al contenido del computador utilizado.

3.2 La posición del TS en la STS 26/09/2007

Este primer pronunciamiento del TS al respecto del control del ordenador por parte del empresario tuvo un enorme eco doctrinal¹⁶ y social y marcó la senda a seguir. Como se recordará, en ella se abordaba el caso del despido de un trabajador que había visitado páginas de Internet poco seguras, sufriendo ese ordenador la infección o contaminación de varios virus. La empresa, tras conocer el funcionamiento defectuoso de ese ordenador, inició la actuación normal para su comprobación y en presencia del administrador de la empresa detectaron la existencia en la carpeta de archivos tem-

¹⁶ Fueron muchos los artículos doctrinales que se hicieron eco de la citada sentencia, pudiendo destacarse por ejemplo: «El uso laboral del ordenador y la buena fe (a propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006)», de Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y Javier Thibault Aranda, en Relaciones Laborales núm. 6 de 2008; «La trasgresión de la buena fe contractual en el uso personal del ordenador de la empresa: la legitimidad del control empresarial», de Carmen Grau Pineda en Aranzadi Social núm. 11/2008; «¿Puede la empresa controlar el ordenador usado por su trabajador?», de Antonio V. Sempere Navarro y Carolina San Martín Mazzucconi, en Repertorio de Jurisprudencia núm. 21/2007 de Editorial Aranzadi; «Control del empresario sobre el uso del ordenador por los trabajadores: alcance, contenido y límites» de Víctor Manteca Valdelande, en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 749/2008; «detectives, nuevas tecnologías y derecho a la intimidad de los trabajadores», de Carolina San Martín en Aranzadi Social 81/2007.

porales de antiguos accesos a páginas pornográficas que se almacenaron en un dispositivo de USB que se entregó a un notario, retirando el ordenador de la empresa para su reparación.

El TS abordó dos cuestiones de trascendental importancia: si el ordenador debe gozar de la misma protección que una taquilla del trabajador, así como qué límite, en su caso, deben entenderse aplicables a ese control. Y concluyó que al control por el empresario del contenido del ordenador no pueden aplicarse las exigencias del art. 18 del ET porque el supuesto de hecho de la norma es distinto del que se produce con el control de los medios informáticos: en efecto, así como la taquilla del trabajador y sus efectos personales forman parte de su esfera privada quedando fuera de los límites del art. 20 del ET, los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran dentro del ámbito normal de actuación de dichos poderes de control, en tanto es el ordenador un instrumento de producción del que es titular el empresario, sobre el que tiene facultades de control que incluyen su examen, en tanto con el ordenador se ejecuta la prestación del trabajo, y en consecuencia, el empresario puede verificar a través del mismo su correcto cumplimiento, lo que no puede ocurrir con los supuestos del art. 18 ET. Ahora bien, sentado que al ordenador no le asisten las garantías del art. 18 del ET, el TS reflexiona sobre la existencia de «un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa» que crea en el trabajador una expectativa también general de confidencialidad en esos usos, lo que impone al empresario establecer previamente –e informar de ello a los trabajadores– las reglas de uso de los medios informáticos, con advertencia de la existencia de controles en orden a comprobar la corrección de esos usos. Así, el empresario no habrá vulnerado la intimidad del trabajador cuando acceda a su ordenador en aquellos casos en que el empresario haya establecido una prohibición de uso para fines privados, avisando de ello a los trabajadores y de la existencia de controles. Por ello en el caso que analizó el TS, como no existió esa advertencia previa, y además el empresario se apoderó de un archivo que no era necesario, se alcanza la conclusión de la improcedencia del despido, sin desperdiciar el Tribunal la oportunidad de matizar que el correo electróni-

co cuyo rastro queda en el ordenador, al igual que las conversaciones telefónicas, tienen la protección adicional del secreto de las comunicaciones, pero los archivos temporales de Internet gozan también de la protección derivada del derecho a la intimidad, al amparo de lo establecido en la STEDH de 3 de abril de 2007; del mismo modo, el Tribunal advierte de que el derecho a la intimidad no queda expuesto voluntariamente por el hecho de que el ordenador esté ubicado en un despacho sin llave o por la aceptación del trabajador de un acceso abierto (sin clave) a la información del ordenador.

La doctrina acogió esta sentencia con gran interés y no pocas críticas. Básicamente se destacaba por algunos autores que no podía compartirse la tesis de que exista un derecho social al uso del ordenador conforme al cual cuando la prestación laboral comprenda el uso de ordenador puedan consultarse páginas web ajenas al trabajo, y además porque, atendidos los hechos probados y las circunstancias del control realizado, la prueba obtenida era lícita y hubiera debido derivar en un despido procedente.

4. La consolidación del criterio del TS y un paso más: la STS de 8 de marzo de 2011.

El TS en la sentencia que comentamos ha consolidado, con este segundo pronunciamiento, la doctrina jurisprudencial iniciada con la Sentencia de 2007. Enfrentándose, como hemos visto, al análisis del despido de un trabajador que había colmado su jornada de constantes visitas a páginas de Internet de diversa índole, procede en primer lugar a repasar la doctrina del TC en referencia a los derechos fundamentales de los trabajadores, recordando cómo la existencia de una relación laboral modula pero en ningún caso cercena los derechos fundamentales del trabajador; a continuación rememora la doctrina contenida en la ya aludida sentencia del TS de 2007, efectuando un resumen de su contenido. Y finalmente procede al análisis del caso, para establecer que la doctrina de la recurrida es la doctrina correcta, lo que conducirá a la desestimación del recurso.

Como puede advertirse, la cuestión planteada se ofrece desde la perspectiva de la licitud de la prueba

obtenida: para la empresa recurrente, el acceso al ordenador fue perfectamente lícito y sin vulneración de derecho fundamental alguno. Sin embargo como señala el Tribunal, la prueba de esas interminables visitas a páginas de Internet había sido obtenida por la empresa a partir de una auditoría interna en las redes de información con el objetivo de revisar la seguridad del sistema y detectar posibles anomalías en la utilización de los medios informáticos puestos a disposición de los empleados, y no consta que de acuerdo con las exigencias de la buena fe, la empresa hubiera establecido previamente algún tipo de reglas para el uso de dichos medios especificando la existencia de prohibiciones absolutas o parciales ni tampoco que se hubiera informado a los trabajadores de que se iba a proceder al control y la forma en que dicho control iba a llevarse a cabo. Por todo ello concluye la desestimación del recurso, no sin antes detenerse en dos matices que concurren en este caso y que no se daban en la anterior STS: de un lado que la auditoría perseguía un control generalizado y no personalizado del trabajador, y así mismo el control se efectuó por ello desde una terminal conectada al servidor y no desde el propio ordenador del empleado. Pero ello no es obstáculo, entiende el Tribunal, a la conclusión de improcedencia, puesto que en el historial de Internet constan las concretas visitas, no meras menciones genéricas, y ello configura una indudable vulneración del derecho fundamental.

5. Conclusiones y apreciaciones críticas.

En la sentencia que comentamos el análisis se centra en la navegación por Internet, que era lo que se controló por la empresa desde el servidor, y por ello no se aborda –como ya ocurriera en la sentencia precedente del R. 966/2006– el acceso a los archivos personales del trabajador en el ordenador y a los correos electrónicos. No obstante, esa primera sentencia sí expuso, a la hora de analizar la protección de la intimidad, que era «claro que las comunicaciones telefónicas y el correo electrónico están incluidos en este ámbito con la protección adicional que deriva de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones». Así pues parece que pudiera concluirse que el acceso al ordenador por parte del

empresario habilitaría a éste, sin vulnerar la intimidad del trabajador, a comprobar el uso del ordenador por el trabajador para la generación y guardado de archivos personales en el disco duro, así como la comprobación de la emisión y/o recepción de correos no vinculados con el trabajo, pero sin que pudiera accederse al concreto contenido de esos archivos y correos electrónicos, pues ello desbordaría las facultades de control que dichas sentencias le conceden al empresario de los medios de producción (el ordenador) al amparo del art. 20 del ET, incidiendo en una posible lesión del derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (acceder al contenido exacto de un correo electrónico enviado, vgr. por el trabajador a su esposa o a un amigo se diferenciaría muy poco en su potencial lesivo del derecho fundamental –salvo por la inmediatez de la comunicación– con la escucha de esa misma comunicación efectuada por teléfono).

Por otra parte, resulta llamativo que ni la sentencia comentada –donde se planteaba abiertamente– ni en su predecesora, la Sala efectúe una aplicación explícita del juicio constitucional de proporcionalidad. Como ya dijimos, según la doctrina del TC la medida adoptada para su obtención debe ser idónea (juicio de idoneidad), esto es, debe ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto, debe ser necesaria (Juicio de necesidad) es decir, que no exista otra media más moderada para obtener igual objetivo con idéntica eficacia, y finalmente la medida debe ser ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad estricto). Siguiendo esta doctrina el T.C. declaró como constitucionalmente obtenida y acorde al citado principio la prueba de una grabación mediante circuito cerrado de televisión porque existían razonables sospechas de la comisión de irregularidades por el trabajador, era necesaria pues configuraría la mejor prueba de tales sospechas, y proporcionada, pues se limitó a una zona (la caja) y por un tiempo determinado (STC 186/2000 de 11 de agosto), y sin embargo rechazó la medida empresarial (y con ella la obtención de prueba alguna a través de ella) de añadir un sistema de grabación de sonido para mayor seguridad donde ya existían otros sistemas de control de grabación de imágenes, pues en tanto no se había

revelado una quiebra de los existentes ni resultaba indispensable para la seguridad del casino, más bien obedecía al propósito de controlar genéricamente el cumplimiento de sus obligaciones por los trabajadores (STC 98/2000).

En realidad, en el caso analizado, como en todos en los que se plantea el control del ordenador por parte del empresario, el juicio de idoneidad es patente que debe darse por descontado desde el momento en que aceptamos que se trata de una herramienta de trabajo y al empresario le corresponde, por así contemplarlo la ley (art. 20 ET) el control del trabajo y de los usos que de las herramientas de trabajo efectúa el trabajador. Desde esta perspectiva, la medida de control del ordenador es, por ser legal, indudablemente idónea para conseguir el fin legítimo perseguido de conocer el correcto uso de los elementos de trabajo que el empleado tiene a su disposición y no parece que necesite justificación caso por caso. Quizá pudiera discutirse la necesidad en el supuesto de que el control pudiera hacerse, como en el caso que comentamos, desde el servidor y sin tener que acudir al ordenador del empleado, evitando así acceder, incluso por error o por hallazgo casual, a archivos personales u otros contenidos sensibles y garantizando un mayor respeto del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Podríamos concluir, en consecuencia, que el acceso a los archivos temporales de Internet desde el ordenador personal cuando pudo hacerse desde el servidor pone en riesgo no ya el juicio de idoneidad sino el de necesidad, en tanto que podría haberse utilizado otra vía potencialmente menos lesiva. La clave en todo caso, y por ello quizá la Sala no efectúa una reflexión explícita en la aplicación de esos tres juicios, está en el juicio de proporcionalidad estricta. En la sentencia del año 2007 la proporcionalidad se plantea al amparo de la existencia de un uso social persistente y aceptado, de la posibilidad de utilización de los medios de comunicación del empresario para uso personal moderado en caso de necesidad.¹⁷ Desde esa pers-

¹⁷ No puede negarse que, en lo tocante al uso del ordenador para el envío de correos electrónicos, existe una gran proximidad con el uso razonable del teléfono de la empresa para llamadas personales, que hoy nadie negaría (¿recuerda el lector –si tiene la edad suficiente–, los teléfonos fijos de empresa con un pequeño candado atravesado entre los agujeros del disco de marcación para impedir llamadas y sólo poder recibirlas?). Y hoy en día parece también innegable la existencia de un uso social consistente en dedicar los

pectiva es preciso, para que la medida de control sea constitucional por proporcionada, que el empresario haya establecido y divulgado unas reglas de uso de los medios informáticos y de comunicación de la empresa, de tal suerte que si no lo ha hecho así luego no puede sorprender con la información obtenida del control del ordenador. Además en ese caso la empresa, en vez de limitarse a la eliminación del virus, siguió con el examen del ordenador y se apoderó de un archivo cuyo examen y control no era *necesario para realizar la reparación interesada*.

En el caso de la sentencia comentada, del R. 1826/2010, la prueba fue obtenida por la empresa a partir de una auditoria interna en las redes de información con el objetivo de revisar la seguridad del sistema y detectar posibles anomalías en la utilización de los medios informáticos puestos a disposición de los empleados, así que parece que la medida de comprobación era idónea y necesaria, siendo además que el acceso se efectuaba desde el servidor y sin poner en peligro archivos personales u otras informaciones depositadas por el empleado en su ordenador, en tanto sólo se buscaba el control sobre las páginas de Internet visitadas. Sin embargo la inexistencia de un código de conducta sobre las tecnologías puestas a disposición del empleado fijando prohibiciones totales o parciales hacen quebrar el principio de proporcionalidad estricta, y ello conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la declaración de improcedencia.

Como ya advertimos más arriba, la particularidad de que el control se haga desde el servidor la salva el Tribunal, a nuestro juicio innecesariamente, con la invocación del argumento de que en el historial que se comprueba se contienen todas y cada una de las concretas visitas y concretos dominios web visitados, especificando si son de contenido pornográfico o multimedia, o de piratería informática, lo que a juicio del Tribunal – por no ser una mera referencia genérica a tiempos dedicados a la navegación y páginas visitadas– supone una vulneración de su derecho a la intimidad. Ya hemos dicho que el acceso al historial de navegación a través del servidor parece de por sí de menor potencial lesivo que el acceso al

propio ordenador, con lo que la medida sería aún más adecuada en términos de necesidad e idoneidad, por lo que no parece necesario argumentar más sobre el particular. Por otro lado la razón ofrecida (la descripción concreta de los sitios web visitados) no parece lesiva por sí misma del derecho a la intimidad sino es ya por la inexistencia del previo aviso de controles y código de conducta, ya que el historial de Internet ofrece la descripción del nombre de la página visitada, que de ordinario da cuenta de su contenido sin mayores esfuerzos.

Finalmente en la sentencia que comentamos el TS tampoco ha podido pronunciarse sobre si el despido disciplinario acontecido con base en prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales ha de ser calificado de nulo o de improcedente¹⁸

Y ello por cuanto el despido ya había sido calificado de improcedente por la Sala de suplicación, siendo la recurrente la empresa, con lo que el Tribunal no pudo ni siquiera plantearse esa problemática. Es sabido que de acuerdo a la doctrina del «fruto del árbol envenenado», cabría declarar la nulidad de todo acto vinculado o apoyado en la obtención de la prueba ilícita, y en base a ello, algunos TSJ han declarado la nulidad de los despidos acontecidos con previa obtención de prueba ilícita¹⁹ y ello por la irradiación de la ilicitud de la fuente de prueba a la calificación del despido disciplinario. El máximo y aislado exponente de tal conclusión lo constituye la STC 196/2004 (que declaró nulo el despido de una trabajadora de una línea aérea que había dado positivo a cannabis en un análisis de orina en reconocimiento médico de empresa). Sin embargo, no parece muy probable que las consecuencias de la obtención de datos para despedir mediante la vulneración de derechos fundamentales puedan afectar más que a la invalidación de la prueba concernida, justificando sólo la improcedencia del despido, siendo que la doctrina de los frutos del árbol envenenado tiene un marcado carácter penal entroncado con la presunción de inocencia, y en el ámbito del despido disciplinario en la jurisdicción social dicho principio no juega en absoluto en igual medida.

¹⁸ Puede verse el trabajo titulado «Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas» de Inmaculada Baviera Puig, en *Aranzadi Social* núm. 12/2008.

¹⁹ Así vgr. STSJ País Vasco de 12/09/2006 (AS 2006/2602).

primeros minutos –minutos, no horas– de la jornada a la visita en línea de diarios digitales de información general.

SALA 5.^a

CADUCIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS POR FALTA LEVE EN EL ÁMBITO DE LA L.O. 12/2007, DE 22 DE OCTUBRE, DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL

Carlos Balmiza García Serrano

Letrado de la Sala V del Tribunal Supremo

Sentencia de fecha: 20 de diciembre de 2010
(Pleno de la Sala)

Recurso de Casación Contencioso 201/05/2010

Ponente: D. Fernando Pignatelli Meca

HECHOS

El Tribunal de instancia desestimó el recurso contencioso disciplinario militar ordinario que formalizara un Guardia Civil, contra la resolución sancionadora que le impusiera sanción por falta leve.

El demandante entonces, recurrente en casación ahora, sostuvo entonces y reitera ahora, la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos por faltas de menor entidad. El Tribunal «a quo» concluía en contra de lo sustentado por el sancionado que, a falta de previsión legal para los procedimientos por falta leve en el ámbito de la Guardia Civil, el régimen que ha de seguirse, en lo que a la caducidad se refiere, no difiere del regulado en la legislación precedente, esto es, el recogido en la Ley Orgánica 11/1991 y por la jurisprudencia recaída al efecto.

DOCTRINA DE LA SALA

Caducidad de los procedimientos disciplinarios por falta leve

1. Entiende la Sala que, conforme a una hermenéutica integradora de la nueva Ley Orgánica reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, no resulta tal conclusión conforme a Derecho por cuanto que la previsión que del juego de la caducidad se contiene

en el artículo 65.1 de dicha norma sancionadora –bien que en relación a los expedientes incoados por falta grave y muy grave– obliga a entender, por razones de coherencia de dicho texto legal que, en el marco de la aludida norma el instituto de la caducidad resulta igualmente aplicable a los procedimientos seguidos por faltas leves.

La caducidad debe aplicarse a estos últimos procedimientos en orden a lograr una interpretación congruente del conjunto de aquella Ley Orgánica, pues si la concordancia o armonía se predica de la totalidad del ordenamiento jurídico, más necesaria lo es en el seno de las concretas normas que lo integran.

Una vez prevista la caducidad en la vigente Ley disciplinaria de la Guardia Civil respecto a los expedientes incoados para la sanción de faltas graves y muy graves, ninguna razón permite sostener, sin desajustar el canon de lógica interna, que la garantía que para los administrados representa el instituto de la caducidad –en cuanto que impide que el expediente pueda estar pendiente de resolución indefinida o ilimitadamente– no deba operar en el régimen disciplinario del Instituto Armado únicamente en relación a los procedimientos sancionadores por falta leve, a pesar de que sí lo hace en el resto de los casos.

2. A los efectos de justificar la extensión de la caducidad a los procedimientos por faltas leves, no resulta neutral el significado del exorbitante aumento de que han sido objeto los plazos de prescripción de las faltas por mor de la nueva Ley respecto a los que fijaba la Ley Orgánica 11/1991, acrecentamiento que, en lo que concierne, precisamente, a las faltas leves –y a las graves–, cabe calificar de extraordinario o mayúsculo, ya que si, a tenor del artículo 68.1 de la Ley Orgánica 11/1991, prescribían a los dos meses, ahora, conforme al artículo 21.1 de la Ley Orgánica 12/2007, lo hacen, mediante un incremento exponencial, a los seis meses. Este excepcional alargamiento, por lo que concierne a las faltas leves –en la misma línea que el que se prevé para las graves y, en menor medida, para las muy graves–, del plazo extintivo de la responsabilidad disciplinaria en que consiste la prescripción no tiene, en buena lógica, otra razón de ser que la de posibilitar a la Administración la apertura, en su caso, una vez declarada la caducidad del expediente sancionador incoado por aquella clase de faltas –como en el caso del instruido por faltas

graves o muy graves–, un nuevo procedimiento sancionador por razón de los mismos hechos en orden a ejercer el «ius puniendo», siempre que los mismos no hubieren prescrito.

Asimismo, la efectiva aplicación del instituto de la caducidad en este ámbito por falta leve se produce también, en todo caso, por aplicación de los artículos 44.2, 92, y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, atribuye expresamente el carácter de norma de aplicación supletoria, precisamente por falta de una disposición específica en la Ley Orgánica 12/2007 que se pronuncie en sentido contrario a la aplicabilidad del instituto de la caducidad a las faltas leves configuradas en el artículo 9 de la misma.

3. En conclusión, la coherencia interna del sistema; exige que la regulación de la caducidad que ahora se prevé resulte acorde con lo que viene siendo la regla general en los procedimientos sancionadores, a saber, la virtualidad de la caducidad como causa de terminación de los procedimientos en que se exceda el plazo de tramitación en que la Administración ejercita potestades disciplinarias, salvo que, como ha venido ocurriendo hasta 2007 en el ámbito sancionador propio de la Guardia Civil –y sigue ocurriendo ahora en el de la misma índole de las Fuerzas Armadas–, exista una regulación específica o singular ajena a los efectos de la caducidad.

CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN

4. La declaración de caducidad del procedimiento sancionador de que se trate –ya sea el previsto para las faltas leves o para las graves o muy graves– no implica, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 92.3 de la Ley 30/1992, la prescripción ni impide el ulterior ejercicio del «ius puniendi».

La declaración de caducidad del procedimiento no impide la apertura de un nuevo procedimiento sancionador –de la clase que corresponda– por los mismos hechos, siempre y cuando la falta de que se trate no hubiera prescrito, teniendo en cuenta a este último efecto que, como dispone el artículo 44.2, párrafo primero, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, «en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92», efectos que, según el artículo 92.3 de la citada Ley, consisten en que «la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción».

Ahora bien, al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones (artículo 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria; y artículo 44.2 de la misma Ley en la redacción ahora vigente), lo cual, rectamente entendido, comporta: a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas. c) Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado. d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse. Y e) Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones

del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad «sanciona» el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste.

5. Obviamente, en la tramitación de este nuevo –o sucesivos, en su caso– procedimiento disciplinario que la Administración pueda aperturar –siempre que la falta por la que se incoe no hubiera prescrito– por los mismos hechos que el que se viniera instruyendo y hubiere caducado jugará también la caducidad, si bien el tiempo invertido por la Administración en la tramitación de este nuevo expediente sancionador no se computará a efectos de prescripción. Es decir, que la prescripción se interrumpirá durante la tramitación del primer –y, en su caso, sucesivo o sucesivos– expediente o procedimiento disciplinario, pero la declaración de caducidad de éste –o del sucesivo o sucesivos, en su caso– produce, ex artículo 92.3 de la Ley 30/1992, la desaparición de los efectos interruptivos del plazo de prescripción que la notificación al interesado del acuerdo de inicio o incoación de cualquier procedimiento disciplinario determina a tenor del artículo 21.3 de la Ley Orgánica 12/2007, pues, como con referencia al artículo 92.4 –actual 92.3– de la citada Ley 30/1992, la prescripción «no resulta interrumpida por los procedimientos caducados», de manera que, declarada la caducidad del primer expediente sancionador, la prescripción correrá desde la fecha de perpetración del hecho que motivó su incoación hasta la fecha de notificación del acuerdo de incoación del segundo expediente o procedimiento disciplinario, abarcando todo el plazo –dos o seis meses– de instrucción del mismo –es decir, del expediente caducado–; y declarada, eventualmente, la caducidad de este segundo –o sucesivos– procedimiento disciplinario, correrá la prescripción desde aquella fecha de perpetración del hecho a la de la notificación del acuerdo de incoación al interesado del nuevo expediente que, de no haberse agotado el plazo prescriptivo, pudiera incoarse, y así sucesivamente hasta que se dicte y notifique, en plazo, la resolución que ponga fin al procedimiento o se agote, sin haber dictado y notificado tal resolución, el término de prescripción.

En definitiva, la notificación al interesado de la apertura de un segundo –o sucesivos– procedimiento sancionador determinará la interrupción de los plazos de prescripción que establece para el primer –y caduca-

do– procedimiento el artículo 21.3 de la Ley Orgánica 12/2007, prescripción que volverá a correr y se computará durante todo el tiempo que se haya invertido en la instrucción del primer –o, eventualmente, sucesivos– expediente sancionador respecto al –o a los– que se haya acordado la caducidad.

6. En definitiva, entiende esta Sala que no resulta ajustado al objeto de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil –a la que, repetimos, se contrae en exclusiva esta resolución– que, mediante aquella interpretación hasta ahora mantenida de la frase «que volverán a correr» [los plazos de prescripción], se quiebre la primordial y específica finalidad del régimen disciplinario que en dicha Ley Orgánica se articula, que no es otra que dar inmediata y eficaz respuesta a los quebrantamientos de la disciplina que en su seno se produzcan, dando así lugar a la ilógica consecuencia de que el incumplimiento por la Administración de su deber de resolver tempestivamente un procedimiento sancionador lleve aparejado para ésta que obtenga, como resultado de su falta de celo en el ejercicio de las facultades que, para el esencial mantenimiento y conservación de la disciplina en el seno del Cuerpo de la Guardia Civil, se le otorgan por el legislador, el favorable efecto de que se inicie un nuevo cómputo de todo el tiempo del plazo de prescripción legalmente fijado a las faltas, y para el encartado, por el contrario, la afflictiva resulta de que pierda irremediamente todo el tiempo transcurrido hasta que la notificación formal de la orden de incoación o inicio del procedimiento disciplinario interrumpió el cómputo de aquél plazo de prescripción.

En consecuencia, la interpretación que, por razón de todo lo expuesto, merece la frase «que volverán a correr» empleada por la ley disciplinaria, es la de que la interrupción, por razón de la notificación formal al interesado del acuerdo de inicio o incoación del procedimiento o expediente disciplinario, de la prescripción ya ganada no comporta literalmente, ex inciso segundo del apartado 3 del tan aludido artículo 21 de dicha Ley Orgánica, la extinción del tiempo de prescripción que hubiere transcurrido hasta el momento de aquella notificación, sino la separación del lapso temporal ya pasado o consumido del resto o parte del total del plazo prescriptivo que aún no se hubiere gastado o agotado al momento de llevarse a cabo tal notificación.

resumen de noticias

Información desplegable en www.poderjudicial.es

LA VOZ DE GALICIA

13.01.2011

La Voz de Galicia.es

ESPAÑA

JUSTICIA

Los españoles se quejan más del funcionamiento de la Justicia que de los jueces que la administran

En el caso concreto de Galicia, la cuarta comunidad en número de jueces -10,7 por cada 100.000 habitantes-, hay cinco expedientados, y también es la cuarta en sancionados, después de Madrid (11), Cataluña (9) y Andalucía (8).

EL PAÍS

18.01.2011

El Poder Judicial sancionó a 41 magistrados el año pasado

EL MUNDO

13.01.2011

El CGPJ estudia cambios en el acceso a la Judicatura

EL MUNDO

28.01.2011

El CGPJ insta a PSOE y PP a un pacto que agilice la Justicia

Plantea a las fuerzas políticas aprobar reformas procesales antes del verano

LA VANGUARDIA

11.02.2011

El TS avala que se decretara la alarma ante el caos aéreo

NEGOCIO

11.02.2011

El CGPJ apoya una reforma profunda que salve a las empresas en concurso

Jornada ♦ Los jueces mercantiles respaldan los cambios en relaciones laborales y créditos salariales

17.02.2011

EL PAÍS

El Supremo ve "injusta" la condena a Miguel Hernández

No declara nula la pena, pero dice que no tiene vigencia

01.03.2011

Los jueces exigen más mediación para paliar la oleada de concursos

El Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de reforma concursal demanda que los concursos salgan de los juzgados, lo que ayudará en la insolvencia de particulares

01.03.2011

EDUCACIÓN

El CGPJ avala que no se ayude a la enseñanza por sexos

04.03.2011

EL MUNDO

El Supremo avisa contra la primacía de APM y JD en los cargos judiciales

EUROPAPRESS DIGITAL

04.03.2011

El CGPJ expresa su satisfacción por los proyectos de agilización de la Justicia y niega que limiten derechos ciudadanos

24.03.2011

ABC

La «Sala del 61», dividida, impide a Sortu presentarse a las elecciones

► Estima las demandas del fiscal y del abogado del Estado y no autoriza que se inscriba como partido

EFE

29.04.2011

El CGPJ aprueba el nuevo reglamento de la Carrera Judicial

EL PAÍS

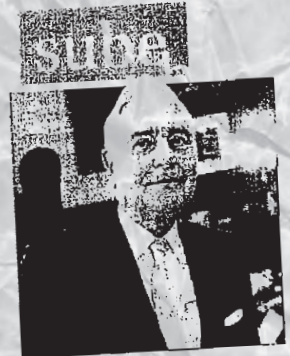
02.05.2011

El Supremo anula todas las listas de Bildu por nueve votos a seis

Uno de los magistrados firmó un voto estimando parcialmente los recursos. Diez de las 21 agrupaciones impugnadas, admitidas en las elecciones

LA RAZON

03.05.2011



Carlos Dívar
Presidente del T. Supremo

EXPANSIÓN

ACUERDOS DEL PLENO

El CGPJ creará un reglamento disciplinario que dé "más garantías" a los magistrados

03.05.2011

06.05.2011

LA VANGUARDIA

La travesía judicial

Listas impugnadas. La Abogacía del Estado y la Fiscalía impugnaron las candidaturas de Bildu el 27 de abril.

El Supremo les dejó fuera. El Tribunal Supremo admitió los recursos y rechazó, por nueve votos a seis, que Bildu estuviera en las elecciones.

Recurso al Constitucional. Bildu acudió el lunes al Alto Tribunal alegando vulneración de derechos fundamentales.

Ayuda del Parlamento. CIU, ICV, ERC y SI votaron una declaración de apoyo a Bildu. PSC, PP y Cs votaron en contra.

LA COALICIÓN Bildu.

ZA. Alternativa e Independientes Abertzales habían presentado 254 listas electorales. También se impugnaron las de 19 agrupaciones.

El Constitucional da luz verde a listas de Bildu por la mínima

En la sala encargada del recurso de la coalición hubo un empate inicial a tres votos

06.05.2011

EL PERIODICO DE CATALUNYA

as políticas contra una lacra social

El plan contra la violencia doméstica aún a mujeres, menores y ancianos

El Govern apuesta por la prevención y empezará a combatir el maltrato desde los CAP y las escuelas || Expertos en la lucha contra el machismo temen que su problemática específica quede diluida

CINCO DIAS

10.05.2011

Los jueces estrenan reglamento

El texto impulsa la especialización y la conciliación con la vida familiar

VALENCIA

12.05.2011
LAS PROVINCIAS

El TSJ insta a los jueces de instrucción a que agilicen la destrucción de la droga

de A. RALLO

VALENCIA. La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat acordó en su reunión de ayer instar a los jueces, especialmente a los de Instrucción, a que agilicen la destrucción de la droga incautada en las diferentes operaciones.

La medida tiene como objetivo evitar acumulaciones innecesarias en el depósito oficial o situaciones de riesgo. Entre estas últimas figuran posibles hurtos de la mercancía. Por ejemplo, recientemente

se produjo el robo de un alijo de marihuana, que estaba a disposición judicial, en un recinto policial del puerto de Valencia.

La propuesta parte de una petición de la Fiscalía. Un protocolo recoge los pasos a seguir tras el decomiso de la droga y la toma de muestras. Estas son posteriormente las que se analizan en el laboratorio para determinar el tipo de sustancia así como su pureza. No es necesario que el total de la mercancía permanezca custodiado hasta que se celebra el juicio.

No fue la única iniciativa que emprendió ayer la Sala de Gobierno del TSJ, presidido por Pilar de la Oliva. Otra de las medidas, tal y como ya ha denunciado LAS PROVINCIAS en otras ocasiones, es la necesidad de un refuerzo en los gabinetes psicosociales, los encargados de realizar los informes a los padres y mentores que están inmersos en una ruptura de pareja. Esta evaluación es clave para que luego el juez decida un régimen de visitas o bien opte por una custodia compartida.

El refuerzo de personal para los gabinetes de las tres provincias, que se encuentra a la espera de que Economía apruebe el incremento del gasto, es todavía más necesario ahora tras la entrada en vigor el pasado 5 de mayo de la ley de custodia compartida, aprobada por el Consell. Todos los indicios llevan a pensar en una carga extra de trabajo para los juzgados en los próximos meses. La previsión es que muchos padres soliciten una modificación de medidas.

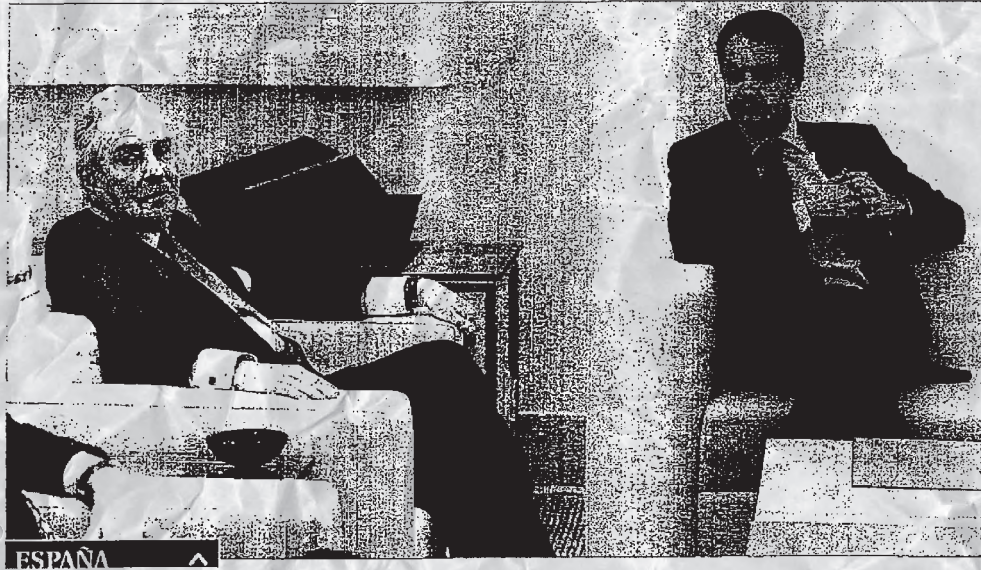
La Sala de Gobierno también adoptó el acuerdo de enviar al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) los datos de la actividad de los juzgados de violencia para solicitar la especialización de un órgano de lo penal en materia de violencia sobre la mujer.

la noticia **destacada**

16.03.2011

LA RAZON

Alberto R. Bóveda



Zapatero promete al CGPJ que tramitará «con urgencia» tres proyectos de ley que reformarán la Justicia

ABC

18.03.2011

REUNIÓN EN EL CGPJ

Rajoy transmite a Dívar que no ve madura la reforma de la Justicia



bibliografía

1000 PREGUNTAS sobre concurso de acreedores. Madrid: Francis Lefebvre, 2010. 666 p.

RESEÑA: Ofrece respuestas rigurosas y concretas tanto a los aspectos más genéricos como a temas más específicos y complejos. La respuesta se justifica en la legislación, jurisprudencia o doctrina administrativa de aplicación a ese caso concreto. Precisiones y comentarios de expertos completan la argumentación y cierran el análisis evitando dejar ningún cabo suelto. Resuelva todas sus dudas de la manera directa, práctica y clarificadora. A lo largo de la obra se analiza el articulado completo de la Ley Concursal.

BELLIDO PENADÉS, Rafael

El procedimiento de declaración de concurso. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2010. 474 p.

RESEÑA: El presente estudio tiene por objeto el análisis del procedimiento de declaración de concurso, en sentido amplio, comprensivo, por tanto, no sólo del procedimiento -y en su doble modalidad, voluntario o necesario- que debe seguirse para obtener dicha declaración judicial, sino también de los sujetos que resultan legitimados para ser parte activa o pasiva en el mismo y del órgano jurisdiccional ante el que debe seguirse, así como del régimen de recursos procedentes contra la resolución que emita, o rechace emitir, la declaración de concurso. En dicho análisis se abordarán los principales problemas que suscita la regulación del nuevo proceso universal.

CEDEÑO HERNÁN, Marina

La Orden de detención y entrega Europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2010. 376 p.

RESEÑA: En un momento como el actual, caracterizado por el auge de la delincuencia transnacional, la orden de detención y entrega europea es un instrumento jurídico fundamental en la cooperación judicial penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y una pieza clave

en la lucha contra este tipo de delincuencia. El objeto de esta monografía es analizar algunos aspectos esenciales de la orden europea de detención y entrega, primer instrumento jurídico construido sobre el fundamento del reconocimiento mutuo en el ámbito penal.

CÓDIGO Penal: comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias. Director: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruíz ; autores: Jacobo López Barja de Quiroga ... [et al.]. 2ª ed. Madrid: El Derecho, 2011. 1853 p.

RESEÑA: Esta nueva edición del Código Penal, actualizada conforme a los cambios de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y elaborada bajo la dirección de Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo, por Magistrados y Letrados del Gabinete Técnico del Alto Tribunal, constituye un compendio riguroso y actualizado de la Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo.

COMENTARIOS a la Ley de Enjuiciamiento Civil / coords., Faustino Cordón Moreno... [et al.], 2.ª ed., Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2011, 2 v.

RESEÑA: Esta segunda edición de los «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», supone un importante paso adelante con respecto a la primera. Si en ésta, por razones de inmediatez, el objetivo primero fue subrayar las novedades -abundantes- que la ley introducía en el proceso civil español y resaltar los numerosos problemas que la aplicación práctica de las mismas podía plantear, en la que ahora ve la luz, que aparece notablemente ampliada, se abordan las soluciones de esos problemas tanto por la doctrina científica como de los tribunales, procurando aunar en su exposición la fundamentación dogmática y la dimensión práctica, importantes ambas en una obra de esta naturaleza.

La nueva edición está totalmente actualizada en el plano legislativo y en el jurisprudencial. En especial, con referencia al primero, se han incorporado, y, en su caso, comenta-

do, las modificaciones introducidas en la LECiv, –y, cuando ha sido necesario u oportuno, en otras leyes procesales– por la Ley 13/2009, de 13 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, y también las introducidas en la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la anterior, por la que se modifica la LOPJ.

DORADO PICÓN, Antonio

Manual práctico de procedimientos civiles / Antonio Dorado Picón [et al.]. Madrid: El Derecho, 2010. 1043 p.

RESEÑA: Presentamos en esta obra un completo y detallado estudio práctico de todos los procedimientos civiles contemplados paso a paso a través de cada una de sus fases. Se incluyen y comentan además todas las novedades que en el proceso civil ha supuesto la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

ESCUIN PALOP, Vicente.

Los recursos administrativos / Vicente Escuin Palop, Beatriz Belando Garín; prólogo Rafael Gómez-Ferrer Morant. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2011, 506 p.

RESEÑA: Como novedad el libro dedica una especial atención los recursos administrativos como medio de administrativización de relaciones jurídicas entre particulares. Nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido, tradicionalmente, la fiscalización por la Jurisdicción contencioso-administrativa de actos de los particulares que tienen atribuidos el ejercicio privado de funciones públicas. El modo de transformar una actuación inter privados en pública ha sido y sigue siendo la interposición de un recurso administrativo ante la autoridad de quien depende el servicio o actividad de interés general realizado por un particular.

A las modalidades tradicionales de ejercicio privado de funciones públicas (concesionarios y contratistas) se han añadido, en la actualidad, la realización por los particulares de las denominadas actividades "liberalizadas", que con anterioridad eran consideradas como servicios públicos. Dichos servicios de interés general se reconducen al ámbito administrativo y a su Jurisdicción a través de mecanismos que, pese a la pluralidad de denominaciones y a las notables especialidades, que presentan, constituyen recursos administrativos especiales, resueltos por las denominadas Administraciones reguladoras.

También, se ha atendido, con especial cuidado, las sucesivas novedades introducidas en los recursos relativos a la contratación administrativa, materia que tiende a ampliarse a relaciones en las que no intervienen entidades públicas.

EUROPEAN judicial systems: edition 2010 (data 2008): efficiency and quality of justice. Strasbourg: Conseil de l'Europe, 2010. 389 p.

RESEÑA: The new edition of the report of the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), which evaluates the functioning of the judicial systems of 45 Council of Europe member states, remains in line with the process carried out since 2002. It relies on a methodology, which has already proved itself, to collect and process a wide range of quantitative and qualitative judicial data.

GARBERÍ LLOBREGAT, José

Derecho procesal civil: procesos declarativos y procesos de ejecución. Barcelona: Bosch, 2011. 1043 p.

RESEÑA: La presente obra contiene una exposición sistematizada de los diferentes procesos civiles que contempla la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que incluye el análisis de todos los trámites a través de los cuales se desarrollan los procesos declarativos ordinarios (juicio ordinario y juicio verbal), los procesos declarativos especiales (proceso monitorio, juicio cambiario, procesos matrimoniales...) y, finalmente, los procesos de ejecución (ejecución dineraria, no dineraria, ejecución hipotecaria...), tanto en la primera instancia como en las ulteriores vías de recurso (apelación, casación, acciones de revisión y rescisión). Asimismo se aborda el estudio de los distintos presupuestos de dichos procesos (jurisdicción, competencia judicial, capacidad y postulación de las partes), de sus eventuales actuaciones previas (diligencias preliminares, prueba anticipada...), medidas cautelares y demás instituciones relacionadas con los procesos civiles (formas de terminación anormal, cosa juzgada, costas procesales...).

GARCÍA RUBIO, Fernando

Procedimiento administrativo común y procedimientos singulares. Las Rozas (Madrid): El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2011. 438 p.

RESEÑA: El autor aborda el estudio del procedimiento administrativo como un elemento central del accionar

de nuestra Administración Pública. A tal efecto realiza un análisis y estudio del procedimiento administrativo común como institución jurídica, como elemento previo diferenciador de la totalidad de los procedimientos administrativos, para posteriormente ir abordando los diversos tipos de procedimientos de especial incidencia en la actividad de los particulares.

GIMENO SENDRA, Vicente

Los procesos de amparo: civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo / Vicente Gimeno Sendra, Pablo Morenilla Allard. 2ª ed. Madrid: Colex, 2010. 263 p.

RESEÑA: Nueva edición del título publicado por los catedráticos de la UNED y la UCLM en la que se estudia el Proceso de Amparo con amplitud y profundidad ante los diferentes Tribunales (ordinarios, Constitucional y Tribunal Europeo de derechos Humanos).

GONZÁLEZ CALVET, Jaume.

La nueva ejecución laboral: Ley 13/2009 de reforma procesal para la implantación de la nueva oficina judicial / Jaume González Calvet, José Francisco Escudero Moratalla, Donato Alférez del Moral. Barcelona: Bosch, 2011, 406 p.

RESEÑA: Las reformas procesales introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, para la implantación de la nueva oficina judicial, han comportado cambios de extraordinario calado en el procedimiento de ejecución laboral. El objetivo fundamental de la reforma ha sido la transferencia de un importante elenco de competencias del Juez al Secretario judicial, adquiriendo este último un rol sin precedentes como impulsor del proceso. Esta novedosa redistribución de funciones en el seno del órgano judicial ha implicado cambios tanto en los actos y trámites ejecutivos como en las resoluciones procesales y régimen de recursos.

La primera parte de la obra aborda, de forma sistemática, las diferentes instituciones que configuran el procedimiento ejecutivo social, las clases de ejecución, la jurisprudencia existente para los supuestos más relevantes y cada una de las modificaciones que han resultado de la citada reforma.

La segunda parte de la obra contiene una extensa selección de formularios relativos a escritos de parte, en las diferentes fases de la ejecución y de sus incidentes.

Asimismo, se recoge una amplia relación de modelos de resoluciones procesales, tanto diligencias y decretos dictados por el Secretario judicial como autos del titular del órgano judicial

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús.

Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) / Jesús González Pérez. 6.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011, 1386 p.

RESEÑA: Acaba de aparecer una nueva edición, la sexta, de los Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de Jesús González Pérez. El texto primitivo ha sido objeto de una revisión tan meticulosa que, realmente estamos ante un libro nuevo.

Desde la edición anterior han tenido lugar muchas e importantes modificaciones en la Ley, no solo por la implantación de la «oficina judicial», sino por Leyes promulgadas en el año 2010, como la LO de 10 de febrero, que añade la letra d) del art. 3, la Ley de 5 de julio de medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales y la de 5 de agosto de modificación de la legislación de contratos del sector público. Lo que ha obligado a una cuidada revisión. Aunque se mantiene la estructura de unos Comentarios legislativos, se tiene muy en cuenta que los artículos que se comentan integran un sistema, limitándose su encuadramiento conceptual, a facilitar la labor del práctico

GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel

Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección. Barcelona: Bosch, 2010. 95 p.

RESEÑA: Hasta hace relativamente poco tiempo la violencia sobre la mujer no despertaba interés social ni jurídico, debido al papel reservado tradicionalmente a la mujer. Se entendía, sobre todo en muchos países latinoamericanos, que el agresor más que delincuente era víctima de un conflicto familiar. La ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género lleva a cabo una importante reestructuración y unificación tanto sustantiva como procesal del ordenamiento jurídico existente hasta ese momento para poder atajar, de una forma unitaria y sin remisiones a otros sectores, los diversos problemas de la violencia doméstica, comenzando por el origen del

mismo y terminando con las diversas sanciones y medidas frente al inculcado por este tipo de violencia. La ley no se limita a integrar la normativa penal y procesal existente en esta materia, sino que va más allá, creando nuevos organismos, nuevos órganos judiciales dotados de competencia en la materia, y lo que es más importante, prevé una serie de medidas sociales, económicas y laborales a favor de la mujer maltratada para que no pueda verse obstaculizada ni renuncie a sus derechos fundamentales por la mera dependencia económica de su agresor o por el miedo a perder a sus hijos, el puesto de trabajo, etc.

Las INSTITUCIONES del derecho administrativo en la jurisprudencia. Directores Pascual Sala Sánchez, Juan Antonio Xiol Ríos, Rafael Fernández Montalvo; coordinador Pascual Sala Atienza. Barcelona: Bosch, 2011. 4 v.

RESEÑA: La idea que inspira esta obra, a cargo de Abogados del Estado, es la de presentar de forma sistemática, la elaboración efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de las principales instituciones del Derecho Administrativo, dando de ellas la visión que proporciona una interpretación del ordenamiento al servicio de la seguridad jurídica. Entre otras instituciones, se analizan: La Administración Pública; El acto administrativo; El Reglamento; El Decreto Legislativo y su impugnación jurisprudencial; Los contratos administrativos; El procedimiento administrativo; Los recursos administrativos y los procedimientos de revisión; La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; La expropiación forzosa; El urbanismo; El régimen jurídico de los bienes: las propiedades públicas; Propiedades especiales: minas, costas y aguas y la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Estamos, en definitiva, ante un verdadero Tratado de Derecho Administrativo en el que aborda -a lo largo de cuatro tomos- el análisis jurisprudencial de las instituciones más importantes del Derecho Administrativo.

INTRODUCCIÓN a la nueva oficina judicial y al nuevo modelo procesal: dirigida a los profesionales colaboradores con la Administración de Justicia. 2ª ed. Madrid: Ministerio de Justicia, 2010. 166 p.

ÍNDICE: 1. Las claves para entender la reforma del modelo organizativo y procedimental.- 2. El nuevo modelo de Oficina Judicial.- 3. La implantación de la nueva

Oficina Judicial.- 4. La reforma del proceso civil.- 5. El proceso de ejecución civil.- 6. La vía de apremio.- 7. La ejecución civil no dineraria.- 8. La reforma del proceso penal.- 9. La reforma del proceso contencioso-administrativo.- 10. La reforma del proceso laboral.- 11. El fomento de las buenas prácticas procesales. La potenciación de las garantías del justiciable. Otras mejoras técnicas.- 12. Medidas para la agilización de procesos. El depósito para recurrir.

LÓPEZ GANDÍA, Juan

La reforma laboral de 2010: análisis de la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo / Juan López Gandía, Daniel Toscani Giménez. Madrid: El Derecho, 2010. 424 p.

RESEÑA: La presente obra recoge un exhaustivo análisis sobre la reforma laboral introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

La reforma laboral se plantea como objetivo la creación de empleo y la reducción del desempleo abordando algunas particularidades del mercado laboral español. Esta reforma, además de modificar y alterar de manera intensa y profunda buena parte de las instituciones laborales incide también en aspectos de Seguridad Social, como el absentismo laboral y sus relaciones con las bajas por Incapacidad temporal, así como en las obligaciones del perceptor de prestaciones por desempleo. Sobre todas estas cuestiones y en especial sobre sus repercusiones sobre el ordenamiento jurídico vigente y sobre sus problemas interpretativos y aplicativos versa la presente obra.

ISBN 978-84-15145-33-2

MAGRO SERVET, VICENTE

Manual práctico sobre la ejecución penal: las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión / Vicente Magro Servet, Esteban Solaz Solaz. 2ª ed. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2010. 521 p.

RESEÑA: La reciente publicación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal, hace necesaria la actualización de una de las partes de mayor trascendencia en el derecho procesal, es decir, la relativa a la ejecutoria penal. En esta fase se define y ejecuta lo ordenado por el juez y en la que ahora va a tener un papel preponderante la figura del secretario judicial, con la nueva confi-

guración del modelo de la oficina judicial. Se realiza en esta obra un detallado análisis sobre las medidas alternativas a la prisión en nuestro Código Penal, incidiendo en las modificaciones que han sido introducidas por la citada Ley Orgánica 5/2010, desde una perspectiva práctica que permite a los dos autores, pertenecientes a la carrera judicial y al orden penal, analizar el trabajo de un órgano judicial del orden penal que debe asumir diariamente la función de hacer ejecutar una sentencia.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis.

Código Penal: adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: comentarios y jurisprudencia. Granada: Comares, 2010. 2 v.

Contiene: T. 1. Parte general, artículos 1 a 137 T. 2. Parte especial, artículos 138 a 639.

RESEÑA: Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Comentarios y jurisprudencia. Vol. I. Parte general (artículo 1 a 137).

Vol. II. Parte especial (artículo 138 a 639).

NAVARRO MARCHANTE, Vicente J.

El derecho a la información audiovisual de los juicios / Vicente J. Navarro Marchante; prólogo de Remedios Sánchez Freís. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, 269 p.

RESEÑA: En esta investigación se considera pertinente hacer una introducción previa, sin ánimo de profundización sistemática, a la transparencia informativa, para la televisión en particular, del funcionamiento de los poderes del Estado Democrático

El NUEVO proceso laboral: estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento laboral. Dir. José Luis Monereo Pérez; coord., Carolina Serrano Falcón, Luis Ángel Triguero Martínez. Granada: Comares, 2011. 1414 p.

RESEÑA: Este Estudio técnico de la Ley de Procedimiento Laboral lleva a cabo un tratamiento riguroso y de orientación jurídico-práctica; con análisis concisos de tipo teórico y práctico y, por consiguiente, incorporando un estudio de las construcciones jurisprudenciales respecto a cada uno de los artículos y materias estudiadas. La idea-fuerza que lo preside es la de realizar un tratamiento técnico-jurídico y jurídico-práctico de los problemas que suscita la aplicación de la Ley de Procedimiento Laboral.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David.

La prueba en el procedimiento contencioso-administrativo / David Ordoñez Solís. Madrid: Reus, 2011, 117 p.

RESEÑA: La prueba constituye un elemento esencial de la actividad judicial y precisamente en la jurisdicción contencioso-administrativa presenta caracteres especiales que por lo general han sido obviados. A tal efecto el autor examina las cuestiones prácticas de la prueba a partir de sus presupuestos constitucionales, tanto españoles como europeos, de su configuración legal, especialmente a raíz de la implantación en 2009 de la nueva oficina judicial, y de su aplicación cotidiana por los tribunales. El estudio lo aborda un juez contencioso-administrativo que haciendo gala de su experiencia se ocupa de los aspectos más notables de la proposición, de la práctica y de la valoración de la prueba. Por esa razón, los destinatarios naturales de este ensayo son los jueces y los abogados que diariamente deben actuar en el foro y que deseen saber no solo las soluciones interpretativas más razonables de los problemas prácticos que les surjan, sino también su estructuración y su fundamentación jurídica última

La PRUEBA electrónica/Xavier Abel Lluch y Joan Picó Junoy (directores); Nuria Ginés Castellet (coordinadora); Ramon Arbós i Llobet ... [et al.]. Barcelona: Bosch, 2011. 480 p.

RESEÑA: Se efectúa un estudio inicial de la prueba electrónica, en el que se intenta perfilar su régimen jurídico, a partir de su exigua regulación en la LEC, siendo éste uno de los mayores retos del Derecho Probatorio. A continuación se analizan hasta diecisiete cuestiones controvertidas en la práctica de los Juzgados y Tribunales. Cada una de las respuestas consta de un comentario jurídico y, cuando ha sido posible, un índice sistemático de jurisprudencia sobre la cuestión planteada, así como un extracto de las sentencias más relevantes, transcurridos ya diez años de vigencia desde la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

La PRUEBA judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa / directores: Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy, Manuel Richard González. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2011, 1922 p.

RESEÑA: La obra recoge las aportaciones más relevantes del Congreso Unijes 2010, convocado por las Facultades de Derecho de las Universidades de Deusto,

Pontificia de Comillas de Madrid y Esade (URL). Dicho Congreso tuvo por objetivo una reflexión jurídica sobre la prueba judicial, de carácter transversal, que abordó temas dogmáticos sobre la prueba, los avances del Derecho Probatorio en cada una de las jurisdicciones (civil, penal, laboral y contencioso-administrativa) y temas específicos de Probática, a modo de cómo probar determinados hechos en el proceso. La singularidad de esta obra radica en tres factores. En primer lugar, su enfoque transversal, abordando temas que afectan a las distintas jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa. En segundo lugar, su enfoque multidisciplinar. Y en tercer lugar un enfoque orientado hacia la práctica forense en los Juzgados y tribunales.

QUINTANS GARCÍA, Jacobo.

El recurso de suplicación paso a paso, según las sentencias / Jacobo Quintans García, Jacobo Quintans Dalmau. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, 267 p. + 1 CD-ROM

RESEÑA: En este libro se hace un acopio e interrelación pormenorizada de la regulación, así como su interpretación jurisprudencial, acerca de un recurso tan extraordinario y, sin embargo, usual como lo es el de suplicación, en el orden social. La asiduidad con que se acude a este tipo de recurso, en un orden jurisdiccional en que no se prevé una segunda instancia ordinaria, conlleva la necesidad de conocerlo bien por quien se dedica, única o preferentemente, a la jurisdicción social, así como la de tener en consideración su carácter extraordinario y los requisitos procesales que implica por quien usualmente acude a otras ramas del derecho, y que en no pocos casos lo presenta como si de una apelación se tratara.

TUR AUSINA, Rosario.

Las consecuencias jurídicas de la sentencia 31/2010, de 28 de junio del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña: la sentencia de la perfecta libertad / Rosario Tur Ausina, Enrique Álvarez Conde. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010. 462 p.

RESEÑA: La publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, por la que se resuelve el recurso interpuesto en su día por el Partido Popular (PP) sobre el Estatuto de Cataluña ha planteado toda una serie de reacciones políticas y jurídicas, muchas de ellas producidas, con una irra-

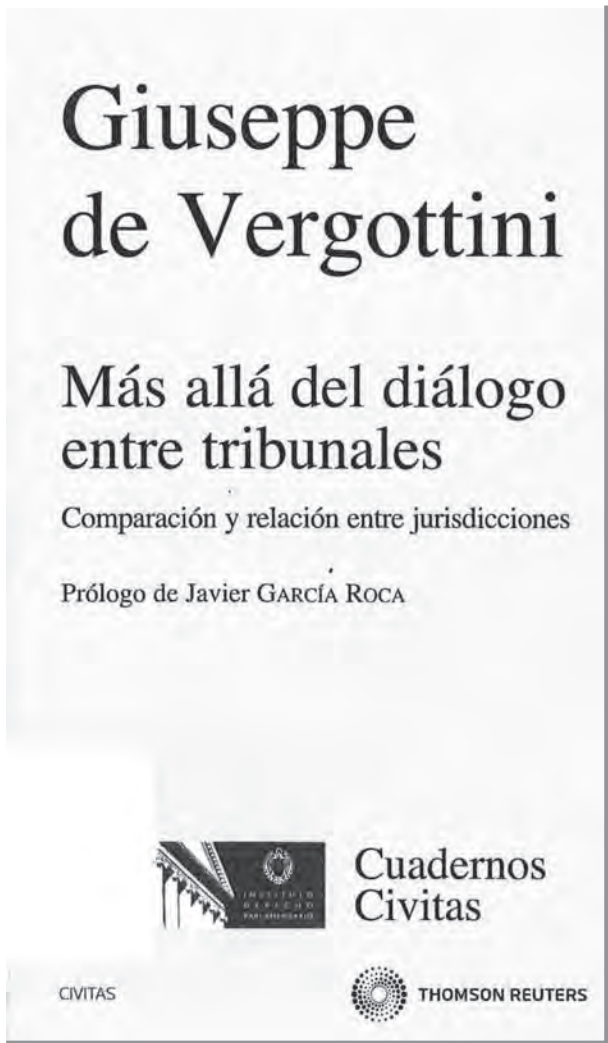
cionalidad asombrosa, con el simple conocimiento del fallo de la misma, el cual supone un autentico maquillaje del alcance de la sentencia. Posteriormente, una vez conocidos sus fundamentos jurídicos, parece que las reacciones, tanto positivas como negativas, han experimentado un cambio sustancial importante, acrecentándose las críticas políticas y jurídicas a la misma. La sentencia debe ser enjuiciada por sus fundamentos y no sólo por el fallo, pues hay contradicciones entre uno y los otros, que deben ser explicadas con la finalidad de que no sea una sentencia equívoca. Y ello porque, si nos atenemos al fallo, es posible afirmar que el Estatuto ha salido indemne del juicio de constitucionalidad. Pero si se analizan sus fundamentos jurídicos es también posible sostener lo contrario: el Estatuto ya no es lo que pretendía ser, pues se ha alterado su contenido y la finalidad perseguida.

VERGOTTINI, Giuseppe de.

Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones / Giuseppe de Vergottini; prólogo de Javier García Roca; traducción de Pedro J. Tenorio Sánchez. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2010, 332 p.

RESEÑA: Constitución y tratados han facilitado la creación de un espacio cultural común en el que las exigencias compartidas por las poblaciones, especialmente en el ámbito de la tutela de los derechos humanos, tienden a obtener respuestas similares por parte de los legisladores y de los jueces.

En particular se ha difundido la convicción de que los tribunales constitucionales y los internacionales dialogan entre ellos para experimentar soluciones comunes a los mismos problemas. El libro quiere demostrar que, mientras que existe un diálogo entre tribunales estatales y tribunales de Luxemburgo, Estrasburgo y la Corte interamericana de derechos humanos, no se puede afirmar otro tanto con referencia a las relaciones entre tribunales estatales. No solamente eso. Pretende también resaltar que la convicción según la cual el diálogo está acompañado en todas partes por el recurso a la comparación es infundada. En realidad, el autor pretende demostrar que tanto el llamado diálogo como el recurso al Derecho comparado corren el riesgo de resultar ser dos mitos, de lo que se desprende que algunas de las tesis más difundidas de la literatura jurídica contemporánea son infundadas.



Giuseppe de Vergottini, Catedrático emérito de Derecho Constitucional de la Universidad de Bolonia, con prólogo de Javier García Roca y traducción de Pedro J. Tenorio Sánchez, ofrece en Cuadernos Civitas de Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, este libro que versa sobre un hecho que goza de gran reconocimiento en la doctrina y en la práctica judicial: la percepción de una suerte de comunicación o diálogo entre Tribunales internacionales y constitucionales (y de estos entre sí),

Gervasio Martín Martín

Magistrado

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

especialmente en el campo de los derechos humanos. Los presupuestos normativos y la práctica judicial, así como la diversa manifestación de este diálogo se analizan en este libro con precisión. Son 332 páginas que desgranar este tema, tratando de encontrar el fundamento y los resortes que mueven este diálogo, que unas veces es monólogo, otras conflicto y otras imitación. En el mundo de la globalización parece que el diálogo es un hecho innegable; ahora, bien, como se desprende de este libro, en muchas ocasiones, una vez encontrado el término (diálogo), toda relación entre Tribunales, muchas veces implícita, se considera diálogo, lo que no siempre es exacto. Este libro contribuye a aclarar hasta que punto existe o no ese diálogo entre Tribunales, y toda afirmación que se hace o cuestión que se estudia se apoya en citas jurisprudenciales precisas y concretas.

Tras una introducción, se estructura el libro en dos apartados: el primero titulado «del espacio cultural común al supuesto diálogo entre Tribunales», que se subdivide a su vez en 12 epígrafes, y el segundo «Derecho extranjero y comparación», con 11 epígrafes.

En la introducción se destaca el aumento progresivo del reconocimiento al Derecho extranjero y a la comparación, así como el hecho de que muchos jueces tienden a hacer una lectura uniforme de los problemas que interesan al mundo actual. Destaca que el «diálogo de los Tribunales» es una cuestión recurrente en los últimos años, siendo un tema repetido en las investigaciones publicadas en todo el mundo. Se pone de relieve que los espacios jurídicos en que este diálogo se manifiesta y los estudios que lo abordan

**Después de la II
Guerra Mundial
se acelera la
transferencia de
ideas y programas
políticos,
condensados
en valores
y principios
constitucionales,
así como la
aparición de los
grandes convenios
internacionales
sobre derechos,
que afecta en
especial a Europa
y América**

se circunscriben generalmente al constitucionalismo occidental (derivado del mundo liberal), cuya ampliación tras la caída del muro de Berlín es innegable, a la par del gran condicionamiento que ejerce el debate sobre el excepcionalismo norteamericano, en el que se expresa la expansión que tiene en el campo jurídico todo el poder de una superpotencia que exporta al mundo su propio modelo de democracia. Quedan fuera del estudio otras experiencias propias de ordenamientos diferentes como los islámicos, los comunistas o los postcomunistas. Por ello el estudio girará sobre las relaciones entre Tribunales internacionales y estatales en los ordenamientos de la Unión Europea, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Convenio Interamericano de Derechos Humanos.

El desarrollo del apartado referido al espacio cultural común al supuesto diálogo entre Tribunales parte de la constatación de que la interactividad entre esferas económicas, políticas, sociales y jurídicas son el presupuesto del «diálogo» que es un paso más allá del espacio cultural común. Ese diálogo, refleja el autor, puede tener distintos sujetos: Entre varios Tribunales estatales y entre varios Tribunales supranacionales (diálogo horizontal) y entre Tribunales supranacionales y Tribunales estatales (diálogo horizontal); a su vez puede tener varias formas: directo, cuando el criterio de un Tribunal tiene reconocimiento explícito en otro; indirecto, cuando un Tribunal Supranacio-

nal provoca la respuesta de Tribunales estatales, y monólogo, cuando el pronunciamiento de un Tribunal estatal no suscita respuesta en Tribunales del mismo nivel. Reconoce el autor que sólo en hipótesis limitadas es correcto hablar de diálogo.

Dentro del mismo apartado se incluye el epígrafe que hace mención a la influencia, interacción y difusión imitadora de las ideas constitucionales y la convergencia entre ordenamientos y su repercusión en las jurisprudencias constitucionales. Aquí se citan decisiones de Tribunales (el Tribunal Supremo argentino) que ya en el siglo XIX recurrió sistemáticamente a los precedentes del Tribunal Supremo de EE UU, que a juicio del autor expresan la influencia del segundo sobre el primero, pero no el diálogo entre ambos. Después de la II Guerra Mundial se acelera la transferencia de ideas y programas políticos, condensados en valores y principios constitucionales, así como la aparición de los grandes convenios internacionales sobre derechos, que afecta en especial a Europa y América. Aparece el fenómeno de la imitación respecto de distintos modelos (Tribunal constitucional austriaco o Tribunal Supremo estadounidense). Destaca la intensidad de la recepción de Tribunal constitucional sudafricano a otros Tribunales (alemán, canadiense, australiano y estadounidense). Con estas experiencias se produce un fenómeno que denomina el autor como circulación de los modelos,

o por mejor decir, de adaptación a los modelos de referencia, de convergencia, y en alguna medida de globalización.

Sigue el autor detallando la difusión de las normativas limitadoras de los derechos, que conceptúa como una suerte de contrapunto a la universalización de los derechos fundamentales. Como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad de la ONU aprueba la Resolución 1373 (2001), caracterizada por el requerimiento que se hacía a los Estados para que adoptaran medidas preventivas y represivas respecto de sujetos implicados en una acción criminal de perfiles no bien definidos, con mengua del Derecho de defensa, lo que se ha trasladado a muchos ordenamientos estatales. Frente a esta línea legislativa, observa el autor una convergencia de las jurisprudencias tuteladora (India, Nueva Zelanda, Australia, Israel) que sin una acción coordinada evidencia un conocimiento compartido de sus criterios, en unos casos sin cita explícita y en otros con mención del precedente de otros Tribunales.

Siguiendo con la convergencia de jurisprudencias, razona G. de Vergottini que la interacción entre Tribunales parte de una realidad: la circulación de sentencias, que es a su vez manifestación del clima cultural que deriva de la vigencia de los Tratados internacionales sobre derechos y de la jurisprudencia de los Tribunales internacionales, apareciendo en este campo una cierta homogeneización, de un cosmopolitismo de los jueces y de una comunión de valores de referencia que conforman el núcleo de las Constituciones. Se destaca el caso singular de la jurisprudencia del Tribunal sudafricano en virtud de que la Constitución le faculta para tomar en consideración el Derecho extranjero a fin de «promover los valores de una sociedad democrática y abierta». Señala los conceptos de globalización, convergencia, uniformización y homogeneización como los utilizados para la búsqueda de los principios de fondo comunes.

Verticalidad, horizontalidad y circularidad son términos que utiliza Vergottini para poner de relieve la diferencia que existe entre la relación que se crea entre Tribunales estatales pertenecientes a ordenamientos equiordenados entre ellos, y entre Tribunales de un ordenamiento internacional regional (UE y CEDH). De

todos modos constata que ante la carencia de reglas concretas sobre la relevancia que se le ha de atribuir a las sentencias del Juez de un ordenamiento global, cualquier nivel de jurisdicción se autoafirma sin estar seguro de encontrar correspondencia en el nivel concurrente, concluyendo que se carece de una clara brújula que sirva de referencia. Destaca que en el ámbito de la Unión y el TEDH se recurre a la doctrina de la equivalencia para contener los casos de incongruencia entre el sistema de tutela de los derechos previsto en los respectivos ordenamientos, lo que es expresión de una deferencia recíproca y de coordinación entre jurisdicciones. De otra parte, el creciente papel «Constitucional» del TJUE en un constante proceso de autolegitimación ha dado lugar a reacciones de los Tribunales constitucionales estatales para salvaguardar sus cometidos

En el apartado de las relaciones entre Tribunales constitucionales y Tribunales estatales: régimen constitucional y régimen convencional, destaca el autor que esas relaciones se derivan de regulaciones constitucionales (con cita del Art. 10.2 de la Constitución española) y convencionales que establecen el nivel que se debe reconocer al Derecho convencional internacional. Destaca en el ámbito de la Corte Interamericana como sus principios son cada vez más observados por los Tribunales estatales. Señala la gran importancia constitucional que tiene el CEDH para los ordenamientos de las recientes democracias de Europa centro-oriental, y como la jurisprudencia del TEDH es ampliamente citada por los jueces constitucionales de esos países. En estos ámbitos actúan una serie de mecanismos de relación entre las sentencias del TEDH, del TJUE y de la Corte Interamericana con los Jueces internos, y que de mayor a menor intensidad son: el efecto directo, la cuestión prejudicial, el vínculo de adecuación sucesiva a los pronunciamientos del Juez internacional, el reconocimiento de la discrecionalidad estatal, el control de convencionalidad, como técnica de colaboración entre los Tribunales internos y los supranacionales, y la interpretación conforme.

Las tensiones entre Tribunales Constitucionales y el TJUE merece atención como expresión del temor de los Tribunales Constitucionales de que la aceptación del Derecho de la Unión se tradujera en la supeditación de las normas constitucionales a los Tratados y al Derecho derivado, lo que está originando un diá-

logo conflictual, sobre todo cuando el TJUE afirma la presencia en el ordenamiento de la Unión de principios calificados como constitucionales y sostiene la tesis de la renuncia de los Estados a sus poderes soberanos. Ante ello se produce una reacción de las jurisdicciones constitucionales sosteniendo la existencia de principios caracterizadores de la Constitución (núcleo duro) estatal oponibles a la operatividad de las normas de la Unión (los llamados contralímites). La ausencia de una fuerza constitucional de la Unión abona las tesis de los Tribunales internos, con cita de la Declaración 1/2004 del Tribunal constitucional español. Advierte el autor que el TJUE ya presta atención a la salvaguardia de las Constituciones de los Estados miembros.

En cuanto a la relación entre Tribunales estatales y Tribunal Europeo de Derechos Humanos constata el autor que, a diferencia de la Unión, en este ámbito los Estados controlan la operatividad de la ejecución de las sentencias del TEDH, y que si éste, en algunas ocasiones ha extendido sus valoraciones más allá del propio Convenio, ha venido a reconocer discrecionalidad a los Estados miembros, permitiéndoles aplicar los standards del Convenio de manera más conveniente a su situación interna. Destaca el ánimo cooperador voluntario de los Jueces constitucionales, que reconocen la autoridad de su jurisprudencia, si bien la intangibilidad de la Constitución estatal, es, al igual que en el caso del TJUE un punto de conflicto (Tribunal Constitucional federal alemán en el caso *Gürgülü*).

También estudia la relación entre Tribunales estatales y Corte Interamericana de Derechos Humanos, con cita de numerosos casos, de los que infiere que los Tribunales estatales asumen y observan la propia Convención y los principios jurisprudenciales fijados por la Corte, que insiste en el deber que tiene el Juez nacional de ejercer el control de convencionalidad.

La relación entre Tribunales del mismo nivel se caracteriza, dice Vergottini por la completa libertad, donde la invocación de precedentes externos es espontánea y facultativa. Vínculos de historia, lengua y cultura facilitan la relación (Alemania-Hungría, si bien es un monólogo alemán; países del *common law*). Sostiene el autor que el fundamento del recurso al Derecho juris-

prudencial de otros puede obedecer a distintas causas: Insuficiencia del texto constitucional (Tribunal federal suizo), aprobación de una nueva Constitución o de una profunda revisión (Tribunal sudafricano, Constitución de Canadá), ordenamientos insertados en un área legal-cultural que no abandona tras el alejamiento institucional (países del *common law*), influencia del modelo constitucional seguido por el constituyente (Alemania respecto de Sudáfrica), y pertenencia a una misma área lingüístico-cultural. Termina esta parte con una manifestación curiosa del diálogo entre Tribunales: el rechazo o la imposibilidad que se apoya en la idea de que un Tribunal supranacional demasiado liberal podrá generar un exceso de garantismo no aceptable a nivel estatal.

En la segunda parte G. de Vergottini encuadra el diálogo entre Tribunales dentro del fenómeno más global de las relaciones entre ordenamientos, que propicia una apertura a lo extranjero, a lo externo. En este punto hace especial hincapié en el método comparativo que, a su juicio, está necesitado de una teoría, y cuya aplicación debe hacerse según criterios controlados y controlables. Cita varios ejemplos en que el órgano judicial ha considerado útil o necesario recurrir al Derecho extranjero y a la comparación. Entiende que el concepto de comparación se debe reservar a los casos en que el Juez se ha basado en el contraste crítico comparativo para extraer del contraste el principio jurídico sobre el que basa la decisión.

Considera Vergottini que se da un distinto grado de apertura de los Tribunales en orden a utilizar otras fuentes diferentes al propio ordenamiento. Señala que se da el caso de Jueces que rechazan el recurso a fuentes externas al ordenamiento (Tribunal Supremo USA), que se fundamenta en la pretendida autosuficiencia del propio sistema. Cita el caso de Jueces que conocen el Derecho exterior pero que no lo utilizan en sus pronunciamientos, como es el caso del Conseil Constitutionnel francés, permeable solo de modo indirecto a otros Tribunales, Otros son los Jueces que simplemente mencionan el Derecho exterior (los más numerosos). Están finalmente los Jueces que utilizan de manera pertinente el Derecho extranjero y la comparación (Canadá, Australia o Sudáfrica, este último por la habilitación contenida en su Constitución).

Aborda seguidamente el estudio del método de comparación y de los obstáculos de todo tipo que debe superar el Juez: Históricos, lingüísticos, culturales y, singularmente, evitar el riesgo al abuso de la comparación, no proporcionando la justificación plausible de las experiencias externas a las que decide recurrir.

Derecho y sentencias extranjeras como meros hechos, o por mejor decir, como un dato más, especialmente de carácter intelectual o argumental, es otra variable que considera el autor. La apertura al exterior de los Tribunales no lo es sólo a la jurisprudencia de otros Tribunales constitucionales, sino que también se dirige a las disposiciones constitucionales. Alumbra aquí de Vergottini un concepto de diálogo muy amplio y rico, pues no se contrae ya a precedente judiciales, sino que se sirve de Constituciones, principios generales del Derecho, legislaciones, práctica y doctrina propias de otros ordenamientos: en suma, más allá del diálogo entre Tribunales (Canadá, Sudáfrica).

La relevancia del Derecho extranjero y el recurso a la comparación se puede precisar en razón de la participación o actuación de los partícipes/protagonistas del proceso (fiscales, abogados, abogados generales del TUE, la ponencia y los votos particulares). En definitiva, la totalidad del material procesal (no sólo la sentencia) es el que se debe tener en cuenta para medir esa relevancia del ordenamiento externo en la decisión final, pero ello no significa comparación, que debe ser en todo caso explícita.

En el apartado que se titula discrecionalidad/arbitrariedad de la opción en el proceso interpretativo que recurre al Derecho extranjero revela el autor que el recurso al precedente extranjero y a la comparación plantea delicadas cuestiones entre jurisdicción y legislación. En este sentido se detallan las pautas que se han seguido en algunos casos para decidir el ordenamiento que se elige para ser tomado en consideración, destacando especialmente la perspectiva de la pertinencia y de la utilidad.

La interpretación conforme a la Constitución parte de su consideración como fuente del Derecho, que tiene preceptos irrenunciable y vinculantes para el Juez. Por ello se entiende que su compatibilidad con el Derecho externo (Tratados como los de la Unión) que excepcione previsiones constitucionales, sólo es

posible si la Constitución lo admite. Así pues, en lo que denomina G. de Vergottini fase cognoscitiva, es posible que el Juez atienda a derechos lejanos a los principios constitucionales, pero en la fase decisiva tal atención sería contraria a la Constitución. En suma, la interpretación por medio de la comparación dilata y amplía las opciones argumentales pero no incorpora nuevas fuentes de Derecho a la decisión del Juez, que aplica siempre el Derecho del propio ordenamiento

En el apartado referido a la comparación intraordinamental: denominador constitucional común, principios comunes y tradiciones constitucionales comunes, se hace mención especial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destacando el contraste que se produce entre la comparación que llevan a cabo estos Tribunales (que preferentemente se proyecta sobre el Derecho de los Estados miembros) y los Tribunales constitucionales estatales (que se proyecta sobre el Derecho o precedente judicial de otros ordenamientos, tanto estatales como internacionales). Aprecia que en el futuro se puede producir una colisión entre jurisprudencias de estos Tribunales (sobre todo desde el momento en que el CEDH se vuelve vinculante para la Unión, entendiéndose que el simple diálogo ya no será suficiente y que se deben arbitrar mecanismos de coordinación que superen la deferencia recíproca.

En las conclusiones señala el autor que se confirma la profunda diversidad del «diálogo» en atención a los Tribunales concernidos, a sus ámbitos ordinamentales y a las propias relaciones entre ordenamientos, lo que hace que la efectividad de la tutela de los derechos humanos presente puntos críticos, que demandan una necesidad de coordinación entre los distintos instrumentos subjetivos de tutela y entre jurisdicciones, ya verticalizadas, ya estructuradas en horizontal. Se termina sosteniendo que el diálogo existe y está vivo, pero constata que existen casos en que ese diálogo se rechaza clamorosamente, por lo que su generalización no es sostenible. Algo similar sucede con la comparación, pues una cosa es la cita del Derecho externo y otra cosa que la regla de solución se obtenga de ese elemento externo, pues para ello el juzgador debería encontrarse ante la carencia del propio ordenamiento.

Presidencia

ASCA

Durante los días 8 y 9 de mayo tuvo lugar la reunión de la Asamblea General de la Asociación de Consejos de Estado y Jurisdicciones Administrativas Supremas de la Unión Europea (Asca) en Madrid.



Sus majestades los reyes entregan en Barcelona los despachos a las 99 mujeres y 35 hombres, integrantes de la LXI promoción de la carrera judicial.

Desde el pasado 24 de mayo, 134 nuevos jueces y nuevas juezas conforman la 61 Promoción de la Carrera Judicial, que recibió sus despachos el día 24 de mayo de 2011 en Barcelona, sede de la Escuela Judicial, en el transcurso de un acto presidido por Sus Majestades los Reyes, con la presencia del Presidente y Vocales del CGPJ, miembros de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, y numerosas autoridades políticas encabezadas por el Presidente de la Generalitat de Catalunya, Artur Mas, y el Ministro de Justicia, Francisco Caamaño.

La 61 Promoción de la carrera judicial está integrada por 99 mujeres y 35 hombres, con lo que se produce un nuevo aumento en la mayoritaria proporción de mujeres (la cifra se sitúa este año en torno al 74 por ciento frente al 64 por ciento del año anterior).

El promedio de edad de quienes integran la promoción se sitúa alrededor de los 30 años y la media de tiempo empleado en la preparación y aprobación de la oposición ha sido de cinco años y tres meses.

Por primera vez, es Cataluña la Comunidad Autónoma que, por lugar de nacimiento, aporta un número mayor de jueces, 18 en concreto, seguida de Andalucía, Castilla y León y la Comunidad Valenciana, con 17, Galicia, con 16 y Madrid con 13. En esta promoción, 3 integrantes han nacido fuera de nuestras fronteras.

Más de un 85 por ciento de los jueces y de las juezas de la promoción tienen conocimientos de Informática, y casi un 90 por ciento asegura conocer el idioma inglés, mientras que un 27 por ciento dice tener conocimientos del idioma francés. En cuanto a idiomas cooficiales, 17 jueces saben catalán, otros 17, gallego, 15, valenciano y 1, euskera.

Más de un 80 por ciento no tiene ningún familiar en el ámbito de las profesiones jurídicas.

Las preferencias por el área u orden jurisdiccional donde les gustaría ejercer, sitúan al ámbito penal, en primer lugar con un 28 por ciento de preferencia por parte de los integrantes de la promoción, seguido del orden civil con cerca de un 25 por ciento, los juzgados de familia, con un 14 por ciento y los de menores, con un 11 por ciento.

El número 1 de la Promoción, Manuel Alcover Povo, desempeñará sus funciones de juez en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 6 de Puerto del Rosario (Fuerteventura).

La distribución territorial de destinos de la Promoción es la siguiente:

51 jueces destinados a Cataluña, 15 a Andalucía, 15 a Canarias, 9 a Galicia, 7 a Castilla La Mancha, 7 a Murcia, 6 a Extremadura, 6 al País Vasco, 5 a Aragón, 5 a la Comunidad Valenciana, 4 a Castilla y León, 3 a Baleares, y 1 a Cantabria.

Encuentro institucional en la Generalitat de Cataluña

Con ocasión de los actos de entrega de los despachos a la 61 Promoción de Jueces, el President Artur Mas recibió en el Palau de la Generalitat al Presidente del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Dívar, acompañado de vocales de la institución, así como de los Presidentes de Sala del Tribunal Supremo y de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia.



En el encuentro, que se desarrolló en términos de máxima cordialidad, tanto el President Mas como el Presidente Dívar hicieron hincapié en las buenas relaciones que mantiene la Generalitat con los órganos de gobierno del Poder Judicial en aquella comunidad, subrayando la importancia de la ubicación en Barcelona de la Escuela Judicial.

Izado Bandera Nacional

El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Dívar Blanco, presidió el viernes, día 24 de junio en la Plaza de Colón de Madrid



el tradicional acto de izado de la Bandera Nacional con motivo de la festividad de San Juan, onomástica de Su Majestad el Rey de España.

Al acto, que contó con la presencia del Jefe de Estado Mayor de la Defensa, asistieron varios vocales del CGPJ y miembros de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

Observatorio de violencia doméstica y de género

Reunión anual del Observatorio

El 8 de marzo se llevó a cabo la Reunión Anual del Observatorio, en el que se aprobó la actualización del formulario de la Orden de Protección a partir del Protocolo ATENPRO, Servicio Telefónico de Atención y Protección para las víctimas de la violencia de Género.

Informe sobre víctimas mortales

Fue presentado al Pleno del día 28 de abril del Consejo General del Poder Judicial el Informe sobre Víctimas Mortales durante el año 2010 en el ámbito de la Pareja o Expareja, donde se recogieron los datos, circunstancias y estadísticas, así como un resumen de los asuntos en los que hubo previa denuncia y se formularon conclusiones.

Encuentro con Michelle Bachelet

El 31 de mayo la Vocal Inmaculada Montalbán fue invitada a participar por parte de la Secretaria de Estado de Igualdad, Bibiana Aído, al encuentro con Michelle Bachelet, Directora Ejecutiva de ONU Mujeres, que tuvo lugar en el Salón de Actos de la Secretaría de Estado de Igualdad.

Violencia de género y feminicidio

Se prevé que del 11 al 15 de julio la Vocal Inmaculada Montalbán participe en el curso sobre «Violencia de Género y Feminicidio» organizado por la AECID, el Consejo General de la Abogacía Española y el CGPJ en Cartagena de Indias (Colombia).

Foro justicia y discapacidad

IV Premios foro Justicia y Discapacidad

El 24 de marzo se desarrolló el Acto de Entrega de los IV Premios del Foro Justicia y Discapacidad y Presentación de la «Guía de Buenas Prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de los discapacitados en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia».

Del 18 al 20 de mayo tuvo lugar la reunión del Foro de Formación en Justicia y Discapacidad en colaboración con Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Ministerio Fiscal, Consejo General de la Abogacía Española, Consejo General de Procuradores de España, Consejo General del Notariado de España, Fundación Aquitas, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, ONCE y CERMI, en la que se profundizó en el estudio de los mecanismos de protección jurídica de las personas con discapacidad.

Relaciones internacionales

Rondas de Talleres CJI

El CGPJ tiene un importante papel en el impulso de la Cumbre Judicial Iberoamericana, ya que ostenta su Secretaría Permanente. Una importante delegación del CGPJ asistió a la Iª Ronda de Talleres, que tuvo lugar en San José de Costa Rica,¹ y se han realizado múltiples gestiones en Cádiz como preparación de la IIIª Ronda, que se desarrollará en dicha ciudad en el próximo noviembre.

Red Europea de Consejos del Poder Judicial

El CGPJ tiene una participación destacada en la Red Europea de Consejos del Poder Judicial cuya presidencia ostenta actualmente el Vocal Miguel Carmona.

¹ Así como a la IIª Ronda que se celebró en Caracas (Venezuela) del 28 de junio al 3 de Julio.

Además de las actividades derivadas de esta presidencia, el Vocal Antonio Monserrat ha dirigido el equipo encargado del proyecto sobre estándares judiciales y ha participado activamente en los demás proyectos, en especial el relativo a los Consejos del Poder Judicial. Igualmente, el CGPJ, a través del Servicio de RRJJ y del CENDOJ está participando en los grupos e-Justice de la Unión Europea, a los que se está aportando la experiencia del CENDOJ en la elaboración del ECLI (European Case-Law Identifier) para el desarrollo del Portal Europeo de Justicia.

Marruecos/España

En el primer trimestre de 2011 se ha iniciado la preparación del VI encuentro entre la Corte Suprema de Marruecos y el CGPJ.

América

Se han llevado a cabo actividades en Colombia, El Salvador y Honduras, además de la realización de un seminario en Cartagena de Indias sobre delincuencia organizada y trata de personas.

Centro Atlántico Judicial

Durante el segundo trimestre ha tenido lugar la puesta en marcha del primer seminario del Centro Atlántico Judicial para jueces del cercano entorno africano (Marruecos, Mauritania, Cabo Verde, Senegal y Guinea Ecuatorial). Este Centro funciona con financiación del Gobierno de Canarias y se dirige desde el CGPJ por el Servicio de Relaciones Internacionales. Su objetivo es: por una parte contribuir a la mejora de la calidad de los jueces de los países beneficiarios y, por otra, identificar y definir líneas de colaboración con sus poderes judiciales.

Eurosocietal II

El consorcio de instituciones en el que participa el CGPJ como socio operativo obtuvo recientemente la adjudicación del gran proyecto EUROsociAL II, destinado al fortalecimiento de la Justicia en América Latina y sufragado con

fondos de la Comisión Europea. Han tenido ya lugar las primeras reuniones organizativas para su puesta en marcha.

Hermanamientos

Destacan también la preparación y defensa de 3 propuestas de proyectos de Hermanamiento (Twinning Projects) en Croacia y Turquía en relación con la formación judicial y las relaciones entre poder judicial y medios de comunicación, así como las misiones de identificación que se han realizado en Mozambique.

Calificación

Comparecencias

El 13 de enero tuvo lugar la comparecencia de los aspirantes a la Presidencia de la Audiencia Provincial de Cádiz.

Ese mismo día se llevó a cabo la entrevista a aspirantes a Jefatura de Sección en el CENDOJ

El 15 de marzo comparecieron los aspirantes a las Presidencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TTSSJJ de Madrid y Comunidad Valenciana de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid.

El 11 de abril se desarrolló la comparecencia de los aspirantes a las Presidencias de las AAPP de Girona y de Teruel.

Nombramientos

A lo largo de este primer semestre el Pleno del CGPJ ha procedido a realizar los siguientes nombramientos:

Pleno de 27/01/2011

- Manuel María Estrella Ruiz, Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz.

Pleno de 31/03/2011

- José Borrego López, Presidente de la Sala C-A del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

- Mariano Miguel Ferrando Marzal, Presidente de la Sala C-A del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
- Francisco Gerardo Martínez Tristán, Presidente de la Sala C-A del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- Juan Miguel Torres Andrés, Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Pleno de 26/05/2011

- Francisco Javier Arroyo Fiestas, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
- José María del Riego Valledor, Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo
- María Paz Hidalgo Bermejo, Magistrada de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria
- Jesús Martínez-Escribano Gómez, Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha

Atención al ciudadano

Por parte de la Unidad de Atención al Ciudadano se ha procedido a la

- Elaboración del Borrador del Proyecto de Quejas CGPJ (en tramitación)
- Elaboración de los folletos de información ciudadana (aprobados por la Comisión Permanente de 3 de mayo de 2011).

Escuela judicial

A) Selección

Grupo de estudio modelos de ingreso

El Pleno del CGPJ, en sesión extraordinaria celebrada el 18 de enero de 2011, tomó conocimiento del informe del Grupo de Estudio sobre los modelos de ingreso en la Carrera Judicial, creado en diciembre de 2009 por la Comisión de Selección, y adoptó un Acuerdo que será punto de referencia para futuras reformas legislativas sobre el contenido de las pruebas selectivas para el ingreso en la Carrera Judicial.



Convocatoria

Por otro lado, a instancia del CGPJ y del Ministerio de Justicia, fueron convocadas 400 plazas para el ingreso en la Escuela Judicial y Centro de Estudios Jurídicos, 250 y 150 respectivamente (Comisión de Selección de 31/01/2011).

Nuevos Magistrados

Finalizada la fase teórica seguida en la Escuela Judicial, se incorporaron a la Carrera Judicial con la categoría de Magistrado/a, sesenta juristas de reconocida competencia, para proveer plazas en la jurisdicción civil, penal y en órganos con jurisdicción compartida; llevándose a cabo su nombramiento por Real Decreto (Comisión Permanente de 25/02/2011).

Por Real Decreto 1828/2010, se produjo el nombramiento de siete Magistrados/as especialistas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pasando a desempeñar seis de ellos plazas reservadas para especialistas en secciones de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, en Salas de lo Contencioso-Administrativo (Comisión Permanente de 21/12/2010).

Por Real Decreto 185/2011, de 11 de febrero, se produjo el nombramiento de ocho Magistrados/as especialistas en el orden jurisdiccional social, pasando a desempeñar cuatro de ellos plazas reservadas para especialistas en secciones de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, en Salas de lo Social, permaneciendo el resto sirviendo los juzgados de lo social en los que previamente se encontraban destinados (Comisión Permanente de 25/01/2011).

B) Formación

Escuela de verano

Está prevista la celebración de la Escuela de Verano del Poder Judicial del 28 de junio al 15 de julio de 2011 y en colaboración con la Xunta de Galicia, la Diputación Provincial de La Coruña y la Fundación Caixa Galicia –Claudio San Martín, con el siguiente programa:

- Relaciones entre el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: examen de las discrepancias.
- La protección penal de los derechos de tercera generación.
- La Justicia como piedra angular del Estado.

En el próximo número:

- Entrevista al Presidente del Congreso de los Diputados, José Bono Martínez.
- Tribuna: Juan Saavedra Ruiz, Magistrado Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.
- Reportaje: incidencia de la tarea del Servicio de Estudios e Informes en el desarrollo posterior de las normativas sometidas a su examen.
- Foro de Opinión: «La Cooperación Judicial Internacional», por Andrés Palomo del Arco, Manuel Siscart y María Poza.