

FUNDADA EN 1981 POR

José Almagro Nosete
Valentín Cortés Domínguez
Faustino Gutiérrez-Alviz
Juan Montero Aroca
Francisco Ramos Méndez
Manuel Serra Domínguez

Director Honorífico

Francisco Ramos Méndez

Directores

Manuel Cachón Cadenas
Joan Picó i Junoy
Vicente Pérez Daudí



NÚMERO 1

2024 JUSTICIA

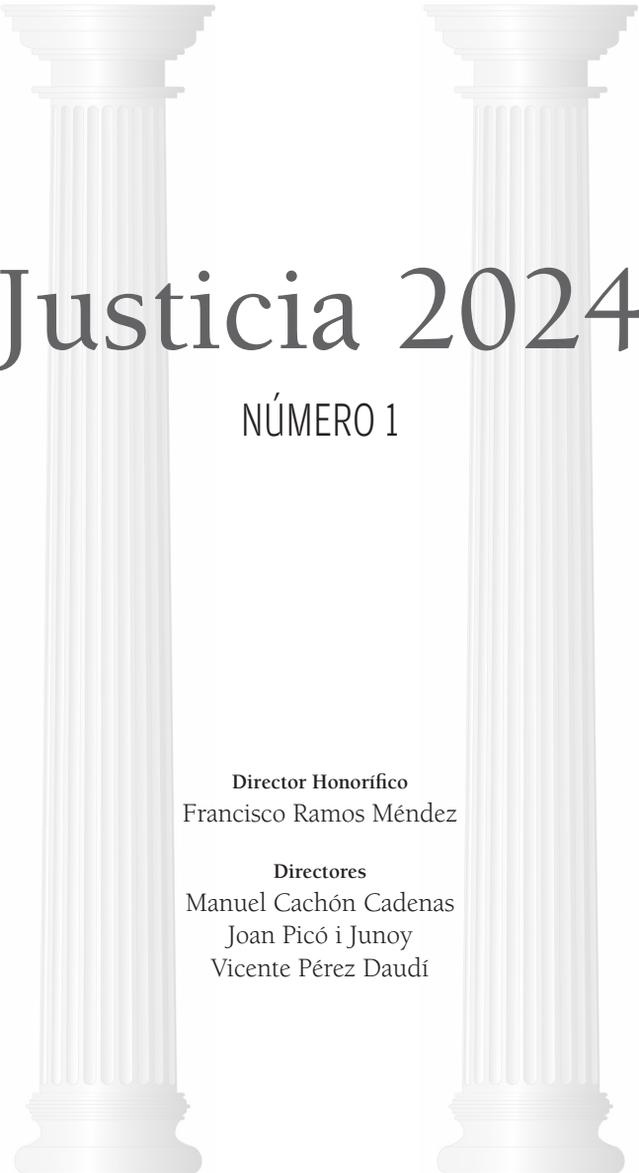
REVISTA DE DERECHO PROCESAL

JIB
BOSCH EDITOR

2024

JUSTIZIA





Justicia 2024

NÚMERO 1

Director Honorífico

Francisco Ramos Méndez

Directores

Manuel Cachón Cadenas

Joan Picó i Junoy

Vicente Pérez Daudí

Barcelona 2024



BOSCH EDITOR

JUSTICIA. REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Publicación semestral.

Dirección Ejecutiva y recepción de originales:

J.M. BOSCH EDITOR

justicia@libreriabosch.com

Tel. (34) 93 683 13 44

© JUNIO 2024



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISSN: 0211-7754

D.L.: B.19117-1987

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Director Honorífico

Francisco Ramos Méndez

Directores

Manuel Cachón Cadenas

Joan Picó i Junoy

Vicente Pérez Daudí

Consejo de Redacción

Federic Adan Doménech, Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol, Coral Arangüena Fanego,
Teresa Armenta Deu, M^a. Victoria Berzosa Francos, José Bonet Navarro,
Lorenzo Bujosa Vadell, Juan-Luis Gómez Colomer, Fernando Gómez de Liaño,
Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Mar Jimeno Bulnes,
Manuel Lozano-Higuero Pinto, José S. Martín Ostos, Víctor Moreno Catena,
Jordi Nieva Fenoll, Guillermo Ormazábal Sánchez, Manuel Ortells Ramos,
Agustín Pérez-Cruz Martín, Nicolás Rodríguez García,
David Vallespín Pérez, José Luis Vázquez Sotelo

Secretario del Comité Editorial

Francisco Ramos Romeu

Comité Editorial

Xavier Abel Lluch, Lluís Caballol Angelats, Elisabet Cerrato Guri,
Ramón Escaler Bascompte, Arantza Líbano Beristain, Francisco Málaga Diéguez,
Nuria Mallandrich Miret, Belen Mora Capitán, Carmen Navarro Villanueva,
Susana Oromí Vall-Ilorena, Santiago Orriols García, Francisco Ortego Pérez,
Joan Prat Rubí, Nuria Reynal Querol, Cristina Riba Trepal,
Consuelo Ruiz de la Fuente, Pedro Ruíz Soto,
Mercedes Serrano Masip, Jaume Solé Riera

Comité Científico Internacional

Teresa Arruda Alvim Wambier (Pontificia Universidade Católica de São Paulo),
Elena Frascaroli Santi (Università degli Studi di Bologna),
Oswaldo Gozaini (Universidad de Buenos Aires),
Darci Guimarães Ribeiro (Universidade do Vale do Rio dos Sinos),
Eduardo Oteiza (Universidad Nacional de La Plata),
Mario Zoppellari (Università degli Studi di Bologna)

Dirección Ejecutiva

Xavier Bosch



Reconocimiento
a la excelencia de
JUSTICIA

La revista JUSTICIA ha merecido la concesión de la máxima categoría «Q1» en el *Ranking de Revistas Jurídicas por especialidades* elaborado en 2023 por la «Conferencia de Decanas y Decanos de Derecho de España», y ello en los dos apartados de dicho Ranking: (a) Prestigio de las Revistas; y (b) Visibilidad e Impacto de las Revistas.

Índice

HOMENAJE

La oposición a cátedra del profesor Manuel Serra Domínguez.

Manuel Cachón Cadenas	21
1. Introducción	22
2. El tribunal y los opositores.....	25
3. Primer ejercicio	27
4. Segundo ejercicio.....	27
5. Tercer ejercicio.....	28
6. Cuarto ejercicio.....	29
7. Quinto ejercicio	30
7.1. Desarrollo.....	30
7.2. Supuesto correspondiente al primer caso práctico ..	31
7.3. Respuesta de Serra al primer caso práctico	31
7.4. Supuesto correspondiente al segundo caso práctico	34
7.5. Respuesta de Serra al segundo caso práctico.....	34
8. Sexto ejercicio.....	40
9. Valoración de los trabajos presentados por los opositores	42

9.1. Informe de Jaime Guasp	42
9.2. Informe de Emilio Gómez Orbaneja	49
9.3. Informe de Miguel Fenech.....	51
9.4. Informe de Manuel Gordillo	67
9.5. Informe de Jorge Carreras.....	70
10. La votación del tribunal	86

ESTUDIOS

La realización de bienes a través de entidad especializada: análisis crítico y propuestas de mejora (<i>Realisation by a specialist person or organisation. Critical analysis and proposal for improvement</i>). Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol	91
1. El Derecho Fundamental a la efectividad de la tutela judicial y su fracaso práctico	93
2. Las vías de enajenación forzosa alternativas a la subasta..	98
3. La realización de bienes a través de Entidad Especializada	100
4. La realización por entidad especializada en sede de ejecución concursal.....	103
5. Reflexiones para la mejora del sistema	108
6. Propuesta articulada de modificación legislativa.....	112
7. Corolario final.....	115
Algunas cuestiones, nuevas y clásicas, sobre la obtención de pruebas en materia civil o mercantil en la Unión Europea (<i>Some new and classic issues on the taking of evidence in civil or commercial matters in the European Union</i>). Mercedes Serrano Masip	117
1. Delimitación del estudio	119
2. Cooperación judicial en materia de obtención de pruebas en el extranjero. El Convenio de La Haya de 1970	121

3.	Enfoque de la Unión Europea respecto de la obtención de pruebas en el extranjero. La cooperación judicial en los Reglamentos de Obtención de Pruebas de 2001 y 2020 ..	125
3.1.	Reglamento de Obtención de Pruebas 1206/2001 ..	126
3.1.1.	Procedimientos establecidos para la obtención de prueba transfronteriza	126
3.1.2.	Evaluación de la aplicación del ROP 2001 ...	128
3.2.	Reglamento de Obtención de Pruebas 2020/1783 ..	135
3.2.1.	Carácter del Reglamento: norma general y de aplicación facultativa.....	136
3.2.2.	Concepto de “órgano jurisdiccional”	143
3.2.3.	Diligencias de obtención de pruebas para ser utilizadas en un proceso iniciado o que se prevea incoar	146
3.2.4.	Transmisión electrónica de solicitudes, efectos jurídicos de los documentos electrónicos y uso de la videoconferencia	153
3.2.5.	Obtención directa de pruebas en el extranjero.....	160
3.2.6.	Asunción de los gastos generados por la cooperación judicial activa	166
4.	Conclusiones	170
5.	Bibliografía	171

	Estudio crítico de los requerimientos de las preguntas al testigo en la Ley de Enjuiciamiento Civil (<i>Critical study of the requirements for questioning witnesses in the Civil Procedure Act</i>). María José Fernández-Figares Morales	175
1.	Sistema de exploración mediante preguntas.....	177
2.	Clasificación de las cuestiones.....	181
2.1.	Las preguntas realizadas por el tribunal por disposición legal.....	181

2.2. Las preguntas conducentes a la averiguación de los hechos.....	182
2.2.1. Requerimientos derivados del contenido del objeto general de la prueba y de los presupuestos de admisión del testigo	182
2.2.1.1. Preguntas pertinentes. Sobre hechos y el objeto procesal. Sobre la costumbre. Importancia de la adecuada determinación de los hechos controvertidos	182
2.2.1.2. Preguntas útiles.....	186
2.2.1.3. Preguntas necesarias: no reiterativas	186
2.2.1.4. Preguntas no prohibidas por la ley ..	187
2.2.1.5. Preguntas no ilícitas	188
2.2.1.6. Preguntas que sondeen la idoneidad del testigo ¿Cabén?	188
2.2.2. Requerimientos derivados de las pautas del interrogatorio a testigos	189
2.2.2.1. Preguntas formuladas de forma oral	189
2.2.2.2. Preguntas claras y precisas	191
2.2.2.3. Preguntas carentes de valoraciones y de calificaciones.....	194
2.2.3. Requerimientos derivados de los identificadores de la figura del testigo	198
2.2.3.1. Preguntas referentes al ámbito de conocimiento del testigo: Los hechos, la costumbre, la razón de ciencia.....	198
2.2.3.2. Preguntas referentes a un posible motivo de tacha ¿Cabén?	200
2.3. Las preguntas del tribunal sobre lo dicho por el testigo.....	202
3. El denominado « <i>cross examination</i> » o interrogatorio cruzado y su viabilidad	204

3.1. Las preguntas y las repreguntas ¿cabem contenidos diferenciados?	204
3.2. Las preguntas sugestivas y las preguntas cerradas ...	210
4. Consideraciones y posibles mejoras de la regulación procesal respecto a las facultades de interrogación de las partes al testigo	219
5. Bibliografía	223

No en nombre de la eficiencia... o sobre la difícil justificación de la conversión de los juzgados de paz en oficinas de justicia en los municipios y una propuesta *lege ferenda* alternativa para el debate (*Not in the name of efficiency... Or about the difficult justification of the conversion of peace courts into justice offices in the municipalities and an alternative lege ferenda proposal for debate*).

Ixusko Ordeñana Gezuraga	227
1. Elementos iniciales: Contexto jurídico que pone a los juzgados de paz en la palestra, objetivo de la investigación y dinámica para su implementación	230
2. Lecciones del pasado para el futuro de los juzgados de paz.....	233
2.1. La importancia del análisis del pasado para acertar con el futuro.....	233
2.2. Sucinta mirada al pasado	233
2.3. Aprendizaje para el futuro	245
3. Radiografía del presente de la justicia de paz.....	246
3.1. La justicia menor y debates en torno a la misma.....	246
3.2. Regulación actual	246
3.3. Debates actuales superados	248
3.3.1. ¿Es constitucional la justicia de paz?.....	248
3.3.2. ¿Atenta a la división de Poderes el sometimiento de la justicia de paz a los Ayuntamientos?	249

3.3.3. ¿Cabe la elección por el Ayuntamiento del titular del juzgado de paz?	251
3.3.4. ¿Puede ser una persona no técnica en Derecho juez o jueza (aunque sea de paz)?.....	252
3.4. Debate a superar: ¿son realmente los juzgados de paz ineficientes?	252
3.4.1. Su ineficacia como causa para su transformación y elementos para su evidencia	252
3.4.2. Coste económico	254
3.4.3. Aportación al sistema. Beneficios intangibles de la justicia de paz	255
3.4.4. Nuestra conclusión: la falta de eficiencia no es argumento suficiente para la transformación de los juzgados de paz	258
4. Propuestas de futuro	258
4.1. La propuesta del prelegislador: las Oficinas de Justicia en los Municipios.....	258
4.1.1. Configuración por el PLEOSPJ.....	259
4.1.2. Lectura subjetiva.....	262
4.2. Nuestra propuesta a modo de conclusión	266
5. Bibliografía	267
Arbitraje y <i>blockchain</i> (Arbitration and blockchain). Ayllen Gil Seaton ..	273
Introducción	275
1. <i>Blockchain</i> aplicada al arbitraje	277
1.1. Breve referencia a la tecnología <i>blockchain</i>	277
1.2. Arbitraje <i>on-chain</i>	281
1.3. Arbitraje basado en <i>blockchain</i>	284
2. Kleros: experiencia, límites y desafíos procesales.....	285

3.	Desafíos de la resolución de disputas basadas en <i>block-chain</i>	288
3.1.	Reconocimiento y ejecución de la decisión	288
3.2.	Confidencialidad	294
4.	Conclusiones	296

	La cadena de custodia: configuración jurídica y estado actual de la cuestión (<i>Chain of custody: its legal construction and current status</i>). Andrea Jamardo Lorenzo	299
1.	El heterogéneo y fragmentario marco normativo como base	302
2.	Construcción jurisprudencial de la figura de la cadena de custodia y evolución	312
2.1.	Primera etapa: El origen de la cadena de custodia...	313
2.2.	Segunda etapa: El avance en algunos puntos específicos	319
2.3.	Tercera etapa: La consolidación de los elementos esenciales de la cadena de custodia.....	321
3.	Incorporación de la perspectiva doctrinal al debate.....	324
3.1.	La doctrina científica frente a la tesis de la mismidad de la prueba en el marco conceptual de la cadena de custodia	324
3.2.	La doctrina científica frente a la vertiente formal: la cadena de custodia como garantía de la prueba	334
3.2.1.	La corrección de la cadena de custodia	334
3.2.2.	Posibles contingencias en su desarrollo y las consecuencias jurídicas de su ruptura.....	336
3.2.3.	Impugnación de la cadena de custodia y carga de la prueba	343
3.2.4.	Cadena de custodia y valoración de la prueba	349

3.3. La doctrina científica frente a la vertiente material: los actos que integran la cadena de custodia.....	351
4. Algunas reflexiones y propuestas	355
4.1. Una reflexión en torno a la cadena de custodia tec- nológica	355
4.2. Análisis prospectivo-legal de la figura de la cadena de custodia.....	369
4.2.1. Valoración crítica de la regulación proyecta- da en el Anteproyecto de Ley de Enjuicia- miento Criminal de 2020.....	369
4.2.2. Algunas propuestas de <i>lege ferenda</i>	374
5. Conclusiones	379
6. Bibliografía	381

Confidencialidad de los MASC, derecho a la prueba y proceso civil: apuntes para una pacífica coexistencia (*ADR's confidentiality, right to evidence and civil procedure: notes for a peaceful coexistence*). Miquel Tucho Morillo

1. Introducción	392
2. La amplia formulación doctrinal del ámbito objetivo de la confidencialidad	394
3. Sobre la necesaria delimitación del principio de confi- dencialidad	396
3.1. Introducción	396
3.2. Objeto	398
3.3. Alcance	400
4. Tratamiento procesal de la proposición de prueba vulne- radora de la confidencialidad	401
4.1. El difícil encaje en el actual concepto de prueba ili- cita	402

4.2.	La pacífica consideración de prueba ilegal	406
4.2.1.	El renovado debate sobre la admisibilidad de las pruebas ilegales a raíz del art. 283.3 LEC: un análisis desde la óptica de una prueba vulneradora de la confidencialidad	406
4.2.2.	Algunos argumentos en favor de su inadmisión	409
4.3.	¿Y si esta situación se plantea en un arbitraje, qué solución debería adoptarse?.....	413
5.	Particularidades que presentan algunos medios de prueba respecto de la protección de la confidencialidad.....	416
5.1.	El interrogatorio de las partes	417
5.2.	La prueba documental.....	418
5.3.	La prueba pericial.....	420
5.4.	El interrogatorio de testigos.....	420
6.	La posible influencia de la prueba confidencial en la mente del juzgador	421
6.1.	Introducción: planteamiento de la problemática.....	421
6.2.	Un novedoso enfoque con base en los estudios de la psicología jurídica: la teoría del razonamiento motivado	423
6.3.	La recusación como garantía de una solución efectiva	426
6.3.1.	En el proceso judicial	427
6.3.2.	En el proceso arbitral	428
7.	Vulneración de la confidencialidad y buena fe procesal...	430
7.1.	Concisa aproximación al principio de la buena fe procesal.....	430
7.2.	Algunas consideraciones sobre la aportación de una prueba confidencial como presupuesto de mala fe procesal.....	432

8. Reflexión final.....	433
9. Bibliografía	434

RESEÑAS

FACH GÓMEZ, Katia, “The Technological Competence of Arbitrators: A Comparative and International Legal Study”, <i>European Yearbook of International Economic Law, Special Issue</i> , Springer, 2023, pp. 172. Núria Borràs Andrés.....	441
--	-----

Recensión de la obra JIMENO BULNES, M., <i>La Orden Europea de Detención y Entrega</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 558 páginas, ISBN: 978-84-1197-815-6. Celia Carrasco Pérez	449
---	-----

Ochoa Monzó, V. y Ochoa Monzó, J. (dirs.), <i>Los Tribunales consuetudinarios y tradicionales: cuestiones jurídicas</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 228 pp. Brian Buchhalter Montero	457
--	-----

DE LOS ARCHIVOS

Manifestaciones en España del movimiento del Derecho libre durante los años treinta del siglo pasado. Manuel Cachón Cadenas	465
---	-----

Normas editoriales	471
--------------------------	-----

The image features two identical classical columns, likely Corinthian or Ionic in style, positioned symmetrically on either side of the central text. Each column has a fluted shaft, a decorative capital at the top, and a base at the bottom. The columns are rendered in a light gray color with subtle shading to give them a three-dimensional appearance. The word "Homenaje" is centered between the columns in a dark gray, serif font.

Homenaje

La oposición a cátedra del profesor Manuel Serra Domínguez¹

Manuel Cachón Cadenas
Profesor emérito de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO

1. Introducción. **2.** El tribunal y los opositores. **3.** Primer ejercicio. **4.** Segundo ejercicio. **5.** Tercer ejercicio. **6.** Cuarto ejercicio. **7.** Quinto ejercicio. **7.1.** Desarrollo. **7.2.** Supuesto correspondiente al primer caso práctico. **7.3.** Respuesta de Serra al primer caso práctico. **7.4.** Supuesto correspondiente al segundo caso práctico. **7.5.** Respuesta de Serra al segundo caso práctico. **8.** Sexto ejercicio. **9.** Valoración de los trabajos presentados por los opositores. **9.1.** Informe de Jaime Guasp: A) José Luis Martín Zarzo; B) Manuel Serra Domínguez; C) Tomás Muñoz Rojas; D) Eduardo Gutiérrez de Cabiedes. **9.2.** Informe de Emilio Gómez Orbaneja: A) José Luis Martín Zarzo; B) Manuel Serra Domínguez; C) Tomás Muñoz Rojas; D) Eduardo Gutiérrez de Cabiedes. **9.3.** Informe de Miguel Fenech: A) José Luis Martín Zarzo; B) Manuel Serra Domínguez; C) Tomás Muñoz Rojas; D) Eduardo Gutiérrez de Cabiedes. **9.4.** Informe de Manuel Gordillo: A) José Luis Martín Zarzo; B) Manuel Serra Domínguez; C) Tomás Muñoz Rojas; D) Eduardo Gutiérrez de Cabiedes. **9.5.** Informe de Jorge Carreras: A) José Luis Martín Zarzo; B) Manuel Serra Domínguez; C) Tomás Muñoz Rojas; D) Eduardo Gutiérrez de Cabiedes. **10.** La votación del tribunal.

1 El presente estudio fue redactado con el título “La oposición a cátedra” para el volumen I de “Manuel Serra Domínguez. Obra Procesal”, publicado por la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, Barcelona, 2023 (pp. 77-136). Dado que el profesor Serra Domínguez fue uno de los fundadores de JUSTICIA en 1981, los directores de la Revista han considerado de interés publicarlo en este número.

1. Introducción

En este trabajo se estudia el desarrollo de las oposiciones a las cátedras de Derecho Procesal de las Universidades de La Laguna y Santiago de Compostela celebradas en 1967, mediante las que el profesor Manuel Serra Domínguez accedió a la condición de catedrático.

Pero, con carácter introductorio, me referiré brevemente a la evolución histórica correspondiente a ambas cátedras.

Por lo que se refiere a la cátedra de Derecho Procesal de La Laguna, se fue repitiendo a lo largo del siglo XX el mismo problema: la cátedra vacante salía a oposición, se adjudicaba al vencedor, que tomaba posesión, y a veces lo hacía en la Universidad de Madrid, y con frecuencia no llegaba a dar clases en La Laguna, porque pedía la excedencia, y esperaba a reingresar por otra Universidad, es decir, cuando hubiera una cátedra vacante en otra Universidad.

Esto fue lo que hizo, por ejemplo, el fundador de la moderna doctrina procesal española, Francisco Becuña, quien, después de obtener la cátedra de La Laguna, pidió la excedencia y reingresó después por la Universidad de Valencia.

El Decreto de 14 de diciembre de 1923 intentó poner coto a este estado de cosas, exigiendo que se prestaran efectivamente al menos dos años de docencia en La Laguna para poder trasladarse a otra Universidad.

El Decreto tuvo sus consecuencias. Poco después de su promulgación Mauro Miguel Romero, padre de Carlos de Miguel, también catedrático de Derecho Procesal, obtuvo la cátedra de La Laguna, y pidió la excedencia sin llegar a dar clases, para seguir ejerciendo como abogado en Valladolid. Pocos años después solicitó el reingreso por la Universidad de Salamanca, pero le fue denegado, por no cumplir los dos años de permanencia en La Laguna. Entabló un contencioso-administrativo, pero el proceso quedó sin objeto porque en mayo de 1931, al poco de proclamarse la República, se derogó el Decreto de 1923, de manera que dejó de exigirse el requisito de permanecer dos años en La Laguna. De hecho, Mauro Miguel enseñaría en Salamanca y después en Valladolid.

Al estallar la guerra civil, el titular de la cátedra de La Laguna era Francisco Marcos Pelayo, que posteriormente sería sancionado con la separación del servicio.

En 1950 fue nombrado catedrático de La Laguna, por oposición, Carlos de Miguel Alonso, pero en 1952 se trasladó, mediante concurso, a la Universidad de Santiago.

Al año siguiente, 1953, se convocaron oposiciones, que quedaron desiertas. En 1957 se convocaron otras oposiciones a las cátedras de Derecho Procesal de las Universidades de La Laguna y Granada, siendo nombrado catedrático de Derecho Procesal de La Laguna Carlos Viada Lópezpuigcerver, pero éste pidió la excedencia voluntaria a los pocos meses, para continuar colaborando con su maestro Guasp en la Universidad de Madrid, y ejerciendo como secretario judicial en un Juzgado de la capital (también era juez en situación de excedencia).

En 1959 se volvieron a convocar oposiciones, que se celebraron en 1960, y en las que resultó vencedor Manuel Morón Palomino.

Pero en 1963 Morón se trasladó, mediante concurso, a la Universidad de Granada, por lo que la cátedra de La Laguna volvió a quedar vacante.

El 22 de junio de 1965 se convocaron las oposiciones a esa cátedra que serán objeto de estudio (BOE del 15 de octubre del mismo año).

En cuanto a la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago, había sido desempeñada por Luis Zamora Carrete, un profesor hoy prácticamente desconocido, desde 1890 hasta 1918, año en el que falleció este catedrático. La disciplina se denominaba oficialmente Procedimientos Judiciales, Práctica Forense y redacción de instrumentos públicos. Este nombre se mantendría hasta el plan de estudios de 1928, que consagró la denominación actual de Derecho Procesal.

En 1921 la cátedra fue adjudicada a Matías Domínguez Ballarín, que se impuso injustamente, por 3 votos contra 2, a Francisco Beceña

en las correspondientes oposiciones. Domínguez Ballarín permaneció poquísimos tiempo en Santiago, porque ya en 1921 pasó, por concurso de traslado, a la Universidad de Salamanca.

La cátedra quedó vacante hasta 1932, año en el que accedió a ella Niceto Alcalá-Zamora y Castillo mediante oposición. Alcalá-Zamora y Castillo sería el último catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago antes de la guerra civil. En 1935 Alcalá-Zamora y Castillo pasó, por concurso de traslado, a la Universidad de Murcia, desde la que ese mismo año accedió a la Universidad de Valencia en virtud de permuta con Matías Domínguez Ballarín. Al iniciarse la guerra civil, estaban a punto de celebrarse las oposiciones convocadas en diciembre de 1935 para cubrir la cátedra de Derecho Procesal de Santiago, pero el golpe de Estado y la consiguiente guerra civil impidieron la realización de esas oposiciones. Así pues, al concluir la contienda fratricida, la cátedra de Derecho Procesal de Santiago estaba vacante.

En 1948 Víctor Fairén Guillén obtuvo esta cátedra mediante oposición. Pero en 1952 Fairén pasó, por concurso de traslado, a la Universidad de Valencia. Ese mismo año la cátedra fue ocupada por Carlos de Miguel Alonso, que llegó a Santiago desde la Universidad de La Laguna, también mediante concurso de traslado. Carlos de Miguel permaneció en la Universidad de Santiago hasta 1966, año en el que pasó, por concurso de traslado, a la Universidad de Salamanca.

Al quedar vacante la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago, se acordó convocar las correspondientes oposiciones, que se agregaron a las de la cátedra de Derecho Procesal de La Laguna mediante resolución de 23 de agosto de 1966, y que son las que se estudian en este trabajo (BOE del 8 de septiembre del mismo año).

Las oposiciones en cuestión se llevaron a cabo con arreglo a la Ley de 29 de julio de 1943, sobre ordenación de la Universidad española, y el Decreto de 26 del Decreto de 25 de junio de 1931, mediante el que se había aprobado, durante la época de la Segunda República, el reglamento de oposiciones a cátedras universitarias.

Los cuatro primeros ejercicios de las oposiciones tenían carácter oral. Por el contrario, los ejercicios quinto y sexto eran escritos.

Resultaron vencedores Tomás Muñoz Rojas y el profesor Serra. Muñoz Rojas optó por la Universidad de La Laguna. De esta forma, el profesor Serra fue nombrado catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago por Orden de 26 de julio de 1967. Tenía treinta y dos años.

2. El tribunal y los opositores

En aquel tiempo el nombramiento como presidente del tribunal de las oposiciones era una facultad del Ministro de Educación, cargo que por entonces desempeñaba el mercantilista Jesús Rubio. Otros tres vocales se designaban siguiendo un turno automático preestablecido. Y el quinto miembro del tribunal era nombrado por el Ministro de Educación de entre una terna propuesta por el Consejo Nacional de Educación.

En el BOE del 30 de marzo de 1966 se publicó la composición del tribunal de las oposiciones que se estudian en este trabajo. El tribunal titular estaba integrado por Jaime Guasp Delgado como presidente, y Miguel Fenech Navarro, Manuel Gordillo García y Jorge Carreras Llansana como vocales de nombramiento automático, y José Guallart y López de Goicoechea, como vocal designado por el Ministro de Educación de entre la terna propuesta por el Consejo Nacional de Educación. Guasp era titular de la primera cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Madrid. Fenech era catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona. Gordillo había ocupado la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, pero, al tiempo de nombrarse el tribunal, estaba en situación de supernumerario. Carreras se encontraba en situación de excedencia activa, enseñando Derecho Procesal en la Universidad Privada de Navarra. Guallart era catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.

Formaban parte del tribunal suplente los siguientes componentes: Ignacio Serrano Serrano como presidente, y Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario, Víctor Fairén Guillén y Manuel Morón Palomino como vocales de nombramiento automático, y Emilio Gómez Orbaneja como vocal designado por el Ministro de Educación de entre la terna propuesta por el Consejo Nacional de Educación. Serrano era catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid. Los demás miembros suplentes del tribunal era catedráticos de Derecho Procesal de las Universidades de Sevilla, Valencia, Granada y Valladolid, respectivamente.

Pero José Guallart fue sustituido por Gómez Orbaneja, por lo que el tribunal quedó definitivamente integrado por Guasp, como presidente, y Gómez Orbaneja, Fenech, Gordillo y Carreras, como vocales, asumiendo este último las funciones de secretario del tribunal, por ser el más moderno en la cátedra.

El BOE de 26 de diciembre de 1966 publicó la lista definitiva de los opositores admitidos. Hubo dos aspirantes que optaron por opositar exclusivamente a la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago: Pedro Aragoneses Alonso y José Lois Esteve. Los otros cinco opositores solicitaron participar en las oposiciones correspondientes a las dos cátedras de Derecho Procesal convocadas, es decir, la de Santiago y la de La Laguna. Estos cinco opositores eran los siguientes: José Rodríguez Espejo, José Luis Martín Zarzo, Manuel Serra Domínguez, Tomás Muñoz Rojas y Eduardo Gutiérrez de Cabiedes Fernández-Heredia.

Pero sólo se presentaron cuatro opositores a realizar los ejercicios: José Luis Martín Zarzo, Manuel Serra Domínguez, Tomás Muñoz Rojas y Eduardo Gutiérrez de Cabiedes Fernández-Heredia.

Estos cuatro opositores contaban, *a priori*, con apoyo en el tribunal, porque éste incluía a sus respectivos maestros: Gordillo era el maestro de Martín Zarzo, Fenech era el maestro de Serra y, en fin, Carreras era el maestro de Muñoz Rojas y Gutiérrez de Cabiedes.

En consecuencia, Guasp y Gómez Orbaneja, que eran los más antiguos en la cátedra y los más prestigiosos de los miembros del tribu-

nal, cobraban un papel especialmente preponderante, por la posición de neutralidad en la que se encontraban, ya que ninguno de los candidatos era discípulo suyo.

El tribunal se constituyó el 30 de mayo de 1967 a las 12.30 horas en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, donde se desarrollarían, asimismo, los sucesivos ejercicios de la oposición.

3. Primer ejercicio

Con arreglo al art. 19 del Decreto de 25 de junio de 1931, el primer ejercicio consistía en la exposición de la labor personal del opositor durante un tiempo máximo de una hora, seguida de la discusión por parte de los opositores o por los integrantes del tribunal durante el tiempo que éste considerara oportuno.

Este primer ejercicio comenzó el día 19 de junio de 1967, a las 5 de la tarde, con la exposición por parte de Martín Zarzo de sus méritos científicos y académicos durante cuarenta y ocho minutos. A continuación, actuó Serra, que habló durante una hora. Al día siguiente, 20 de junio de 1967, actuaron Muñoz Rojas, con una intervención de una hora, y Gutiérrez Cabiedes, que efectuó una exposición de cincuenta y nueve minutos. No se formularon objeciones a ninguno de los opositores.

4. Segundo ejercicio

De acuerdo con el art. 20 del Decreto de 25 de junio de 1931, el segundo ejercicio consistía en una exposición oral sobre la memoria presentada por el opositor acerca del concepto, método, fuentes y programa de la disciplina, durante un tiempo máximo de una hora, seguida de la discusión, que debía realizarse en la forma prevista para el primer ejercicio. A estos efectos, el art. 13 del mismo Decreto disponía que en el

acto de la presentación los opositores tenían que entregar al tribunal los trabajos científicos que aportaran como méritos, así como una memoria o exposición escrita acerca del concepto, método, fuentes y programa de la disciplina.

Ese ejercicio fue realizado durante los días 21 (Martín Zarzo y Serra) y 22 (Muñoz Rojas y Gutiérrez Cabiedes) de junio de 1967.

Tampoco en este segundo ejercicio se formularon objeciones a los diversos opositores.

El tribunal acordó que podían pasar al siguiente ejercicio todos los opositores, pero con una diferencia importante: mientras que Serra, Muñoz Rojas y Gutiérrez de Cabiedes fueron admitidos por unanimidad, Martín Zarzo sólo lo fue por mayoría.

5. Tercer ejercicio

Según el art. 21 del Decreto de 25 de junio de 1931, el tercer ejercicio consistía en la exposición, durante una hora como máximo, de una lección escogida por el opositor de entre las de su programa. Era la llamada “lección magistral”, que el opositor había podido preparar libremente con anterioridad a la oposición.

Ese ejercicio tuvo lugar los días 23 (Martín Zarzo y Serra) y 24 (Muñoz Rojas y Gutiérrez de Cabiedes) de junio de 1967.

Martín Zarzo eligió la lección 65 de su programa, que incluía los siguientes apartados: “Arbitraje.– Concepto.– Naturaleza.– Problemas que plantea.– Trámites.– Recursos”. Disertó durante cuarenta y cuatro minutos.

Serra expuso la lección 40 de su programa: “Proceso de responsabilidad de la Ley de Suspensión de Pagos”. Inició su intervención a las cinco y media de la tarde, y agotó el tiempo máximo reglamentario de una hora.

Muñoz Rojas escogió la lección 41 de su programa, que llevaba por título “Recursos en el sistema procesal civil”. Habló durante una hora.

Gutiérrez de Cabiedes expuso la lección 15 de su programa: “Excepciones dilatorias.– Finalidad histórica y actual de dichas excepciones.– Naturaleza de las excepciones dilatorias en el Derecho vigente.– Excepciones dilatorias e institutos procesales conexos.– Correlación entre la acción y las excepciones dilatorias.– Definitividad de la resolución decisoria de las excepciones”. Su intervención duró una hora.

El mismo día 24 de junio de 1967, tras la actuación de Gutiérrez de Cabiedes, el tribunal acordó por unanimidad que podían pasar al siguiente ejercicio Serra, Muñoz Rojas y Gutiérrez de Cabiedes, mientras que Martín Zarzo sólo fue admitido por mayoría.

Martín Zarzo pidió la palabra para comunicar que renunciaba a seguir en la oposición debido a circunstancias de salud. En consecuencia, los tres siguientes ejercicios sólo fueron realizados por Serra, Muñoz Rojas y Gutiérrez de Cabiedes.

6. Cuarto ejercicio

Conforme al art. 22 del Decreto de 25 de junio de 1931, el cuarto ejercicio consistía en la exposición, durante una hora como máximo, de una lección elegida por el tribunal de entre diez sacadas a la suerte del programa presentado por el opositor. Para la preparación de esta lección, se debía incomunicar a los opositores durante un tiempo máximo de seis horas. El opositor podía preparar la lección con los libros, notas y materiales que solicitara.

El tribunal eligió para Serra la lección 19 de su programa (“Oposición a la demanda. Excepciones”), para Muñoz Rojas la lección 38 de su programa (“Procesos sobre el estado civil y condición de las personas”) y para Gutiérrez de Cabiedes la lección 90 de su programa (“La sentencia definitiva. El juicio de hecho. El juicio de Derecho. Límites del enjuiciamiento. Formación interna de la sentencia”).

Cada uno de los opositores dedicó una hora a exponer la lección asignada.

El tribunal acordó por unanimidad que los tres opositores podían pasar al siguiente ejercicio.

7. Quinto ejercicio

7.1. Desarrollo

Con arreglo al art. 23 del Decreto de 25 de junio de 1931, el quinto ejercicio debía ser de carácter práctico.

Como se ha indicado, el tribunal había acordado que el quinto ejercicio consistiría en la resolución por escrito, en un plazo de cuatro horas, de dos casos prácticos, pudiendo los opositores consultar textos legales y jurisprudenciales. Durante ese tiempo los opositores permanecieron incomunicados.

Los dos casos prácticos que tuvieron que resolver los opositores habían sido redactados por el presidente del tribunal, es decir, Guasp. El primero de esos dos casos era de Derecho Procesal Penal, mientras que el segundo era de Derecho Procesal Civil.

Los opositores redactaron y leyeron este quinto ejercicio el 27 de junio de 1967.

Serra redactó el quinto ejercicio y el sexto con máquina de escribir, mientras que los otros dos opositores lo hicieron de forma manuscrita. No sé si la utilización de la máquina de escribir obedecía a una directriz de escuela, porque lo cierto es que Jorge Carreras, condiscípulo de Serra (ambos eran discípulos de Miguel Fenech) también había redactado el quinto y el sexto ejercicios con máquina de escribir en las oposiciones que había realizado en 1957 (Archivo General de la Administración, caja 32/18352).

El tribunal acordó por unanimidad que podían pasar al siguiente ejercicio todos los opositores.

7.2. Supuesto correspondiente al primer caso práctico

En el tren de Madrid a La Coruña, la Sra. X, al volver a su cabina, después de cenar en el coche restaurant, ve que le ha desaparecido su maletín de alhajas. El tren está saliendo en ese momento de la estación de Ávila. Pasa por Arévalo cuando, formalizada la denuncia a la policía del tren, la firma. Al día siguiente encuentran el maletín vacío junto a la vía, a la salida de la estación de Medina del Campo.

Dos días después, capturan a dos sospechosos en Ciudad Rodrigo, y se recuperan algunas de las joyas robadas cuando un encubridor trata de venderlas en Gijón.

¿Qué Juez es competente para instruir el sumario?

7.3. Respuesta de Serra al primer caso práctico

Serra dedicó tres folios a la respuesta al primer caso práctico:

Plantea el supuesto un problema de determinación de la competencia territorial entre diversos Juzgados de Instrucción para determinar a cuál de ellos corresponde el derecho y el deber de entender del sumario instruido por los hechos narrados.

A nuestro entender, aplicando los criterios territoriales de competencia establecidos en los arts. 14 y 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, serán Juzgados competentes:

Primero. Los Juzgados de Medina del Campo y de Gijón, por hallarse comprendidos en el núm. 1 del art. 15 de la LECr, al haberse descubierto en su partido judicial pruebas materiales del delito: en Medina del Campo, el maletín; y en Gijón, las joyas.

Segundo. El Juzgado de Ciudad Rodrigo, como comprendido en el número 2º del art. 15 LECr, por haberse capturado en su partido a dos sospechosos.

Tercero. El Juzgado de Arévalo, lugar donde se tuvo noticia del delito, en virtud de la denuncia formulada por X.

Cuarto.— En principio, de los hechos narrados, no se desprenden elementos para suponer que el aparente delito tuviera alguna conexión con Ávila, por lo que este Juzgado no podrá ser en forma alguna competente, sin perjuicio de que de la investigación sumarial pueda desprenderse algún criterio de conexión, que sólo será eficaz respecto de los anteriores siempre que consistiera en el criterio principal de competencia: haberse cometido el supuesto delito en la ciudad de Ávila, con ocasión de hallarse el tren en el partido judicial correspondiente, o en algún criterio subsidiario preferente.

Estas posibles competencias deben sin embargo excluirse mutuamente, con arreglo al orden establecido en el art. 15, y de acuerdo con la siguiente prelación:

Primero. Tan pronto se formule la denuncia ante el Juez de Instrucción de Arévalo, éste instruirá el oportuno sumario si entiende que los hechos contenidos en la denuncia presentan caracteres de delito. La mera denuncia, desconociéndose el lugar de comisión del delito y las restantes circunstancias establecidas con carácter preferente para obtener una mayor inmediación con el hecho aparentemente delictivo, determina el nacimiento de su derecho y deber de instruir el sumario.

Segundo. Sin embargo, descubierto el maletín y las joyas en Medina del Campo y Gijón, respectivamente, uno de los Juzgados de Instrucción correspondientes puede adquirir competencia preferente para proseguir el sumario. Al respecto, debemos señalar:

- a) Que el mero descubrimiento del maletín no determina la competencia de ambos Juzgados; el maletín y las joyas en sí son indiferentes, mientras no sean puestos en relación con el hecho concreto de que está entendiendo el Juzgado de Arévalo. La competencia de éste proseguirá, y los actos realizados serán válidos y eficaces mientras no reciba la oportuna comunicación (art. 22 LECr) y exista conformidad del Juzgado de Arévalo en la competencia del Juzgado requirente, o en su caso decisión del Tribunal superior común, determinado de conformidad con las reglas establecidas en el art. 20 LECr.

- b) Que, en su consecuencia, es menester que se suscite la correspondiente cuestión de competencia, que podrá y deberá plantearse de oficio por cualquiera de ambos Jueces, en virtud de la improrogabilidad de la “jurisdicción criminal” (art. 8).
- c) La resolución de la competencia no excluye que el Juez que hasta dicho momento haya actuado lo haya efectuado con plena competencia, limitada no obstante temporalmente (art. 15 y 783 LECr).

Tercero. La determinación del Juzgado competente entre Medina del Campo y Gijón, afectados ambos por el mismo criterio de competencia, no puede resolverse con arreglo a las normas establecidas en el art. 15, que no prevé prelación dentro de un mismo grado.

En su virtud, deberá entenderse competente el que primero sostuviera su competencia, solución que puede derivarse del párrafo segundo del art. 15 LECr “ad absurdum”: “Si se suscitase competencia entre estos Jueces y Tribunales se decidirá dando la preferencia por el orden con que están indicados en los números que preceden”. En su virtud no existiendo regla para determinar la competencia entre ellos será competente el que primero conozca (argumento que podría además deducirse en su caso del núm. 2 del art. 18 LECr, pese a su inaplicación al presente caso por contemplar tan sólo la hipótesis de delitos conexos, y únicamente por su valor de solución de conflicto entre Tribunales colocados en idénticas condiciones).

Cuarto.— Inmediatamente que se descubra el lugar en que se comió el delito, como resultado de las diligencias sumariales, —debiendo advertir que en el presente caso el conocimiento del lugar deberá ser suficiente como para integrar un “principio de prueba”, sin que basten las meras sospechas—, “se remitirá el sumario al Juez cuya demarcación corresponda, poniendo a su disposición los detenidos y los efectos ocupados”.

Por último, señalaremos que la tramitación de la cuestión de competencia se efectúa de conformidad con lo establecido por el art.

22 LECr, de oficio por cualquiera de los Tribunales. Podrán en su caso promover y sostener cuestiones de competencia el Ministerio Fiscal –en cualquier estado de la causa–, y el acusador particular –antes de formular su primera petición después de personado en la causa–. (art. 19, 4º y 5º LEC). No podrá, en cambio, el procesado ni el actor ni el responsable civil –art. 19.6º– promover cuestión de competencia por el mero conocimiento que el procesado o la parte civil le comuniquen –incluso informalmente–, siempre que aparezca debidamente fundado en los elementos sumariales, para que “de oficio” se inicie la cuestión de competencia.

7.4. Supuesto correspondiente al segundo caso práctico

A., que se cree propietario de un cuadro muy valioso, que se halla en poder y posesión de B., ante la negativa de éste a devolverlo, desea reclamarlo judicialmente para conseguir su restitución. A. no duda de la identidad existente entre el cuadro que él va a reivindicar y el que detenta B., e incluso cuenta con un documento privado en el que B. admite la propiedad de A.; si bien A. no sabe si B. está dispuesto a reconocer este documento privado o no. Ante la posibilidad de que, durante la pendencia del juicio declarativo ordinario originado por la acción reivindicatoria de A., B., de quien A. sospecha que puede ocultar o malbaratar sus bienes, haga desaparecer o sustituir el cuadro, A., desea saber de qué modo podría proteger o asegurar la efectividad de la demanda.

Se pregunta:

- 1º) si existe alguna medida cautelar a la que A. pueda acudir en este caso y cuál sería ésta.
- 2º) en el supuesto de existir tal medida, determinar el régimen jurídico de la misma en su aplicación al caso presente.
- 3º) qué recursos cabrían, y con qué efectos, contra la concesión o la denegación de la medida cautelar solicitada.

7.5. Respuesta de Serra al segundo caso práctico

Serra dedicó cinco folios a responder al segundo caso práctico:

PRIMER PUNTO

Primero. De los hechos narrados parece como la más adecuada la medida cautelar que bajo la denominación de “depósito de mueble” contempla el apartado 2º del art. 499 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Concurren en efecto lo presupuestos exigidos por el art. 497, 2º; concurriendo asimismo los exigidos al embargo preventivo por el art. 1400, aplicable en virtud de la remisión expresa que efectúa el art. 499, 2º.

Según el art. 499, 2º LEC, “podrá decretarse a instancia del actor el depósito de la cosa mueble exhibida si concurrieren los presupuestos exigidos por el art. 1400 para que pueda decretarse el embargo preventivo”. La remisión de dicho artículo es doble: de una parte al art. 497, 2º, que señala los presupuestos que deben concurrir para la exhibición de la cosa mueble, y de otra al art. 1400, que establece los presupuestos precisos para la adopción de la medida cautelar genérica: el embargo preventivo.

- A) Concurren los presupuestos del art. 497, 2º, en cuanto la acción a ejercitar –la reivindicatoria– es una acción real; en cuanto se pretenda entablar la acción; y en cuanto la cosa se encuentra en poder del futuro demandado –B–.
- B) Concurren asimismo los dos presupuestos característicos de las medidas cautelares establecidos por el art. 1400 para el embargo preventivo:
 - a) “Fumus iuris”, derivado del documento privado suscrito por B, que se encuentra comprendido en el art. 1400 –con las debidas rectificaciones derivadas del objeto de la medida cautelar, pues el art. 1401 está contemplando el supuesto de una deuda y de una posible ejecución, supuestos ambos inaplicables al depósito–. No obstante, al no haber sido reconocido el documento se exigirá fianza (art. 1402 LEC).
 - b) “Periculum in mora”, párrafo segundo del art. 1400: “...ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores).

Segundo. El depósito judicial, regulado en forma asistemática en dicho artículo, se encuentra asimismo recogido bajo el nombre de

secuestro en los arts. 1785 a 1789 del Código civil. Según el art. 1785 Cc “el depósito judicial tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos”, “puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles” (art. 1786), siendo verdaderamente interesante la referencia al secuestro de bienes inmuebles que plantea interesantes problemas que se apartan del caso planteado, y “se regirá por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (art. 1789 Cc).

Tercero. Problema interesante es la posible aplicación al supuesto narrado del art. 1428 LEC, que contempla las medidas cautelares específicas, respecto de las obligaciones de hacer o de no hacer, o la de entregar cosas específicas.

Existen varias distinciones prácticas entre este supuesto y el del art. 499, 2º, de las que destacaremos las que revisten interés para el supuesto concreto planteado:

- a) El art. 499, 2º puede ser aplicado antes de la presentación de la demanda; el art. 1428 requiere que la demanda se presente o haya sido presentada.
- b) El art. 499, 2º hace referencia a cualquier documento, incluso privado no reconocido por el deudor; el art. 1428 se refiere únicamente a los documentos comprendidos en el art. 1420, tres primeros números, de los que será aplicable el número 2º al presente caso, previo reconocimiento bajo juramento al Juez competente.

Deríbase de ahí que, aun cuando el art. 1428 pudiera también entenderse aplicable, la mayor economía procesal nos obliga a inclinarnos por el supuesto del depósito judicial contemplado en el art. 499, 2º, solución a la que se llega también habida cuenta el carácter genérico del art. 1428, frente al específico del art. 499, 2º.

SEGUNDO PUNTO:

Contemplando concretamente el supuesto del art. 499, 2º, el régimen jurídico de la medida cautelar puede condensarse en los siguientes puntos:

- a) La solicitud se presentará mediante escrito, respecto del cual será facultativa la intervención de Procurador –art. 4, 6– pero necesaria la firma de Abogado, al no hallarse exceptuado en el art. 10.
- b) Al escrito solicitando la medida cautelar deberá efectuarse expresa manifestación de la carencia de bienes, de las sospechas de ocultación o malbaratación de bienes, acompañando asimismo el documento privado del que consta la propiedad. Dados los términos del art. 499, 2º no encontramos obstáculo para que el documento pueda aportarse con posterioridad al acto de exhibición de la cosa mueble, –finalidad primaria del art. 497, 2–, pero siempre en el momento en que se efectúe la solicitud.
- c) Deberá efectuarse la solicitud ante el Juzgado que será competente para entender de la demanda principal, por haber entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en otro caso existe sumisión tácita por la parte demandante, que viene obligada a formalizar la demanda ante el Juzgado elegido para el depósito judicial o secuestro, con el posible riesgo de que la parte demandada plantee cuestión de competencia. El problema de competencia deberá ser tenido en cuenta por el demandante.
- d) El Juzgado acordará la medida cautelar sin audiencia de la parte demandada.
- e) La forma de llevar a cabo el depósito plantea interesantes problemas prácticos, habida cuenta el contenido del art. 501, tanto al contemplar el supuesto de negativa de la parte demandada a la práctica de la diligencia preliminar, cuanto a los efectos de la oposición de la parte demandada:
 - a’) En principio parece que la negativa del demandado a la entrega de la cosa lleve aparejada tan sólo la indemnización de daños y perjuicios en el correspondiente proceso ordinario, con lo cual no sólo se frustra la rápida adopción de la medida cautelar, sino que además el precepto quedaría despojado de contenido, pues los perjuicios o se

confundirían con el valor de la cosa –de ser la sentencia estimatoria de la demanda–, o no existirían –de ser la sentencia principal absolutoria–. Ello nos fuerza a concluir que el precepto es inaplicable al supuesto de depósito de la cosa mueble, máxime habida cuenta que la Ley se refiere tan sólo a la “exhibición”.

- b) Por la misma razón no podemos admitir una oposición del demandado que debería sustanciarse por los trámites de los incidentes, y cuyo contenido no aparece claro, habida cuenta que la negativa lleva aparejada tan sólo la indemnización de daños y perjuicios.

A nuestro entender el procedimiento a seguir para la aprehensión de la cosa mueble deberá consistir en la personación de la Autoridad Judicial en el lugar en que se encuentre la cosa y a su aprehensión, poniéndola en poder del depositario que se nombre al respecto. El régimen jurídico del depósito está expresamente regulado en los arts. 1787 y 1788 Cc, particularmente del último, que se refiere al “standard” jurídico del buen padre de familia.

- f) La demanda deberá presentarse en el término de 30 días, pues en caso contrario quedará el depósito sin efecto. Creemos inaplicable la reducción del plazo prevista en el art. 1415 LEC respecto del embargo –10 días si el dueño de los bienes embargados lo pidiere–, habida cuenta la disparidad de plazo entre uno y otro supuesto –20 días respecto del embargo, y 30 días para el secuestro–.
- g) Entendemos en cambio aplicable el art. 1402 en cuanto hace referencia a la exigencia de fianza, no sólo por la conexión de este artículo con los arts. 1400 y 140, sino principalmente por ser la fianza inherente al régimen de las medidas cautelares, en las que no se protege el derecho, sino la apariencia cualificada del derecho; siendo ésta, además, la norma general en nuestro derecho –salvo el anómalo supuesto de aseguramiento de bienes litigiosos respecto del que no se exige fianza–.

- h) La medida cautelar quedará sin efecto tan pronto se dicte la resolución definitiva, sea cual fuere el contenido de ésta. No obstante, de ser la resolución condenatoria, estimando la acción reivindicatoria, siendo la sentencia firme, deberá entregarse la cosa al vendedor.

TERCER PUNTO:

El art. 497 “in fine” prevé tan sólo la hipótesis de la providencia –el término legal es incorrecto, en cuanto la medida debería adoptarse mediante “Auto” (art. 369 LEC)– denegando la pretensión, respecto de la cual se prevé la apelación en ambos efectos.

Respecto de la resolución acordando la medida cautelar, el régimen de impugnaciones podría seguir cualquiera de los siguientes cauces:

- a) Oposición por el trámite incidental, por negarse B a la exhibición de la cosa. Hipótesis excluida anteriormente.
- b) Oposición al secuestro que se tramitaría en la forma legalmente prevista para el embargo preventivo. Entendemos que sólo son aplicables los preceptos de la regulación del embargo preventivo que guarden alguna relación con el particular o con el art. 1400, al que se remite la Ley. Tratándose de la oposición del embargo preventivo de una facultad peculiar de dicho procedimiento, no puede extenderse por analogía.
- c) Aplicar el régimen normal de recursos, en cuyo caso procedería el recurso de reposición en el término de cinco días y el de apelación en tres días (arts. 377 y 380), recurso de apelación que en principio se admitiría en un solo efecto (art. 383), siendo discutible si cabe alegar perjuicio irreparable a los efectos de solicitar apelación en ambos efectos prestando fianza (art. 385). A nuestro entender, ante el silencio del Derecho positivo hay que optar por la solución positiva, aun estimando que la solución negativa –aplicable, por ejemplo, a la ejecución de sentencias (art. 949)– sería más adecuada al caso concreto.

De las tres posibles soluciones debemos optar por la tercera –recurso de reposición y posterior de apelación– no sólo por ser la normal, sino por ser la que mejor se adapta a la especialidad del caso.

Por último, tanto en uno como en otro supuesto, la sentencia que se dicte carece del carácter de definitiva a los efectos de formular recurso de casación ante el Tribunal Supremo, habida cuenta el carácter cautelar de la resolución, cuya eficacia es meramente temporal y que quedará sin efecto una vez pronunciada sentencia en el proceso principal, respecto del cual está subordinado. Así lo ha entendido también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo citarse al respecto el Auto de 5 de octubre de 1898.

(Firma de Manuel Serra Domínguez)

Diligencia

D. Jorge Carreras Llansana, Secretario del Tribunal, certifico que el opositor D. Manuel Serra Domínguez redactó y leyó en el quinto ejercicio tres pliegos –escritos a máquina– que se unen al acta autorizados con su firma.

Madrid, 27 junio de 1967

(firma de Jorge Carreras Llansana)

8. Sexto ejercicio

De acuerdo con el art. 23 del Decreto de 25 de junio de 1931, el sexto ejercicio debía ser de carácter teórico.

Como se ha indicado, el tribunal, inmediatamente después de su constitución, había acordado que el sexto ejercicio consistiría en la exposición por escrito, en un plazo de seis horas, de un tema sacado a la suerte de un cuestionario de veinticinco temas. Durante esas seis horas los opositores quedarían incomunicados, y no podrían utilizar textos para redactar el ejercicio.

El cuestionario estaba integrado por los siguientes temas:

1. Efectos del embargo de bienes
2. El rigor formal de la casación civil
3. Orientaciones actuales en materia de derecho probatorio
4. La sumariedad procesal
5. El sistema de la ejecución forzosa en el proceso civil
6. El objeto del proceso penal
7. Función procesal de la compensación
8. Situación de los extranjeros en el proceso civil
9. Efectos jurídico-privados de la litispendencia
10. La excepción de litisconsorcio: análisis y crítica de la doctrina del Tribunal Supremo
11. Diferencias fundamentales entre la casación civil y la penal en nuestro Derecho positivo
12. El llamado recurso de nulidad de actuaciones
13. Los diversos recursos llamados de revisión en nuestro Derecho
14. La impugnación por la Administración de sus propios actos
15. Peculiaridades del proceso militar
16. Problemas jurídicos de la práctica de la prueba pericial
17. Tratamiento procesal de la jurisdicción y de la competencia en el proceso civil
18. Recurso de casación en interés de la Ley
19. Proceso civil de incapacitación
20. Presupuestos del ejercicio de la acción de retracto
21. Concurso de derechos y acumulación objetiva de acciones
22. Proceso civil de usura

23. Medidas cautelares en el proceso civil
24. El sobreseimiento
25. La prejudicialidad penal en el proceso civil

El 30 de junio de 1967 se efectuó el sorteo del tema, y salió el número 20: “Presupuestos del ejercicio de la acción de retracto”.

Los opositores leyeron sus respectivos ejercicios el mismo 30 de junio de 1967, a partir de las cinco y media de la tarde.

El ejercicio redactado por Serra ocupa algo más de diecinueve páginas mecanografiadas en tamaño folio.

Posteriormente, el profesor Serra reelaboró y publicó el contenido del sexto ejercicio, que se incluye en el tomo IV de estas obras.

9. Valoración de los trabajos presentados por los opositores

Serra presentó treinta y cinco trabajos de muy distinta extensión. Era un número superior a la suma de todos los trabajos aportados por todos los restantes opositores.

9.1. Informe de Jaime Guasp

A) José Luis Martín Zarzo

1. Problemas procesales en la aplicación del derecho extranjero

Esta tesis doctoral, de 1962, aborda un tema de derecho internacional privado y de derecho procesal. Es interesante la distribución de los temas con arreglo a un criterio procesal e incluso de puro procedimiento: primera instancia, segunda instancia, casación, revisión. Merece un juicio favorable, aunque la materia está ya muy trabajada, precisamente por el enfoque

procesal de la cuestión. Una parte pequeña de este trabajo ha sido publicada en Salamanca y presentada también, independientemente, por el opositor.

2. Comentarios a la nueva Ley Procesal Laboral

Se trata de una lección inaugural del curso 1959-60 en la Escuela Social y contiene un análisis muy sucinto de las novedades del texto refundido del procedimiento laboral promulgado en aquella fecha. Valor estrictamente informativo, justificado por la actualidad de entonces, sin mayor empeño.

3. Notas sobre el art. 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Es un breve artículo publicado en la Revista de Derecho Procesal acerca de la caución de arraigo en juicio, aceptable aunque de escaso desarrollo.

4. Notas en torno a la jurisdicción voluntaria

Un breve artículo publicado en la revista Técnica Social y Económica, en 1966. Su esquematismo le priva de auténtico valor científico.

5. Varias reseñas en la Revista de Derecho Procesal, sobre obras de Gordillo, Delfino, Álvarez-Gendín y Normand. Discreta referencia al significado y contenido básico de las obras reseñadas.

6. La intervención principal

Trabajo de firma sobre un tema interesante que mejora las anteriores aportaciones del autor excepto la del trabajo mencionado en primer lugar. Se resumen elementalmente los principales problemas de la institución. Conocimiento somero pero no del todo desacertado de la problemática de la intervención principal.

B) Manuel Serra Domínguez

1. Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos

Monografía publicada en 1963 y que corresponde a la tesis doctoral del opositor. Es un valioso estudio respecto a la presunción en general, con una construcción densa y original en la que el autor maneja, con un criterio personal y muchas veces profundo, las figuras de presunción que recoge la doctrina científica y el derecho positivo. También es valiosa, en este estudio, la aplicación de los criterios generales al contenido del Código Civil, científicamente escudriñado para revelar la existencia y significación de las normas de presunción que en él aparecen. Menor valor científico, aunque puede tenerlo práctico, es la parte que se dedica a las normas de presunción en la Ley de Arrendamientos Urbanos, explicada verbalmente por el opositor como una exigencia editorial para la publicación de su libro.

2. Inhibitoria

Artículo publicado en la Revista Jurídica de Cataluña. Un buen estudio de conjunto sobre esta institución, tan característica del derecho procesal civil español. El autor demuestra conocer tanto la teoría general como la práctica sobre la materia. Especialmente revelador, en unión de algunos otros, de la doble vertiente de la formación de este opositor.

3. Contribución al estudio de la prueba

Otro artículo publicado en la misma Revista Jurídica de Cataluña. Menos logrado que el anterior, probablemente por la dificultad de exponer en un simple artículo de revista los temas generales de la prueba. Las conclusiones son muy personales y, en opinión del autor de esta crítica, no del todo compartibles.

4. Incongruencia civil y penal

Artículo publicado en la Revista de Derecho Procesal. Meritorio trabajo sobre el tema, decisivo para la explicación del derecho procesal, de la incongruencia. Se revela el conocimiento del problema y el esfuerzo de la adaptación del mismo a su difícil planteamiento en el derecho procesal penal. Igualmente merece un juicio francamente positivo.

5. Violación de ley y de doctrina legal
Otro artículo publicado en la Revista de Derecho Procesal. Oportuna crítica del excesivo rigor formal del recurso de casación, tal como lo viene exigiendo desde hace algunos años la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
6. Imposición de costas en segunda instancia
Igualmente un trabajo en Revista de Derecho Procesal. También una aportación inspirada en las preocupaciones prácticas del opositor.
7. Emplazamiento de los cómplices en el expediente de calificación de quiebra
Trabajo publicado en la Revista de Derecho Procesal. Dentro de su brevedad señala críticamente una cuestión muy concreta respecto al problema a que se refiere el enunciado.
8. Este opositor ha presentado también una serie de artículos publicados por él, o pendientes de publicación, en la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Enunciados en un orden alfabético se trata de las siguientes aportaciones: Impulso procesal; Impugnación de honorarios; Imputados; Incompetencia de jurisdicción; Incomunicación de detenidos; Indagatorias; Indicios; Ineficacia de los actos procesales; Inembargabilidad de bienes; Información para dispensa de ley; Informaciones para perpetua memoria; Información suplementaria; Informes; Injurias (procedimiento penal); Insaculación; Insolvencia de los responsables; Inspección de Tribunales y Juzgados; Instrucción; Interpelación judicial; Interpretación de las normas procesales; Intérpretes jurados; Interrogatorio de preguntas; Interrogatorio de repreguntas; Intervención judicial; Interventores judiciales; Intervención procesal e Irregularidad de los actos procesales. Cada uno de estos trabajos responde, muy adecuada y dignamente, al propósito a que su autor los destina, que es el de figurar en una colección enciclopédica de voces jurídicas; y en este sentido todos tienen un indiscutible valor. Dentro

de esta calificación algunos de ellos merecen, sin embargo, por el mayor trabajo que en ellos se ha realizado y los mejores resultados científicos logrados, una mención más especial: se trata, en nuestra opinión, de los artículos referentes a la Intervención judicial y a la Intervención procesal y en un plano menor pero también destacable de los dedicados a la Incompetencia de jurisdicción, los Indicios, y el Interrogatorio de preguntas y repreguntas.

9. Intervención del vendedor en el proceso de evicción

Trabajo de firma presentado por el opositor. Muy completo y documentado, no se limita a vagas consideraciones generales, sino que aborda el tema en sus líneas básicas y en sus cuestiones de detalle. Revela la preparación de este candidato para el manejo científico y técnico de los temas de la disciplina.

C) Tomás Muñoz Rojas

1. El allanamiento a la pretensión del demandante

Importante monografía, prácticamente única en nuestra doctrina, sobre un tema de tanta significación. El autor ha cuidado especialmente la cuestión de la construcción del allanamiento y otras figuras afines, y la de los efectos vinculantes o no vinculantes del allanamiento para el Juez. Estudio importante de cita obligada en cualquier elaboración sobre el tema.

2. El imputado en el proceso penal

Significación análoga, aunque quizá de no tan alto valor como la del anterior, tiene esta monografía. El conocimiento científico de la materia se revela como muy completo por parte del opositor. Merece, pues, igualmente un juicio positivo.

3. La caducidad de la instancia judicial

Otra monografía también de considerable valor presentada por este opositor. Las cuestiones fundamentales en torno a la caduci-

dad de la instancia se manejan aquí con gran precisión científica y técnica y un conocimiento virtualmente completo de las aportaciones nacional y extranjera sobre la materia.

4. Parte y justa parte en el proceso civil

Artículo publicado en la Revista de Derecho Judicial. Amplia construcción, discutible en muchos de sus temas, pero que revela el esfuerzo constructivo de este opositor.

5. El interés en los procesos civiles

Artículo publicado en la Revista Temis. Igualmente se estudia el tema con suficiente profundidad aunque sean discutibles las conclusiones desarrolladas por el autor.

6. La sentencia penal

Artículo publicado en la Revista Jurídica Temis. Amplio, bien construido y documentado. Es un valioso artículo de revista e incluso desborda los límites de calidad media de este tipo de trabajos.

7. Las cuestiones previas en el proceso penal

Artículo publicado en la Revista de Derecho Procesal. Estudio de los artículos de previo pronunciamiento sobre todo. Aceptable, aunque en opinión del crítico menos importante que los anteriores.

8. Acerca de las condiciones de la pena y del proceso penal

Artículo publicado en la Revista de Derecho Procesal y que merece asimismo un juicio plenamente favorable.

9. Estudio sobre la revisión penal

Es el trabajo de firma, muy completo y acertado, presentado por el opositor. Dada la escasez de nuestra bibliografía en la materia y lo extenso y profundo de la labor llevada a cabo a este respecto, el juicio crítico sobre este trabajo ha de ser altamente favorable.

D) Eduardo Gutiérrez de Cabiedes

1. La enajenación forzosa

Es la tesis doctoral, publicada en forma de libro, del opositor. Muy buena aportación, prácticamente única en nuestra bibliografía al tema de la enajenación forzosa. El autor conoce, desde luego, la problemática fundamental y de detalle de la institución, así como de las importantes materias con ella relacionadas. Documentada y original, la obra revela ser un trabajo muy meritorio de persona capacitada para el cultivo de la investigación.

2. El principio “pro reo” en el derecho y el proceso penal

Artículo publicado en la Revista de Derecho Procesal. Fino y original, dentro de las líneas conocidas del tema, es un excelente trabajo que comprueba la calidad intelectual de su autor.

3. La enseñanza práctica del derecho

Publicado en la Revista Nuestro Tiempo. Consideraciones, no especialmente valiosas, respecto al tema.

4. Varias reseñas en la Revista de Derecho Procesal a obras de Jareño, Calamandrei y Carnacini que cumplen adecuadamente su función informativa.

5. Problemas en torno a la conciliación

Es el trabajo de firma del opositor, que aborda algunas cuestiones particulares del régimen jurídico de la conciliación. Nos parece de menor calidad científica que las publicaciones mencionadas en los dos primeros lugares.

Madrid, 19 de junio de 1967

Firmado: Jaime Guasp Delgado

9.2. Informe de Emilio Gómez Orbaneja

A) José Luis Martín Zarzo

Son en total seis.

La tesis doctoral de 1962 trata de “Problemas procesales en la aplicación del derecho extranjero”. Es más bien derecho internacional privado, pero especialmente abierta al campo procesal.

Otro trabajo trata de una exposición muy breve y elemental de la nueva Ley Procesal Laboral, sin ninguna ambición científica.

Aparte de ello, dos breves artículos. Uno, sobre el artículo 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y otro sobre el concepto de jurisdicción voluntaria, de escaso valor, y varias reseñas publicadas en la Revista de Derecho Procesal.

El trabajo de firma es sobre la intervención principal, ni añade nada, ni tampoco desarrolla por completo el tema.

B) Manuel Serra Domínguez

Es muy considerable la labor presentada por el Sr. Serra Domínguez. Contando los numerosos artículos de su colaboración en la nueva Enciclopedia Jurídica, los trabajos presentados llegan a 35.

El más importante es el libro sobre las presunciones (cuyos últimos capítulos del tema con relación a la Ley de Arrendamientos Urbanos se justifican únicamente por razones editoriales), es una monografía muy copiosa e importante; con utilización de mucha bibliografía. Esta es una de las características de todos los trabajos del opositor: sus muchas lecturas sobre los temas que aborda.

Este libro sobre las presunciones se ha basado bien en la conocida monografía de Rosenberg. Tiene un gran valor científico más que práctico.

Tres otras monografías están dedicadas a la Inhibitoria, al estudio de la prueba, y a la incongruencia civil y penal. Salvo el primero, abor-

dan, pues, temas “centrales” y demuestran una indudable agilidad para el tratamiento de estos temas.

Los numerosos artículos del opositor, con que ha colaborado en el tomo “I” de la Nueva Enciclopedia Jurídica son todos de corte muy semejante. Responden a lo que se proponen, y con gran altura y dignidad científica abordan los respectivos temas con un propósito práctico.

C) Tomás Muñoz Rojas

Los tres primeros, tres monografías publicadas hace unos años sobre el allanamiento, la caducidad de la instancia, y el imputado en el proceso penal. Todas dan la misma nota de seriedad, tratamiento profundo del tema y gusto por los problemas fundamentales.

Los trabajos más recientes, también publicados, que presenta el opositor, sobre parte y justa parte en el proceso civil, el interés en los procesos civiles, y la sentencia penal, son de gran interés y valor científico y responden a esas mismas características señaladas.

Un estudio del proceso que trata de estos temas penales halla sin más la profundidad de sus planeamientos. Concretamente estos trabajos lo corroboran y denotan idéntico interés por el proceso penal que por el proceso civil.

Dentro del campo del proceso penal, el trabajo de firma sobre la revisión es muy importante y representa un gran progreso en las concepciones del opositor.

D) Eduardo Gutiérrez de Cabiedes

No presenta nada más que tres estudios monográficos, un artículo general sobre la enseñanza práctica del derecho (de no mucho valor), y varias reseñas.

De aquéllos, la tesis doctoral sobre enajenación forzosa aborda el tema, poco tratado entre nosotros, con gran capacidad.

El segundo estudio sobre el principio “pro reo”. Contiene este tema central atisbos muy originales que en seguida dejan ver el talento e ingenio del autor.

El trabajo de firma es sobre la conciliación. Es menos importante que las dos otras publicaciones reseñadas.

Madrid, 19 de junio de 1967

Firmado: Emilio Gómez Orbaneja

9.3. Informe de Miguel Fenech

A) José Luis Martín Zarzo

1. Comentarios a la nueva Ley procesal

Conferencia pronunciada por el opositor que se resiente de las características propias de toda conferencia. El análisis peca de excesivamente detallista, sin penetrar en los principios que informan la nueva Ley laboral. La crítica es superficial, como p. ej. ocurre en su pretensión de cambio de títulos para sustituirlos por otros de marcado carácter doctrinal.

2. Problemas procesales en aplicación del Derecho extranjero

Tesis doctoral del opositor. Tras una primera parte dedicada al examen de problemas generales sin relación alguna con el contenido de la tesis, el autor efectúa un somero análisis de las modificaciones que en el desarrollo normal del proceso presenta la aplicación por el Juez del derecho extranjero, con errores de apreciación del autor, que afectan sobre todo al régimen de recursos. Así, su conclusión de que el derecho extranjero pueda ser probado en segunda instancia al amparo del núm. 4º del art. 862 (Hechos nuevos); su admisión de que la existencia y vigencia del derecho extranjero pueda ser denunciada en casación al amparo del núm. 1 del art. 852; y la discusión en torno a la aplicación del recurso de revisión del art. 1.796, 2º (documentos falsos) totalmente desenfocada.

3. Notas del art. 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil
Trabajo puramente descriptivo en el que se pasan revista a las fuentes históricas y a las diversas opiniones en torno a su mantenimiento o supresión, siendo particularmente sensible la ausencia del examen sobre el concreto desarrollo jurisprudencial de la excepción de arraigo en juicio, lo que podría explicarse, pero no justificarse, por la brevedad con que el tema es tratado.
 4. Notas en torno a la jurisdicción voluntaria
Breve estudio de mera divulgación, sin pretender penetrar en la esencia de la institución, con referencia principalmente a las tesis administrativistas, y notorio olvido de las procesales.
 5. Intervención principal
Trabajo de firma aportado a esta oposición, en el que el autor, siguiendo la orientación de Fairén, postula la necesidad de regular la intervención principal.
- B) Manuel Serra Domínguez**
1. Contribución al estudio de la prueba
Publicado en la “Revista Jurídica de Cataluña”, Marzo-Abril de 1962. Interesante artículo en el que se resumen las ideas sistemáticas del autor respecto de la prueba procesal. Supone un intento logrado de reestructurar todas las instituciones probatorias, partiendo de una teoría general de la prueba. El trabajo pese a su brevedad es sumamente sugestivo, particularmente en cuanto parte de un concepto general de prueba fácilmente admisible, y en cuanto llega a conclusiones que –como la analogía entre presunciones y prueba pericial– facilitan la comprensión y encuadre de ambas figuras dentro de la panorámica probatoria.
 2. Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos

Monografía publicada en Barcelona, en 1963, que recogía, aumentados con la referida a la Ley de Arrendamientos Urbanos, las conclusiones de la tesis doctoral del opositor: “Normas de presunción en el Código Civil”.

El método de trabajo adoptado es similar al artículo anterior: se busca el sentido vulgar de la presunción y se indaga sobre su adaptación a la presunción jurídica. El autor responde negativamente, realizando un atractivo estudio histórico sobre la evolución de la presunción, que le permite definirla y situarla dentro del marco general de la prueba.

Sumamente originales son la afirmación de la común naturaleza entre las presunciones legales y las judiciales; la negativa a estudiar las presunciones dentro del limitado marco de la carga de la prueba; y la división del estudio en una parte estática –en la que se analizan los diversos ejemplos de presunción existentes en nuestro Código Civil– y una dinámica de la presunción legal que contempla las sucesivas fases de la formación de ésta.

Un amplio conocimiento del Derecho positivo nos lo revela el autor al pasar revista a los diversos artículos del Código Civil en los que se emplea el término “presunción”, señalando cuales deben ser reputados verdaderas presunciones, y cuales por el contrario constituyen tan sólo “verdades interinas” o presunciones aparentes; así como en el sugestivo análisis del desenvolvimiento de la presunción en el curso del proceso.

La obra llena un importante vacío doctrinal y favorece una aplicación técnica de la presunción en cualquier posible reforma de nuestras Leyes.

3. Violación, interpretación errónea y aplicación indebida de Ley y doctrina legal.

Revista del Derecho Procesal”, Julio-Septiembre de 1964. Crítica del acentuado formalismo reciente del Tribunal Supremo, desple-

gada con un profundo conocimiento de las fuentes y de la técnica del recurso de casación.

4. Emplazamiento de los cómplices en el proceso de calificación de la quiebra

Publicado en la propia Revista, analiza un problema concreto planteado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, criticándola en cuanto no estima necesaria el emplazamiento del cómplice.

5. Imposición de costas en segunda instancia

Publicado en la propia Revista, su autor aprovecha la oportunidad para criticar la anarquía legislativa en materia de costas, y señalar sucintamente el estado actual de nuestra legislación en orden a las costas de segunda instancia.

6. Inhibitoria

“Revista Jurídica de Cataluña”, Septiembre-Diciembre de 1964. Artículo sumamente interesante, dedicado a ilustrar, los problemas prácticos planteados por la regulación actual de las cuestiones de competencia que el autor critica duramente. Particular interés ofrece la singular interpretación del art. 115 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7. Incongruencia civil y penal

“Revista de Derecho Procesal”, Enero-Marzo, 1965. Supera los límites de un artículo para constituir una monografía resumida, pese a su extensión, sobre los diversos problemas teóricos, prácticos y jurisprudenciales de la sentencia contemplada en función de las pretensiones de las partes. Del completo análisis efectuado debemos destacar principalmente el sugestivo estudio que efectúa de la congruencia en los supuestos de acumulación, principal o subsidiaria, objetiva o subjetiva, de acciones; su extensión de la congruencia al proceso penal, al no venir exclusivamente fundamentada por el principio dispositivo; y su esquema sobre los límites de la incongruencia en el proceso penal.

8. Impugnación de honorarios
“Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, Tomo XII, Barcelona, 1965. Estudio completo de los diversos medios de exigencia de honorarios profesionales, tanto a través del procedimiento ordinario, cuanto del de cuenta jurada, cuanto en la tasación de costas. El estudio se extiende a la impugnación de costas en los procesos laboral, militar y contencioso-administrativo.
9. Impulso procesal
“Nueva Enciclopedia” citada. Exposición de los diversos sistemas utilizados en nuestro procedimiento para el desarrollo de los diversos actos procesales, distinguiendo la impulsión de parte de la impulsión oficial, y destacando su dosificación en los procesos civil y criminal. Interesantes consideraciones críticas sobre las fuentes de dilaciones en ambos procesos constituyen la parte más sugestiva del trabajo.
10. Imputado
“Nueva Enciclopedia” citada. Destacan en este completo estudio, las afirmaciones relativas a la legitimación procesal del imputado, a la posibilidad de suplantación de su persona, a la negativa del litisconsorcio pasivo necesario penal, y muy especialmente su breve reseña sobre la autodefensa del imputado, propugnada: por el autor con vistas a una progresiva humanización del proceso.
11. Incompetencia de jurisdicción
“Nueva Enciclopedia” citada. Tras denunciar lo inadecuado del término, el autor examina las diversas acepciones de la expresión “incompetencia de jurisdicción” en nuestros procesos civil y penal, con consideraciones muy adecuadas sobre cada una de ellas.
12. Incomunicación de detenidos
“Nueva Enciclopedia” citada. Ajustada exposición de los preceptos legales y del régimen jurídico de la incomunicación, criticando algunos aspectos de la misma particularmente la no suspensión del plazo para recurrir.

13. Indagatoria

“Nueva Enciclopedia” citada. En realidad el tema tratado con gran amplitud y adaptación al derecho positivo español es el relativo a la declaración del imputado, que considera verdadero y específico medio de prueba y no simple medio de defensa, habida cuenta que de los diversos sujetos procesales el imputado es el único que sabe si los hechos se han o no producido.

14. Indicios

“Nueva Enciclopedia” citada. Aplicación al proceso penal de las conclusiones obtenidas en el ámbito civil con la obra “Normas de presunción” antes reseñada. Particular interés ofrecen la exposición de la evolución en el tiempo de la llamada prueba de indicios, la fundamentación de su utilidad, y la demostración práctica del mayor valor asignado a la pluralidad de indicios.

15. Ineficacia de los actos procesales

“Nueva Enciclopedia” citada. Análisis de las diversas causas de no producción de efectos de los actos procesales, distinguiendo la inexistencia, de la nulidad absoluta, de la nulidad relativa y de la anulabilidad. Interés especial merece el último apartado dedicado al estudio de las formas de denunciar la ineficacia.

16. Inembargabilidad de bienes

“Nueva Enciclopedia” citada. Completo estudio de las normas positivas que regulan los supuestos de inembargabilidad total o parcial de determinados bienes, distinguiendo los bienes no patrimoniales, de los no enajenables, y de los inembargables *stricto sensu*. Destaca la sistemática y rigor del estudio, así como el fácil manejo de los textos legales.

17. Información suplementaria

“Nueva Enciclopedia”, citada. Exposición detallada de los diversos problemas relacionados con esta causa de suspensión del juicio oral, completando la concreta regulación positiva y jurisprudencia

dencial con los presupuestos y procedimiento de la información que el autor deduce de los principios reguladores del proceso penal.

18. Información para dispensa de ley

“Nueva Enciclopedia”, citada. Estudio positivo, jurisprudencial y crítico de este expediente de jurisdicción voluntaria que el autor entiende carentes de sustantividad práctica y limitado en la actualidad al expediente de legitimación por concesión real.

19. Informaciones para perpetua memoria

“Nueva Enciclopedia”, citada. Pone de relieve el autor hasta qué punto este expediente carece de interés en la actualidad, habida cuenta la mayor facilidad con que se pueden practicar actualmente las actas de notoriedad y de presencia ante el Notario, advirtiendo la inconsecuencia legal de que, en ciertos casos, el resultado de la información deba protocolizarse no en los registros de la Secretaría, sino en la Notaría correspondiente.

20. Informe

“Nueva Enciclopedia Seix”, citada. Estudio de las características generales del informe –orden expositivo, brevedad, lenguaje y respeto–, y de su regulación, positiva tanto en el proceso civil cuanto en el acto del juicio oral, desarrollado con la misma concisión, brevedad y altura que el autor predica del objeto de su estudio.

21. Procedimiento penal de injurias

Análisis sistemático de los diversos procedimientos por los que pueden tramitarse los procesos por injurias, advirtiendo acertadamente que más que de diversos procedimientos constituyen especialidades procedimentales para adaptar las normas procesales a los caracteres del delito, evitando de una parte la publicidad que la larga duración del proceso originaría, y de otra aprovechando la circunstancia de que uno de los objetivos del sumario, la determinación del delincuente presunto, esté ya despejada. Gran

interés revisten los problemas relativos a la necesaria formulación de querrela como presupuesto privado de publicidad; a la significación y desarrollo del acto de conciliación previo y efectos de su omisión; a los documentos que deben acompañarse a la querrela; y a los recursos contra el auto de procesamiento; problemas todos resueltos en vigoroso estilo por el autor.

22. Insaculación

“Nueva Enciclopedia Jurídica”, citada. Breve, pero completo análisis histórico y doctrinal del fundamento y desarrollo positivo de la insaculación de peritos.

23. Insolvencia del responsable

“Nueva Enciclopedia Jurídica”, citada. Exhaustivo análisis de las consecuencias procesales y materiales de la insolvencia del demandado, ejecutado o responsable civil, en los procesos de declaración y ejecución civiles, y en el proceso penal. Gran interés reviste la alusión a la insolvencia, provisional o definitiva, como presupuesto del expediente de suspensión de pagos.

24. Inspección de Tribunales y Juzgados.

“Nueva Enciclopedia Jurídica”, citada. Exposición crítica del funcionamiento actual de la inspección de los órganos jurisdiccionales, distinguiendo la inspección concreta y ocasional efectuada por el superior jerárquico y el Ministerio Fiscal, de la inspección general y funcional encomendada a un órgano administrativo especializado. Tras una curiosa referencia a los precedentes históricos de la institución, se analizan los diversos órganos que en la esfera civil y penal, de una parte, y laboral de otra, tienen encomendada la función inspectora, señalando sus funciones y las normas por las que se regula su ejercicio.

25. Instrucción

“Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, Tomo XIII, Barcelona, 1967. Estudio polémico del sumario, acertadamente desarrollado, y con

una problemática del mayor interés, entre la que destacan la peculiar comparación entre las actividades sumariales, tendentes a preparar en su caso la formulación de la pretensión punitiva, y las actividades preparatorias de las partes en el proceso civil, sólo excepcionalmente reguladas, y encaminadas a recoger y seleccionar el material encaminada a la fundamentación de la pretensión civil; la lógica consecuencia, negativa al sumario de las características de un verdadero proceso, es aceptada sin vacilar por el autor, quien la fundamenta en la carencia de acción y de prueba en la fase sumarial. El examen de las peculiaridades de nuestro sistema positivo no se limita a la regulación legal, sino que abarca incluso facetas de Derecho comparado –sujeto encargado de la instrucción–, y sobre todo de la realidad procesal penal española –incumplimiento de los plazos sumariales y secreto del sumario particularmente–.

26. Interpelación judicial

“Nueva Enciclopedia Jurídica”, citada. Antecedentes, presupuestos y efectos de la interpelación judicial son expuestos con claridad y precisión por el autor.

27. Interpretación de las normas procesales

“Nueva Enciclopedia Jurídica”, citada. Sugestivo desarrollo de las peculiaridades de la interpretación de las normas procesales, respecto de la interpretación general, que permite observar el perfecto dominio del autor sobre los principios inspiradores del Derecho Procesal español.

28. Intérpretes jurados

“Nueva Enciclopedia Jurídica”, citada. La intervención en el proceso de los intérpretes es ampliamente estudiada, tanto desde el punto de vista orgánico, señalando al respecto los diversos sujetos que pueden auxiliar al Juez cuando en el proceso se introduzcan elementos –reales o personales– con idioma extranjero; y las reglas positivas que en el proceso civil y penal, particularmente

en este último elogiado por el autor, determinan el procedimiento a seguir para la traducción de documentos extranjeros o declaraciones prestadas por extranjeros.

29. Interrogatorio de preguntas

“Nueva Enciclopedia Jurídica”, citada. Desarrollo del contenido formal y del procedimiento a seguir en el interrogatorio de preguntas propio de la prueba testifical, que es justamente criticado por el autor en su actual regulación positiva y sobre todo en su ineficaz realización práctica. Interés especial revisten los acertados consejos sobre redacción del interrogatorio de preguntas que revelan en su autor profundos conocimientos de la realidad forense.

30. Interrogatorio de repreguntas

“Nueva Enciclopedia Jurídica”, citada. Logrado intento de suplir la deficiente regulación positiva del interrogatorio de repreguntas, que determina una total desorientación en la práctica judicial. Los antecedentes legislativos que condujeron a la actual situación son críticamente examinados por el autor, quien señala la inconsecuencia de la rígida formulación escrita del interrogatorio y postula una gran amplitud de criterio, tanto formal cuanto de contenido, en la redacción y admisión de los interrogatorios de repreguntas.

31. Intervención judicial

“Nueva Enciclopedia Jurídica”, citada. Completo estudio, doctrinal y positivo, de la medida cautelar regulada en el art. 1.418 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Son numerosos los aciertos de dicho estudio, por lo que nos limitaremos a destacar los puntos más interesantes: la configuración de la intervención judicial como medida cautelar negativa, tendente a impedir el mal uso de la cosa litigiosa durante la pendencia del proceso; la crítica de la regulación legal, particularmente en cuanto respecta a la omisión de fianza para la concesión de la intervención, y al sistema segui-

do para el nombramiento del interventor, así como al incidente para determinación del posible deterioro a efectos de la fianza sustitutoria; el estudio de diversos incidentes no previstos en la Ley, así como de problemas que, como los relativos a la remoción de los Interventores y a su retribución, se encuentran totalmente huérfanos de regulación positiva.

Constituye uno de los más interesantes estudios del autor comprendidos en la Nueva Enciclopedia.

32. Interventor judicial

“Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, citada. Estudio dedicado principalmente a la figura del interventor judicial en la suspensión de pagos, cuyas funciones, nombramiento, régimen jurídico y procedimiento de actuación estudia detenidamente. Acertadamente se configura al interventor judicial como un auxiliar del Juez que suple los posibles desconocimientos mercantiles de éste, censurando por tal motivo la posibilidad de que los Interventores soliciten asesoramiento jurídico de personas distintas del Juez. Critica la práctica corriente de adaptar las funciones del interventor al régimen de intervención subsidiario establecido por la Ley, advirtiendo la imposibilidad práctica de que dicho régimen sea cumplido por los interventores, y postulando por ello que en cada caso se fije un régimen concreto de intervención. Muy interesantes resultan también las consideraciones relativas al nombramiento y cese de los interventores, y a las peculiaridades de la adopción de acuerdos.

33. Intervención procesal

“Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, citada. Extensísimo estudio que, a nuestro entender, constituye la más completa aportación española al régimen de intervención de terceros en el proceso, cuyo valor aumenta si se tiene presente la ausencia de regulación legal y las restricciones jurisprudenciales a esta institución, más necesaria si cabe habida cuenta que no existe en nuestro Dere-

cho positivo la figura de la oposición de tercero prevista en otros ordenamientos. Original es la distinción entre los tres tipos de intervención y particularmente el estudio sistemático de la intervención forzosa –que el autor denomina intervención provocada– conjuntamente con los tipos voluntarios de intervención. Particularmente la figura del interviniente litisconsorcial, sin precedentes doctrinales en nuestro derecho, es estudiada y desarrollada con gran fuerza y vigor, señalando los supuestos concretos en que esta institución se encuentra recogida en nuestro Derecho positivo y aquellos otros que, sin regulación especial, podrían seguir las normas peculiares de la intervención litis consorcial, caracterizada frente a la intervención adhesiva, por la extensión al posible interviniente de los efectos de la sentencia, frente a los efectos reflejos que produce respecto al interviniente adhesivo simple, y muy especialmente por la conexión con el derecho discutido en el proceso del que el interviniente, en mayor o menor grado, es titular, mientras que el interviniente adhesivo es extraño al objeto del proceso. En cada supuesto de intervención se precisan acertadamente las especialidades procedimentales, preconizando para la admisión del interviniente la doctrina jurisprudencial del “principio de prueba”, y regulando sus facultades como las de una verdadera parte, sustancial y procesal en las intervenciones principal y litisconsorcial, y simplemente procesal en la intervención adhesiva.

34. Irregularidad de los actos procesales

“Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, citada. Con perfecta soltura aborda el autor el problema y tratamiento jurídico procesal de aquellos actos procesales eficaces pero realizados infringiendo un precepto procesal no determinante de la nulidad o anulabilidad del acto. Entre los diversos supuestos estudiados reviste especial interés el relativo a los plazos concedidos al personal jurisdiccional cuyo incumplimiento no determina la nulidad, sin la simple responsabilidad del funcionario.

35. Intervención del vendedor en el proceso de evicción

Trabajo presentado y escrito expresamente para esta oposición. En torno a la regulación positiva procesal del saneamiento establecida en los artículos 1.481 y 1.482 del Código Civil, formula el autor un completo estudio, que incluye la regulación positiva y doctrinal de la institución en los Derechos alemán, francés e italiano cuyas particularidades respecto del Derecho español advierte agudamente. Interés especial merecen las consideraciones efectuadas en torno al fundamento de la intervención, que se centra en el carácter objetivo de la garantía prestada por el vendedor, unida a la ficción legal de que la cosa pertenece aún en su posesión, lo que permite comprender el interés en defender su propio derecho; a la relación entre el vendedor interviniente y el comprador parte, señalando hasta que punto la intervención del vendedor le convierte en parte principal, hasta el extremo de que, pese a no estar admitida en nuestro Derecho la *extramissio* del comprador, éste pasa a ocupar una posición subordinada; a las peculiaridades del llamamiento de evicción efectuado al Estado vendedor, y a la determinación del sujeto interviniente en la venta judicial; y a la acumulación, que denomina eventual y objetiva, de la pretensión de saneamiento a la de evicción, que determina una complicación extraordinaria del objeto del proceso que el autor aborda con suma facilidad. Termina el estudio con la contemplación del aspecto dinámico de la intervención en las diversas etapas procesales, siendo especialmente notable el estudio que efectúa de los diversos contenidos de la sentencia. Todo el estudio demuestra la madurez procesal del opositor y la facilidad con que se mueve en los más intrincados laberintos procesales.

C) Tomás Muñoz Rojas

1. El allanamiento a la pretensión del demandante

Nos ha parecido una valiosa monografía, bien sistematizada y expuesta con claridad. El autor ha encuadrado la figura del allana-

miento dentro de las posturas adhesivas que el demandado puede adoptar en el proceso civil, como una manifestación del principio dispositivo y ha seguido, para lograr su objetivo, el método de diferenciarlo de otras figuras afines (admisión de hechos, confesión, transacción, renuncia, etc.). El tema que nos ha resultado más interesante es el de la vinculación o no vinculación del juez al allanamiento y, aunque se pueda no estar de acuerdo con los argumentos que el autor utiliza, el enfoque de la cuestión nos parece correcto y está tratado con altura científica.

2. La caducidad de la instancia judicial

En esta monografía el señor Muñoz Rojas aborda, desde distintos ángulos, un tema interesante y sugestivo, no estudiado hasta ahora por la doctrina española con extensión y profundidad. Están tratados los ámbitos horizontal y vertical de la caducidad de la instancia y nos parece acertada la distinción que establece entre caducidad, prescripción y caducidad de la instancia, así como la eficacia procesal de esta última institución.

3. Parte y justa parte en el proceso civil

Se trata de un artículo, publicado en la Revista de Derecho Judicial, bien construido y sistematizado, en el que se ocupa del concepto de parte, de la personalidad y capacidad procesales para establecer después su diferenciación con el tema de la legitimación.

4. El interés en el proceso civil

Al igual que, en el caso anterior, el señor Muñoz Rojas considera que el interés *ad agere* es un problema de fondo, una condición de la acción. El tema que, en la doctrina extranjera ha sido objeto de estudios monográficos relevantes ha sido analizado y expuesto con rigor científico por el opositor, aprovechando las pocas decisiones que en nuestra jurisprudencia se refieren a esta materia.

5. El imputado en el proceso penal

En los dos primeros Capítulos de la presente monografía, el señor Muñoz Rojas ha hecho, con buen criterio, una introducción

necesaria y bastante completa, para estudiar en el Capítulo III la oposición procesal que el imputado ostenta en el proceso penal conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Nuestro juicio, en esta ocasión, es favorable aunque podrían haber sido ampliados algunos puntos como el de la legitimación del procesado, tratado muy de pasada, y haber hecho una referencia más concreta a la separación entre el imputado en el proceso penal y el demandado en el proceso civil.

6. La sentencia penal

Con una clara visión pedagógica y con una buena documentación el autor, ha expuesto sintéticamente los temas relativos a la sentencia penal y ha planteado cuestiones nuevas sobre todo en torno a la formación del tribunal que ha de dictar la sentencia, apreciación de la prueba, prejudicialidad y cosa juzgada penal.

7. Las “cuestiones previas” en el proceso penal

En este estudio el señor Muñoz Rojas examina, primero de modo general y después individualmente, los artículos de previo pronunciamiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El opositor analiza la eficacia procesal y material, así como el carácter, de las instituciones reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 666) y en el Código Penal (art. 112).

8. Las condiciones de la pena y del proceso penal

El autor se ha aventurado a ahondar en un tema polémico, cuál es el de las materias que condicionan directa o indirectamente la pena. Dada la estrecha relación entre pena y proceso penal, punibilidad y procedibilidad, se requiere establecer, como lo hace el señor Muñoz Rojas, un criterio para caracterizar determinadas figuras sobre las que no siempre se puede apreciar su verdadera naturaleza con criterios externos. En el trabajo, se le da a las instituciones estudiadas—extraídas del Derecho positivo— el tratamiento adecuado y sus conclusiones son absolutamente coherentes y valiosas.

9. Estudio sobre la revisión penal

El trabajo sobre la revisión penal que, ha sido expresamente redactado para tomar parte en esta oposición. El tema del fundamento de la revisión, en estrecha relación con los valores de Justicia y Seguridad, así como el análisis de los motivos de la revisión en nuestras leyes procesales penales es acertado y realista.

D) Eduardo Gutiérrez de Cabiedes

1. La enajenación forzosa

Extracto de la tesis doctoral del opositor, leída en 1965, y publicado aquél en 1966. La ejecución forzosa ha sido tratada muy parcamente en la doctrina española; solo por ello sería elogioso el intento de estudiar sistemáticamente y en forma monográfica el acto central de la ejecución.

La oposición entre la concepción contractualista del legislador y la publicística del autor, coloca a éste frente a repetidas tensiones, que no escamotea sino que afronta abiertamente. El juicio sobre la obra es favorable por ello, sea cual fuere la posición del estudioso frente a las conclusiones obtenidas por el autor.

2. El principio “pro reo” en el Derecho y el proceso penal

Desde el punto de vista de nuestra disciplina, entraña una aportación original y efectiva en lo tocante a la carga de la prueba en el proceso penal, y en lo que se refiere a problemas tales como el efecto de las eximentes en el auto de procesamiento o la parcialidad del Ministerio fiscal, que solo pueden resolverse acudiendo al principio “contra reo” o –como lo llama el autor– “pro societate”.

3. Las notas bibliográficas presentadas tienen una importancia relativa, como todos los trabajos de esta índole; pero están realizadas correctamente y supone una crítica personal y no una mera descripción.

4. La enseñanza práctica del Derecho

Tiene un valor relativo, en cuanto supone un intento de divulgación de una experiencia docente; pero no es desdeñable para el docente ninguna aportación en el terreno de la metodología

5. Problemas en torno a la conciliación

Es elogiable la investigación de la *ratio* de los preceptos originarios de la ley, con censura del intento actual de ampliar cada vez más la competencia y los poderes de la Justicia municipal.

Madrid, 19 de Junio de 1967

9.4. Informe de Manuel Gordillo

A) José Luis Martín Zarzo

El más completo es, sin duda, su tesis doctoral sobre “Problemas procesales en la aplicación del Derecho extranjero (la problemática del Derecho extranjero en el proceso)”, que, en su día, al ser juzgado, obtuvo la calificación de “sobresaliente *cum laude*”. Constituye una interesante aportación a ese tema, susceptible, lógicamente, de ser ampliada.

Su trabajo de firma, sobre “La intervención principal”, supone una contribución también de interés para la regulación de esa figura procesal.

Sus trabajos “Comentarios a la nueva Ley procesal Laboral”, “Notas al artículo 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*Cautio iudicatum solvi*)” y “Notas en torno a la jurisdicción voluntaria”, publicados en diversas revistas, contienen puntos de interés, aunque su extensión sea reducida.

Finalmente, en sus cuatro reseñas, también aportadas por el opositor, demuestra su interés y sus conocimientos en materia procesal.

Apreciada la obra, en su conjunto, puede afirmarse que, si bien no se adentra en el estudio profundo y acabado de los temas que trata, aporta, no obstante, puntos de vista de interés y revela una buena preparación procesal susceptible de completarse con la docencia y la investigación.

B) Manuel Serra Domínguez

De los 35 trabajos presentados por este opositor, tal vez uno de los mejores sea su “Contribución al estudio de la prueba”, en el que resume sus ideas sobre la materia.

Su monografía “Normas de presunción en el Código civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, en la que recoge las conclusiones a las que llegara en su tesis doctoral, sobre “Normas de presunción en el Código civil”, constituye un importante estudio sobre la presunción, en el cual precisa conceptos del mayor interés doctrinal y práctico.

Sus artículos “La inhibitoria”, “Incongruencia civil y penal”, “Violación de ley y doctrina legal”, “Imposición de costas en segunda instancia”, “Emplazamiento de los cómplices en el expediente de calificación de quiebra”, publicados en diferentes revistas, y su trabajo de firma sobre “Intervención del vendedor en el proceso de evicción” merecen también un juicio muy favorable.

Finalmente, sus restantes trabajos, publicados en el Tomo XI de la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, revelan también una buena preparación del opositor en materia procesal y, de manera concreta, en las cuestiones que trata en cada uno de ellos, que son las siguientes: “Interpretación de las normas procesales”, “Impugnación de honorarios”, “Intervención procesal”, “Impulso procesal”, “Ineficacia de los actos procesales”, “Interpelación judicial”, “Interrogatorio de preguntas”; “Interrogatorio de repreguntas”, “Intervención judicial”, “Inembargabilidad de bienes”, “Información para dispensa de ley”, “Informaciones para perpetua memoria”, “Interventor judicial”, “Imputado”, “Indicios”, “Incomunicación de detenidos”, “Instrucción”, “Indagatoria”, “Informe”, “Procedimiento especial de injurias”, “Inspección de Tribunales”, “Intérprete jurado” e “Irregularidad de los actos procesales”.

La obra del opositor Sr. Serra Domínguez, examinada en su conjunto, pone de relieve su excelente preparación en materias procesales y su completa dedicación a la disciplina.

C) Tomás Muñoz Rojas

El trabajo que lleva por título “El allanamiento a la pretensión del demandante”, constituyó su tesis doctoral, que obtuvo justamente la calificación de “sobresaliente *cum laude*”, ya que se trata de una excelente monografía, en la que se expone, en forma muy sistemática, problemas de un gran interés.

Su monografía “Caducidad de la instancia judicial”, constituye también un magnífico estudio sobre esa materia.

Sus otras dos publicaciones relativas al proceso civil, que llevan por título “Parte y justa parte en el proceso civil” y “El interés en el proceso civil”, representan también valiosas aportaciones sobre las cuestiones tratadas.

En cuanto al proceso penal, su monografía “El imputado en el proceso penal” y sus trabajos sobre “La sentencia penal”, “Las cuestiones previas en el proceso penal” y “Las condiciones de la pena y del proceso penal”, así como su trabajo de firma sobre “La revisión penal” son, sin duda, excelentes y merecedores de un juicio muy favorable.

La obra del opositor Sr. Muñoz Rojas, examinada en su conjunto, revela una excelente preparación en materia procesal y su evidente calidad como expositor de las cuestiones tratadas.

D) Eduardo Gutiérrez de Cabiedes

El mejor es, sin duda, el que lleva por título “La enajenación forzosa”, que constituyó su tesis doctoral y que merece un juicio muy favorable, dada la forma en que la materia, poco estudiada en nuestra doctrina, se trata en la monografía.

Su trabajo de firma “Problemas en torno a la conciliación”, aunque puedan discutirse sus conclusiones, merece también un juicio favorable.

Su trabajo sobre “El principio pro reo en el derecho y en el proceso penal”, supone una buena y original aportación a los problemas tratados en el mismo.

Por último, su trabajo sobre “La enseñanza práctica del Derecho”, pendiente aún de publicación, constituye una aportación también de evidente interés y que viene a confirmar las excelentes dotes que para la investigación concurren en este opositor.

La obra realizada hasta el momento, si bien no es muy extensa, revela una buena preparación y magníficas cualidades para la investigación y la docencia, susceptibles de ser perfeccionadas.

Madrid, 19 de junio de 1967

9.5. Informe de Jorge Carreras

A) José Luis Martín Zarzo

1. Los trabajos del señor Martín Zarzo, apreciados en su conjunto, ponen de manifiesto que el opositor está iniciándose en las tareas propias de la investigación científica. Apunta buenas cualidades, pero se halla todavía en una etapa en que predomina la descripción de las instituciones o de las normas analizadas, sin ahondar lo suficientemente en ellas. Este juicio resulta, como veremos a continuación, del análisis de cada uno de los trabajos presentados.
2. “Problemas procesales en la aplicación del Derecho extranjero”. Constituye este trabajo su tesis doctoral, leída en 1962, que acompaña como trabajo inédito, junto con un resumen publicado en 1963 en las “Acta Salmanticensia”. No existe pues una reelaboración ulterior de la tesis, pues el resumen se limita a proponer el esquema general de la primera parte, y a transcribir las conclusiones.

De las dos partes en que se divide el trabajo, la primera contiene generalidades sobre el Derecho internacional privado y el Derecho procesal, que sirvieron al entonces doctorando para situarse él ante el problema, pero que tienen poco interés para el estudioso.

La segunda parte, en que se apoyan las conclusiones, tiene capítulos interesantes, especialmente el que trata del Derecho ex-

tranjero en casación. La valoración del Derecho extranjero como hecho –punto clave–, nos parece poco trabajada, ya que se limita a una afirmación, sin aportar razones ni aparato bibliográfico. El Derecho extranjero en la segunda instancia, y especialmente en la revisión, nos parece más un producto de laboratorio que la solución de problemas que presente la realidad viva.

En conjunto, y como tesis doctoral, es valiosa y es lógico que mereciera la calificación de sobresaliente *cum laude*; pero como obra de investigación es mediana, y seguramente el opositor hubiese conseguido algo más si hubiese procedido a una reelaboración posterior, que el tema –muy bien elegido– merecía ciertamente.

3. Las recensiones que publicó en la Revista de Derecho procesal están bien hechas, aunque predomine la descripción sobre el juicio crítico.
4. “Notas en torno a la jurisdicción voluntaria”. Publicado en 1966, en “Revista de Técnica social y económica”, sin duda por la naturaleza de la propia publicación en que el artículo apareció, constituye una mera divulgación sobre los puntos principales de la institución tratada. De aquí su casi inexistente aparato bibliográfico, y que resume en párrafos de muy pocas líneas cuestiones que han sido largamente debatidas por la doctrina en España y en otros países; así, da por sentado que las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria carecen de eficacia de cosa juzgada material –tesis que creemos correcta–, pero sin razonarla y sobre todo sin ponerla en relación con la naturaleza administrativa de los actos de jurisdicción voluntaria, cuando la conexión entre ambas ha sido muy debatida por la doctrina.

Entre las pocas citas bibliográficas, por ejemplo, no se refiere al trabajo de Gimeno Gamarra, o a un estudio relativamente reciente sobre los efectos de las resoluciones recaídas en actos de jurisdicción voluntaria, para citar sólo bibliografía española.

5. “Comentarios a la nueva ley procesal laboral”. Se trata de una lección inaugural profesada en una Escuela Social, y es lógico que en

ella no se planteen problemas de envidia, sino que se limite el autor a una mera descripción de la ley, en la que se entremezclan hábilmente ciertos juicios críticos sobre el texto refundido de la misma.

6. “Notas al artículo 534 de la Ley de enjuiciamiento civil (*Cautio iudicatum solvi*)”. De entre los trabajos recientes del señor Martin Zarzo es este sin duda el que ofrece mayor interés, aportando datos y formulando juicios críticos acerca de la institución.

Se aprecia, no obstante, todavía, alguna imprecisión conceptual (así, queda cierta duda sobre si el opositor se adscribe a la tesis de Couture que atribuye al arraigo en juicio el carácter de excepción dilatoria –igual que en la ley española–, o a la de Guasp, que ve en él una medida cautelar), y una tendencia a la cita bibliográfica como mero adorno (como la referida al Convenio de La Haya como “el más importante”).

7. “La intervención principal”. Trabajo de firma del opositor. Es un estudio discreto, cuyas conclusiones podemos suscribir, ya que efectivamente es necesaria una regulación del instituto, pues la acumulación de autos actual no basta para resolver todas las cuestiones; y podrían darse normas generales para este tipo de intervención en el proceso declarativo y en el de ejecución.

Debemos hacer notar, sin embargo, alguna superficialidad en el tratamiento, y el que no se destaquen suficientemente los distintos efectos de la intervención principal en un proceso de declaración y de las actuales tercerías en procesos ejecutivos.

Madrid, 19 de Junio de 1967

B) Manuel Serra Domínguez

1. El opositor presenta más de treinta trabajos, de distinta naturaleza y extensión. Sin perjuicio de analizarlos separadamente, dedicando especial interés a los más importantes, podemos avanzar nuestra opinión sobre el total de la obra y sobre el autor.

Revela el señor Serra un buen conocimiento de la doctrina; acredita una gran vocación por los problemas del Derecho vivo, que le llevan a estudiar con preferencia las normas y su aplicación jurisprudencial, de una parte, y la realidad diaria del proceso; y destaca por encima de todo su inconformismo con las tesis doctrinales recibidas cuando no se adecuan a la realidad española o cree –acertada o equivocadamente– que no le sirven para reflejar esta misma realidad. No se limita pues a recibir doctrinas ajenas, sino que piensa y construye por su cuenta cada uno de los temas que investiga.

Entendemos que este instinto creador constituye una gran cualidad del señor Serra como investigador, si bien no se nos oculta que a veces, llevado al exceso, puede entrañar el riesgo de esfuerzos innecesarios, como le ocurre al tratar de la incongruencia civil y penal, donde las categorías tradicionales reflejan bien la realidad sin que compense el esfuerzo de buscar nuevas categorías y llevar a cabo clasificaciones originales.

2. Presenta el señor Serra una monografía sobre las presunciones legales en el Código civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos; inicialmente fue este trabajo su tesis doctoral, que conocimos en su texto primitivo por haber sido Jueces de su labor, que mereció el Premio extraordinario de Doctorado y el Premio Ciudad de Barcelona de tesis doctorales. La monografía no coincide con la tesis, en cuanto una parte de ésta no se halla reproducida, y añade en cambio la materia relativa a las presunciones en la Ley especial de arrendamientos; se trata pues de una nueva producción científica. Enlazado con este trabajo está el del estudio sobre la prueba, publicado en una Revista científica. Nos ocuparemos conjuntamente de ambos trabajos, que tienen un denominador común: la prueba.

Presenta también unos artículos publicados en Revistas científicas o especializadas; analizaremos estos trabajos separadamente.

Otro capítulo de su producción es el de la colaboración del opositor en la Enciclopedia jurídica Seix; nos parece que se trata de un intento de poner la doctrina procesal al alcance de los profesionales, y el sello de la divulgación caracteriza toda esta labor. Pero no queremos utilizar aquí el término en sentido peyorativo, pues el opositor ha querido –a menudo con pleno éxito– que sus trabajos en este sentido tengan la altura científica necesaria para que la inteligibilidad no sea en mengua del rigor científico.

Y por fin, su trabajo de firma, que analizaremos separadamente.

3. “Contribución al estudio de la prueba”; “Normas de presunción en el Código civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos”. En ambos trabajos se resumen las ideas sistemáticas del autor respecto de la prueba procesal; suponen un intento valioso de reestructurar todas las instituciones probatorias partiendo de una teoría general de la prueba.

No compartimos todas las conclusiones a que llega el autor, aunque muchas de las obtenidas merezcan nuestro asentimiento. Pero es innegable que el autor ha pensado y repensado cada una de las múltiples facetas del Derecho probatorio, y que afronta con valentía y con originalidad toda la problemática que el tema ofrece.

La analogía entre las presunciones y la prueba pericial, por ejemplo, constituye una tesis sugestiva, y que refleja una realidad indiscutible; aunque a nuestro entender la pericia –incluso entendida como medio de investigación de las máximas de la experiencia de que carece el Juez tenga un ámbito más amplio, ya que también estas máximas rigen en otros campos, como el de la interpretación del negocio jurídico.

Tenemos también otra concepción de las presunciones; pero coincidimos plenamente en el alejamiento de la presunción respecto de la carga de la prueba; y el estudio de las normas legales en materia probatoria está hecho con una profundidad y una minuciosidad poco comunes.

Cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre sus conclusiones concretas, parece evidente que el opositor tiene mucho que decir sobre la prueba, y que expone su pensamiento con razones y argumentos que constituyen por sí mismos una aportación interesante.

4. Los trabajos publicados en Revistas científicas o especializadas, aparte del citado sobre la prueba, son:
 - a) “Violación, interpretación errónea y aplicación indebida de Ley y doctrina legal”. Examen de los submotivos comprendidos en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley, en el que se advierte la dificultad de distinguir de forma precisa entre unos y otros.
 - b) “Emplazamiento de los cómplices en el proceso de calificación de la quiebra”. Crítica acertada de la tesis del Tribunal Supremo, de que no es necesario el emplazamiento del cómplice.
 - c) “Imposición de costas en segunda instancia”. Constituye una aportación el análisis de los criterios seguidos por los Tribunales para la determinación de la temeridad a efectos de costas.
 - d) “Inhibitoria”. Uno de los estudios más interesantes del opositor, en el que trata problemas carentes hasta hoy de bibliografía científica, y al que solo cabe oponer reparos accidentales, como el de que no haya profundizado en la naturaleza del llamado principio de prueba por escrito.
 - e) “Incongruencia civil y penal”. Artículo monográfico de indudable valor, y que demuestra un conocimiento completo de los problemas clave de ambos procesos. El reparo que le opondríamos queda ya dicho, y sólo resta añadir que el tratamiento de la congruencia civil es mucho más completo que el que dedica a la adecuación entre la acusación y la sentencia penal. Quizá en este último punto hubiesen quedado mejor aclarados los problemas, si hubiese

profundizado más en la conjugación de los principios procesales de disposición y oficialidad con la forma acusatoria o contradictoria.

Todos estos trabajos nos merecen un juicio netamente positivo, y suponen constancia en el estudio y fecundidad en los resultados.

5. Los trabajos publicados en la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, son: “Impugnación de honorarios”, “Impulso procesal”, “Imputado”, “Incompetencia de jurisdicción”, “Incomunicación de detenidos”, “Indagatoria”, “Indicios”, “Ineficacia de los actos procesales”, “Inembargabilidad de bienes”, “Información suplementaria”, “Informaciones para dispensa de ley”, “Informaciones para perpetua memoria”, “Informe”, “Procedimiento penal de injurias”, “Insaculación”, “Insolvencia del responsable”, “Inspección de Tribunales y Juzgados”, “Instrucción”, “Interpelación judicial”, “Interpretación de las normas procesales”, “Intérpretes jurados”, “Interrogatorio de preguntas”, “Interrogatorio de repreguntas”, “Intervención judicial”, “Interventor judicial”, “Intervención procesal” e “Irregularidad de los actos procesales”.

Basta la simple lectura de los títulos para darse cuenta de que la investigación llevada a cabo por el señor Serra se ha proyectado sobre los más diversos puntos de la disciplina; no se trata pues de un estudio superespecializado, sino que su preocupación abarca todo el campo procesal. Es cierto, y lógico, que los trabajos tienen un diverso valor, impuesto por el pie forzado de la publicación en que aparecen.

El estudio del sumario, hecho en la voz “Instrucción”, es sugestivo y polémico; la intervención judicial, tan sumariamente tratada hasta hoy, es objeto de un estudio completo y minucioso; la intervención de terceros constituye un trabajo cuidado y al día; por señalar sólo los más importantes.

No nos convence, en cambio, su conceptualización de la declinatoria como una excepción, aunque esta tesis sea la dominante en la ju-

risprudencia y en la misma doctrina; y al tratar de la ineficacia, de los actos procesales, ha examinado en realidad el problema de la nulidad o validez de los actos, más que el de la misma ineficacia. Pero estos reparos no empañan lo brillante de la labor.

6. “Intervención del vendedor en el proceso de evicción”. Trabajo de firma del opositor. Despertado sin duda su interés por el problema de la intervención de terceros, ha dedicado su trabajo inédito a este tipo de intervención forzosa.

Trabajo muy completo, en el que se estudia la institución en nuestro Derecho y se aportan datos sobre su regulación en otros Derechos; bien llevado a cabo el análisis de las relaciones entre los sujetos privados que se mueven en este campo, así como el de las vicisitudes procesales que provoca la intervención. Algunas conclusiones a que llega son dignas de destacarse; así, la del carácter litisconsorcial de la intervención del vendedor; la condición de éste como parte principal, frente a la condición subordinada del comprador; y la posibilidad de que el comprador proveche el proceso pendiente para ejercitar frente al vendedor litisconsorte, con carácter subsidiario, la pretensión de saneamiento. Podrá discreparse de alguna de ellas, quizá de la última, pero la fundamentación que les da el autor es sólida y sus razonamientos son lógicos.

7. El juicio que merece la obra del señor Serra, tomada en su conjunto, es favorable; sus trabajos suponen una aportación nada desdeñable.

Madrid, 19 de Junio de 1967

C) Tomás Muñoz Rojas

1. Aunque el precepto reglamentario exige que el juicio valorativo de los trabajos del opositor se haga con referencia a cada uno de ellos, es forzoso –en el caso del señor Muñoz Rojas– hacer una previa introducción en que se valore la labor realizada en su conjunto.

Esta valoración conjunta se proyecta sobre diversos aspectos:

- a) Desde el punto de vista cronológico, los trabajos del señor Muñoz Rojas se inician en 1958 y sin solución de continuidad se prolongan hasta 1966; esto acredita sin más la constancia del opositor en la investigación, constancia que el profesor que suscribe estima fundamental a la hora de juzgar los méritos de un docente.
- b) Desde el punto de vista sistemático, el señor Muñoz Rojas ha dirigido su investigación de modo muy amplio, estudiando a la vez el proceso civil y el penal, y deteniéndose en los temas fundamentales de ambas ramas de la disciplina. Los problemas de la instancia civil han sido tratados, aunque desde el prisma de la caducidad de la instancia, al igual que las condiciones de la acción, con temas de tanta enjundia como la legitimación en “Parte y justa parte en el proceso civil”– y el interés –“El interés en el proceso civil”–. La proyección del principio dispositivo en el proceso civil ha sido tratada también en su monografía sobre el allanamiento.

Por lo que respecta al proceso penal, basta ver los títulos de sus trabajos, que van desde el estudio de los sujetos (imputado y responsable civil), al de las condiciones de procedibilidad y de punibilidad y a la sentencia penal y su revisión.

Esta amplitud acredita una formación muy completa, aunque puedan ser discutibles sus conclusiones concretas, como ocurre en toda investigación dentro del ámbito de las ciencias humanísticas.

- c) Desde el punto de vista científico, el tratamiento de temas diversos no empece a un criterio y visión unitarios del Derecho procesal; en los temas procesales civiles –como el allanamiento y la caducidad–, al igual que en los penales

–cuestiones previas, revisión, etc.– no omite la necesaria referencia a las instituciones paralelas de la otra rama, poniendo de relieve sus analogías, pero sin olvidar sus diferencias específicas, debidas en gran parte a los distintos principios que rigen uno y otro proceso.

- d) Desde el punto de vista bibliográfico, los estudios del señor Muñoz Rojas acusan un notorio dominio de la doctrina nacional y extranjera, con una natural inclinación a la española y a la italiana; pero ello no supone menosprecio por la doctrina alemana, que tiene consideración especial en puntos importantes del allanamiento, de las condiciones del proceso penal y de la pena, etc.; ni de la doctrina francesa, que tiene especial acogida en su trabajo sobre la revisión.

2. Si del juicio valorativo general o de conjunto pasamos al análisis de cada uno de los trabajos, debemos distinguir –para mayor claridad– entre los destinados a instituciones del proceso civil, y los encaminados a tratar los grandes problemas del proceso penal.

Vamos a analizar ahora, de modo sintético, los trabajos en materia procesal civil:

- a) “El allanamiento a la pretensión del demandante”. La problemática general del allanamiento nos parece correcta, con una excelente diferenciación entre allanamiento e instituciones afines. Nos parece en cambio insuficientemente tratado el llamado “allanamiento tácito” que ha consagrado nuestra jurisprudencia en materia de tercerías, donde –sin duda por la fecha inicial de la investigación– no se recogen orientaciones doctrinales posteriores (aunque anteriores a la fecha de la publicación definitiva).

Pero no cabe duda de que en la monografía existe una aportación original y destacable, cuando se enlaza el allanamiento con el problema de los actos de doble función,

que tanta bibliografía ha producido en Alemania. Este es el mérito más destacable, que –unido a la corrección general del estudio– hace que el juicio valorativo deba ser francamente positivo.

- b) “La caducidad de la instancia judicial”. El título de la monografía es por demás sugestivo, ya que esta institución estaba huérfana de todo tratamiento científico en España hasta que la examinó el señor Muñoz Rojas.

La investigación histórica, muy cuidada, aunque modestamente hable el autor de “notas históricas”, es suficiente para que el trabajo merezca una valoración positiva. Pero, además, resultan de especial interés las consideraciones de la caducidad de la instancia dentro del cuadro de los modos de terminación del proceso, y dentro de la teoría general de la caducidad y la prescripción de los derechos.

Echamos de menos, quizás, una mayor valentía al estudiar lo que sea la instancia en general, aunque comprendemos que la fijación del concepto en este caso depende de la toma de posición que se verifique respecto a cuestiones fundamentales y muy debatidas de la disciplina.

- c) “El interés en el proceso civil” y “Parte y justa parte en el proceso civil”. En estos dos artículos el señor Muñoz Rojas ha acometido el tratamiento científico de dos condiciones de la acción, militando abiertamente en la escuela que distingue entre éstas y los presupuestos procesales. Para quienes, siguiendo en líneas generales a Rosenberg, reconducen las condiciones de la acción a problemas formales, podrá discutirse que el enfoque sea correcto; pero dentro de la línea clásica –que siguen en España algunos autores, entre los que se cuenta el que suscribe–, resulta un acierto el haber distinguido claramente entre interés y legitimación, pero siempre dentro del prisma de las condiciones de la sentencia favorable. Más original el primero que el

segundo –cuyas conclusiones son naturalmente discutibles– pero ambos valiosos.

3. Pasando al análisis de los trabajos sobre el proceso penal, debemos hacer constar la siguiente opinión:

- a) “El imputado en el proceso penal”. Esta monografía, uno de los primeros trabajos del señor Muñoz Rojas, comprende dos partes de un valor desigual. En la primera, lleva a cabo un estudio doctrinal interesante, en el que, arrancando de Manzini, analiza la teoría de las partes en el proceso penal; es, a nuestro juicio, la parte más destacable de la monografía. En la segunda, analiza el que podríamos llamar estatuto del imputado en el Derecho positivo español, sistematizando los datos ofrecidos por la legislación y la jurisprudencia; la sistematización es correcta en líneas generales, aunque no suponga una especial aportación.

En conjunto merece un juicio favorable, ya que el Derecho procesal penal está muy necesitado de monografías en las que se investiguen de modo completo las diversas instituciones; y en la del señor Muñoz Rojas sobre el imputado, se demuestra un conocimiento de toda la problemática del proceso penal, y un tratamiento cuidadoso de la institución elegida.

- b) “La sentencia penal”. Lo mismo puede decirse de este artículo monográfico, en el que se analizan y sistematizan todas las cuestiones que plantea la sentencia penal, recogiendo las aportaciones anteriores de la doctrina española, y llevando a cabo un trasplante acertado de las conclusiones a que ha llegado la doctrina extranjera. El juicio que merece es también favorable.
- c) “Las cuestiones previas en el proceso penal” y “Acerca de las condiciones del proceso penal y de la pena”. En ambos artículos monográficos, el señor Muñoz Rojas afronta uno

de los problemas más sugestivos del proceso penal, cuál es el de las condiciones de procedibilidad y de punibilidad, contempladas en el primer trabajo con referencia concreta a los artículos de previo pronunciamiento, y en el segundo con carácter general.

En estos artículos se demuestra la madurez alcanzada por el señor Muñoz Rojas y su dominio del Derecho procesal penal. Suponen ambos la aportación más original del autor en este campo, y merecen un juicio muy favorable.

- d) “Estudio sobre la revisión penal”. El trabajo de firma presentado por el señor Muñoz Rojas sobre la revisión penal excede de los límites que normalmente presenta un trabajo de esta índole. Se trata de una verdadera monografía, en la que el autor toma posición respecto de los temas más arduos del proceso penal: verdad real, cosa juzgada, revisión de errores judiciales, etc.

Se ocupa muy acertadamente del movimiento doctrinal italiano en pro de una mayor apertura de la revisión penal, y contiene atinadas observaciones sobre la política legislativa española, comparada con la italiana y la francesa.

Es de especial interés el tratamiento dado al problema de la reparación de los errores de los órganos jurisdiccionales, que supone una notable aportación a tema tan poco elaborado en la doctrina patria.

4. En conclusión, podemos decir que los trabajos seleccionados por el señor Muñoz Rojas para aportarlos como mérito, evidencian en su conjunto las cualidades de investigador agudo y cuidadoso que cabe atribuir al autor; y el juicio valorativo de cada uno de ellos, favorable siempre, es más favorable todavía si se contempla el conjunto de la obra.

Madrid, 19 de Junio de 1967

D) Eduardo Gutiérrez de Cabiedes

1. Los trabajos del señor Cabiedes, apreciados en su conjunto, acreditan una sólida formación; no son muy numerosos, ni es lógico que lo sean atendiendo a los años que lleva dedicado a la investigación, pero son fruto de un trabajo ininterrumpido desde que terminó la licenciatura en Derecho.

Demuestra una especial preocupación por los problemas vivos del Derecho, y un conocimiento de la doctrina fundamental, de una parte, y de la Ley y la jurisprudencia, de otro. Este dominio del Derecho positivo deriva de su trabajo continuado sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, realizado en el Seminario de Derecho procesal de la Universidad de Navarra, en el que ha colaborado en una obra conjunta, titulada “Breves comentarios jurisprudenciales a la Ley de Enjuiciamiento civil”, de próxima aparición.

Para llevar a cabo el juicio valorativo de cada trabajo, que exige el precepto reglamentario, distinguiremos –de una parte– sus trabajos de investigación, propiamente dicha, y –de otra– su artículo sobre la enseñanza práctica del Derecho y sus recensiones de obras doctrinales.

2. “La enajenación forzosa”. La primera versión de esta monografía constituyó la tesis doctoral del señor Cabiedes, y como tal fue juzgada en 1965 por el Tribunal nombrado al efecto. Pero la monografía que presenta ahora, publicada en el siguiente año, aunque se editó como extracto de la tesis, supone una reelaboración muy cuidada de la versión primitiva.

De las dos concepciones dominantes de la enajenación forzosa, la que le atribuye el carácter de compraventa judicial, y la publicística que ve en aquella un acto jurídico público, sin naturaleza contractual, el señor Cabiedes se adscribe a la segunda. La objeción más seria que se oponía a la tesis publicística en España, cual es la del doble momento en que se acuerda la transmisión y el en

que se perfecciona por medio de la tradición, ha sido estudiada con detenimiento, y cualquiera que sea la opinión que le merezca al estudioso el resultado de la investigación en este punto, no puede negarse que la argumentación utilizada es lógica y supone un adecuado dominio de la técnica.

Las consecuencias que extrae de su conceptualización de la enajenación forzosa, sobre todo en orden a problemas tan poco estudiados como la evicción y saneamiento en casos de venta judicial, demuestran que en la construcción científica no se pretende llevar a cabo tan sólo una especulación teórica, sino contribuir a la solución de problemas tratados hasta hoy de modo muy poco satisfactorio.

Cualquiera que sea la tesis que se mantenga, creemos que es indiscutible la diferenciación llevada a cabo por el señor Cabiedes entre subasta y enajenación; y que los efectos de la aprobación del remate han sido analizados con sagacidad y acierto.

La monografía nos merece por tanto un juicio positivo.

3. “El principio «pro reo» en el Derecho y el proceso penal”. Este artículo de Revista, de extensión considerable, nos parece el trabajo más valioso de los presentados por el señor Cabiedes, y creemos que él sólo basta para demostrar sus condiciones de investigador.

El juego del principio “pro reo” en la interpretación de las normas penales y procesales penales; su valor como fundamento de la carga de la prueba en el proceso penal; y la determinación de cómo cede el principio durante el proceso en favor del “pro societate”, están tratados con minuciosidad y acierto.

Nos parece digno de destacar el análisis que hace de la carga probatoria en el proceso, y la demostración de que la aplicación del principio “pro reo” no exige de las partes acusadoras una demostración normal de la inexistencia de hechos impeditivos o extintivos de la responsabilidad criminal. Acertada igualmente la referencia a las presunciones en el campo penal.

4. “Problemas en torno a la conciliación”. Tres cuestiones importantes suscita el señor Cabiedes en su trabajo de firma, a saber: los límites cuantitativos de la ejecutabilidad de lo convenido en acto de conciliación; si el documento en que conste lo convenido trae o no aparejada ejecución, a los efectos del número 19 del artículo 1429 de la Ley, y el juego de la conciliación como acto interruptivo de la prescripción.

En la primera cuestión, que ha dejado de serlo con posterioridad al ser modificada la Ley, revela un punto de vista nuevo y original, al entender que la ejecutabilidad de lo convenido depende –o debería depender– no de la competencia objetiva de los Jueces municipales sino de los límites cuantitativos del juicio verbal. La tesis es razonable, aunque hoy no tenga ya más valor que el de una crítica del nuevo texto legal.

La doctrina española se halla dividida en torno al segundo problema, y el señor Cabiedes se adscribe a la tesis negativa, con argumentos atendibles.

Y en cuanto a los efectos interruptivos de la prescripción, nos parece que la solución a que llega es correcta, pues aunque el legislador del Código civil haya regulado la prescripción extintiva y la usucapión en un mismo título, se trata de instituciones de muy diversa naturaleza, en las cuales la interrupción debe regirse también por preceptos distintos.

No puede pues reprocharse al autor, antes al contrario, que se haya apartado de la tesis dominante en España.

5. Pasando a los trabajos que podríamos llamar menores, hemos de ocuparnos muy brevemente de las recensiones de obras doctrinales llevadas a cabo por el señor Cabiedes; el valor de estos trabajos –aunque siempre de importancia secundaria– depende de que sean o no reflejo de una lectura meditada de la obra que se critica, y de que en ellos se emita un juicio razonado sobre la misma o una mera descripción. Las recensiones que nos ocupan

están realizadas correctamente y no se limitan a una mera glosa del índice de las obras criticadas.

Finalmente, el trabajo sobre “La enseñanza práctica del Derecho”, constituye una divulgación de una experiencia didáctica vivida por el autor, y en la que éste ha colaborado activamente. Pero, aun siendo un trabajo de divulgación, se evidencian en él dos realidades: el interés del señor Cabiedes por la docencia –interés apasionado y vivo-; y su preparación científica en cuanto afecta a la metodología del Derecho.

6. En su conjunto, la obra del señor Cabiedes acredita sus condiciones de investigador, y nos merece un juicio favorable y positivo.

Madrid, 19 de Junio de 1967

10. La votación del tribunal

En la tarde del 30 de junio de 1967, inmediatamente después de que los opositores leyeran el sexto ejercicio, el tribunal llevó a cabo la votación.

Para el primer puesto, Muñoz Rojas obtuvo tres votos (emitidos por Guasp, Gómez Orbaneja y Gordillo), mientras que Serra logró un voto (el de Carreras). No consta el sentido del voto de Fenech.

Para el segundo puesto, Serra consiguió tres votos (emitidos por Gómez Orbaneja, Gordillo y Carreras), y Gutiérrez de Cabiedes obtuvo dos votos (los de Guasp y Fenech). Todo apunta a que hubo acuerdo del tribunal para que Gutiérrez de Cabiedes lograra esos dos votos, incluido el de Fenech, maestro de Serra.

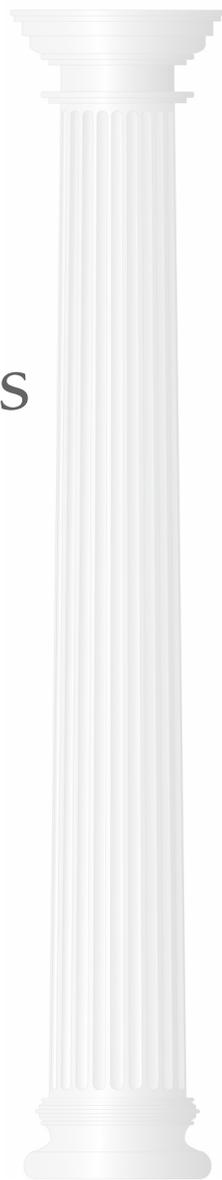
En efecto, al proclamar el resultado de la votación, el tribunal efectuó una declaración para destacar expresamente los méritos de Gutiérrez de Cabiedes: “El Tribunal acuerda, por unanimidad, expresar su sentimiento por el hecho de que el número de plazas haya impedido

proponer también como Catedrático de Universidad a D. Eduardo Gutiérrez de Cabiedes y Fernández de Heredia, dada la calidad de los ejercicios de dicho opositor y la extraordinaria formación científica demostrada en ellos”.

El día siguiente, 1 de julio de 1967, Muñoz Rojas eligió la cátedra de Derecho Procesal de La Laguna, y Serra la de Santiago.



Estudios



La realización de bienes a través de entidad especializada: análisis crítico y propuestas de mejora

*(Realisation by a specialist person or organisation.
Critical analysis and proposal for improvement)*

Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona.
Abogado y Economista

RESUMEN: Ante el rotundo fracaso práctico de la realización de bienes embargados en la ejecución dineraria, el presente artículo aboga por potenciar la figura de la realización a través de entidad especializada prevista en el art. 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, efectuando algunas propuestas de modificación legislativa para mejorar la eficiencia de la figura y, por ende, de la ejecución en general.

PALABRAS CLAVE: Ejecución procesal. Ineficiencia subasta judicial. Eficiencia. Venta por entidad especializada.

ABSTRACT: In view of the resounding practical failure of the realization of seized assets in the monetary execution, this article advocates to strengthen the figure of realization through a specialized entity provided for in art. 641 of the Code of Civil Procedure, making some proposals for legislative modification to improve the efficiency of the figure and, hence, of the execution in general.

KEYWORDS: Procedural enforcement. Inefficiency of judicial auction. Efficiency. Sale by specialized entity.

Fecha de recepción: 13 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2024

La realización de bienes a través de entidad especializada: análisis crítico y propuestas de mejora

(Realisation by a specialist person or organisation. Critical analysis and proposal for improvement)

Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona.
Abogado y Economista

SUMARIO

1. El Derecho Fundamental a la efectividad de la tutela judicial y su fracaso práctico. **2.** Las vías de enajenación forzosa alternativas a la subasta. **3.** La realización de bienes a través de Entidad Especializada. **4.** La realización por entidad especializada en sede de ejecución concursal. **5.** Reflexiones para la mejora del sistema. **6.** Propuesta articulada de modificación legislativa. **7.** Corolario final.

1. El Derecho Fundamental a la efectividad de la tutela judicial y su fracaso práctico

Antiguamente, se consideraba que la jurisdicción consistía exclusivamente en la declaración del derecho aplicable al caso concreto (*iurisdictio in sola notione consistit*). Sin embargo, hoy constituye *communis opinio* que la jurisdicción no sólo consiste en la declaración del derecho

aplicable al caso concreto, sino también, en su caso, su actuación práctica.¹

El artículo 24 de la Constitución Española, no sólo proclama el derecho fundamental a la tutela judicial, sino que especifica que dicha tutela judicial debe ser *efectiva*, cosa que implica que no basta con una mera declaración del derecho, sino que debe llevarse a la práctica, incluso de forma coactiva cuando el ejecutado se resista a cumplir espontáneamente la sentencia. A mayor abundamiento, esta garantía de la eficacia de la tutela jurisdiccional está doblemente constitucionalizada² por cuanto el artículo 118 de la Constitución establece que “*es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del juicio y en la ejecución de lo resuelto*”.

La *efectividad* de la tutela judicial, como se ha encargado de recordar en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional³, se traduce pues en hacer efectivo, si es necesario por la vía forzosa, aquello que previamente se ha resuelto.

-
- 1 Véase, *per omnia*, la definición de jurisdicción del profesor Serra Domínguez, M., «Jurisdicción», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pág. 50: “*Entendemos por jurisdicción la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, de su actuación práctica*”. Sobre la superación del viejo aforismo “*iusdictio in sola notione consistit*”, *vid. per omnia*, Ramos Méndez, F., *Derecho y proceso*, Librería Bosch, Biblioteca Procesal, Barcelona, 1978, págs. 276 y ss. y la amplia reseña bibliográfica allí efectuada y Vázquez Sotelo, J.L., *De la “iusdictio in sola notione consistit” a la prevalencia de la ejecución*, en AA.VV. (Dir. Ramos Méndez, F., «Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal», Atelier, Barcelona, 2014, págs. 29 a 42.
 - 2 Así lo advierte expresamente el profesor Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento civil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997, t. II, págs. 590 y ss.
 - 3 Así, por ejemplo, las SSTC 32/1982, 155/1985, 314/1994, 312/2006, 11/2008 o 20/2010, entre otras muchas. Véase al respecto, Cachón Cadenas, M. *La ejecución procesal civil*, Atelier, Barcelona, 2014, págs. 19 y ss.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos considera también que la ejecución forma parte del derecho a un proceso equitativo reconocido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁴

Pese a esa doble garantía constitucional de la ejecución, la realidad se aleja mucho de lo que debería ser. Durante la vigencia de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, existía un claro consenso doctrinal sobre la ineficacia de la ejecución civil en España.⁵ Si bien es indudable que la LEC 2000 mejoró sustancialmente la obsoleta regulación de la ejecución en la ley decimonónica, los resultados prácticos no conllevaron una correlativa mejora de la situación. Consciente del notorio fracaso práctico, el legislador tomó cartas en el asunto y, así, mediante la reforma de la LEC operada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, entre otras reformas, confirió a los entonces Secretarios Judiciales⁶ importantes atribuciones en sede de ejecución.

Sin embargo, pese a una cierta mejora, los resultados siguieron sin ser los esperados. En una encuesta realizada por la Comisión Euro-

4 Vid, de nuevo Cachón Cadenas, *La ejecución procesal civil*, cit., págs. 20 y ss., con cita de numerosas sentencias del TEDH en el indicado sentido.

5 Así, por ejemplo, Ramos Méndez, F, *La situación de la ejecución singular en España*, en "Justicia", 1994, III, págs. 523 y ss., o Gómez de Liaño, F, *Medidas para agilizar la ejecución*, en "Documentación Jurídica".1991, págs. 49 y ss., citados ambos por Guasch Fernández, S., *La ejecución forzosa*, en AA.VV. (Coord. por Alonso-Cuevillas Sayrol, J. «Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000», ed. Difusión Jurídica, Barcelona, 2000, vol. III, págs. 67 y ss., y , más recientemente, Picó i Junoy, J., "El proceso de ejecución y el proceso monitorio: Reformas para la mejor de la justicia civil en Latinoamérica", en *XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, publicación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y el Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2014, págs. 15 a 51.

6 Hoy Letrados de la Administración de Justicia.

pea en noviembre de 2013 entre los entonces 28 Estados de la UE⁷, al preguntarse a los ciudadanos de los diversos países europeos cuál era su percepción acerca de la eficacia de la ejecución en materia de ejecución de resoluciones civiles y mercantiles, España ocupó la vigesimocuarta posición entre los 28 en cuanto al porcentaje de encuestados que respondieron su satisfacción con el sistema (un 29%), descendiendo hasta el vigesimoséptimo puesto (*ex aequo* con Italia) en cuanto al porcentaje de ciudadanos que mostraron su insatisfacción con el sistema (58%). La media europea se situó en un 44% de respuestas de ciudadanos que se mostraron satisfechos con su respectivo sistema de ejecución, frente a un 39% que se mostraron insatisfechos.⁸

Garantizar la eficaz ejecución de las sentencias no es sólo una exigencia jurídico-constitucional, sino también un imperativo económico, pues cuando las sentencias no se ejecutan, o se ejecutan mal, los costes económicos y reputacionales del sistema desincentivan la actividad económica.⁹

7 Comisión Europea, *Flash Eurobarometer 385. Justice in the EU*, publicado en línea en noviembre de 2013, disponible en línea en: https://data.europa.eu/data/datasets/s1104_385?locale=es.

8 Véase, más ampliamente al respecto, mi monografía Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo: Análisis comparativo y propuestas de mejora*, J.M. Bosch ed., Barcelona, 2015, págs. 137 y ss.

9 Véase al respecto, Cabrillo, f., Fitzpatrick, s., *La economía de la Administración de Justicia*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pág. 363. La preocupación por los efectos económicos de del sistema judicial español han sido también objeto de análisis desde la perspectiva económica, debiendo destacarse los estudios de Pastor Prieto, S., Vargas Pérez, C., “El coste de la justicia: datos y un poco de análisis”, en el volumen colectivo AA.VV. (Dirig. Pastor Prieto, S., Moreno Caterna, V.), *El coste de la justicia, cit.*, págs. 31-72. El trabajo aborda, en efecto, con rigor, el coste público de la justicia, comparando los recursos presupuestarios asignados con los destinados en otros países. Por ello, a nuestro juicio, y salvo error u omisión, constituye el primer trabajo de referencia sobre el particular. Sería injusto empero ignorar otros trabajos anteriores —todos ellos asimismo citados por Pastor y Vargas— como los del propio profesor Pastor, ¡Ah de la justicia! política judicial y economía, ed. Civitas, Madrid, 1993, e *ibidem*, *Diagnóstico*

En el año 2012, las ejecuciones civiles duraban un promedio de algo más de 41 meses y sólo el 45.73% de las ejecuciones llegaron a buen fin.¹⁰ En 2022, la duración promedio de las ejecuciones civiles, se sitúa en 40,7 meses, sin disponerse de datos actualizados sobre el porcentaje de ejecuciones fallidas.¹¹

del Sistema Judicial español, Documento de trabajo, Cinde, 2001, o el publicado conjuntamente con el también Catedrático de Economía Aplicada, Cabrillo, F., Pastor, S., *Reforma judicial y economía de mercado*, Círculo de Empresarios, 2001; merece asimismo especial mención el trabajo publicado por la Magistrada Picó, C., “Aspectes econòmics de l’Administració de Justícia a Catalunya”, en el volumen colectivo *Informe Pi i Sunyer sobre la justícia a Catalunya*. Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 1998, así como mi ya citado trabajo Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo: Análisis comparativo y propuestas de mejora*, cit., Aunque no centrado exclusivamente en el ámbito de la Administración de Justicia, debe ser asimismo citado el trabajo del también Catedrático de Economía Aplicada, Pedraja Chaparro, F., “Gasto público en justicia en España: algunas consideraciones sobre el output, la productividad y los costes de la tutela judicial”, artículo publicado en la revista *Hacienda Pública Española*, 1992, núms. 120/121-1-2, págs. 61-72.

10 Cfr. mi citado trabajo Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo cit.*, págs. 92-93. Según datos del Consejo General del Poder Judicial (Consejo General del Poder Judicial, *La Justicia dato a dato. Año 2012*, pág. 33), en 2012 se iniciaron, en el orden civil-mercantil, un total de 680.720 nuevas ejecuciones, se resolvieron 587.685, manteniéndose en trámite a final del ejercicio un total de 1.991.290 procesos de ejecución. En sus méritos la *disposition time* o duración promedio estimada de las ejecuciones fue de 1.236,75 días, es decir algo más de 41 meses. Añádase a ello que según datos estimados por el Presidente del Consejo General de Procuradores de España sólo el 45.73% de la ejecuciones llegaron a buen fin, lo que significa que en más de la mitad de los casos la ejecución fracasó total o parcialmente (cfr. Estévez Fernández-Novoa, J.C., “Análisis del octavo indicador: La ejecución de las resoluciones judiciales”, en el Informe colectivo Fundación Wolters Kluwer España, *Observatorio de la actividad de la Justicia. Informe 2013*, pág. 76.).

11 Si bien en años anteriores, la duración promedio se había reducido algunos meses (por ejemplo, 34 meses en 2015), lo cierto es que desde entonces no ha dejado de incrementarse, resultando como consecuencia que la situación en 2022 es muy parecida a la existente diez años atrás. Cfr. Consejo General del

Parece pues obvio que nuestro sistema de ejecución civil y mercantil no funciona como debiera para dar cumplimiento a las exigencias de *efectividad* de la tutela judicial.

2. Las vías de enajenación forzosa alternativas a la subasta

Entre las novedades más destacadas de la regulación de la vía de apremio¹² en la LEC 1/2000, cabe destacar la previsión de métodos alternativos a la subasta judicial para la realización de los bienes afectos a la ejecución.¹³ Así, como es sabido, el artículo 640 LEC regula la figura del “convenio de realización” y el siguiente artículo 641 LEC regula la figura de la “realización por persona o entidad especializada”.¹⁴

Así lo explica el párrafo vigesimoprimer del apartado XVII de la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000:

“Con independencia de las mejoras introducidas en la regulación de la subasta, la Ley abre camino a vías de enajenación forzosa al-

Poder Judicial, *Análisis de las ejecuciones en base a la estadística Judicial*, en «Datos de Justicia. Boletín de Información estadística», núm. 105 julio 2023,. Consultable en línea en: <https://www.poderjudicial.es/stfls/ESTADISTICA/FICHEROS/Datos%20de%20Justicia/N105%20Ejecuciones%202022.pdf>.

- 12 Y de la ejecución en general.
- 13 Premonitoriamente, el Prof. Franco Arias, J., *El procedimiento de apremio*, Librería Bosch, Biblioteca procesal, Barcelona, 1987, pág. 50, nota 151, escribía ya estas palabras en el citado año 1987: “*La propia dinámica social obligará, llegado el caso, a la remodelación o incluso la desaparición de añejas instituciones procesales, así como al nacimiento de otras nuevas*”.
- 14 Constituyen, respectivamente, las secciones 3ª y 4ª del Capítulo IV (“Del procedimiento de apremio”) del Título IV (“De la ejecución dineraria”) del Libro III de la LEC (“De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares”).

ternativas que, en determinadas circunstancias, permitirán agilizar la realización y mejorar su rendimiento. Así, se regulan los convenios de realización entre ejecutante y ejecutado y la posibilidad de que, a instancia del ejecutante o con su conformidad, el Juez acuerde que el bien se enajene por persona o entidad especializada, al margen, por tanto, de la subasta judicial.”

Sin embargo, la utilización práctica de estas “*vías de enajenación forzosa alternativas*” ha sido meramente residual, manteniéndose la subasta judicial como el mecanismo predominante en la inmensa mayoría de procedimientos de apremio.

En cuanto al convenio de realización, requiere, desde su redacción originaria, que se alcance un acuerdo entre ejecutante y ejecutado, cosa que, como es sabido, resulta harto difícil por cuanto el ejecutado suele adoptar la actitud del avestruz durante la ejecución.¹⁵ Las posteriores reformas del precepto, operadas por el art. decimoquinto, apartado 272, de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y por la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tampoco supusieron ninguna mejora sustancial en el sistema.¹⁶ Si el ejecutado es ordinariamente el gran ausente de la ejecución, alcanzar un acuerdo de realización, resultará ordinariamente imposible.

Respecto a la realización a través de Entidad Especializada, sí ha tenido una aplicación significativa en sede de ejecución concursal, pero, hasta la fecha, su utilización en la ejecución singular, ha sido prácticamente residual. Dedicaremos el siguiente epígrafe al análisis de dicha figura.

15 Incomprensiblemente, por cuanto resultará la parte más perjudicada como consecuencia de la realización por bajo importe del bien a realizar. Y, a contrario, la parte más beneficiada de que se obtenga un valor de realización lo más elevado posible.

16 La primera de las citadas reformas sustituyó las referencias al tribunal, por Secretario judicial y la última referida por Letrado de la Administración de Justicia.

3. La realización de bienes a través de Entidad Especializada

Sobre el papel, la regulación de la realización de bienes a través de Entidad Especializada tenía, pese a alguna deficiencia normativa¹⁷, todos los puntos para triunfar en la práctica forense cotidiana.¹⁸

La profesora que, probablemente, ha dedicado mayores esfuerzos al estudio doctrinal del tema, Cerrato Guri¹⁹, ha profundizado también

- 17 Así, por ejemplo, aún en trámite pre-legislativo, Franco Arias, J., «Comentarios sobre el procedimiento de apremio», en AA.VV. (Dir. Picó i Junoy, J., *Presente y futuro del proceso Civil*, J.M. Bosch ed., Barcelona, 1998, págs. 580-581, Consejo General de la Abogacía Española, (coord. Alonso-Cuevillas Sayrol), *Enmiendas del Consejo General de la Abogacía Española al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, inédito, febrero de 1999, Enmienda núm. 460, págs. 462-463. Con la Ley 1/2000 ya aprobada, Chamorro, M.A, en AA.VV. (coord.. Gómez de Liaño, F, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Anotaciones, Concordancias, Apéndice Legislativo y Bibliografía*, ed. Forum, págs. 744-745, Redondo García, F, *Líneas generales del procedimiento de apremio*, en AA.VV. (Coord. por Alonso-Cuevillas Sayrol, J. «Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, cit.», Vol. III, pág. 354-356
- 18 Así, por ejemplo, Garberí Llobregat, J., *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, págs.676-677, Franco Arias, J., «Comentarios sobre el procedimiento de apremio», *op. et loc. cit.*, Moreno catena, V, *La ejecución forzosa*, en AA.VV. (Coords. Cortés Domínguez, V, Moreno Catena, V, «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Tecnos, Madrid, 2000, t. IV, pág. 216, o Torres Fernández de Sevilla, J.M., *La enajenación de los bienes embargados por persona o entidad especialista: Concepto, presupuestos, orden de preferencia y características de la persona o entidad enajenante*, en AA.VV. (Dir. Garberí Llobregat, J., «Los procesos civiles», Bosch, Barcelona, 2001, t. 5, págs. 42-44, Salinas Molina, F, *Realización por persona o entidad especializada*, en AA.VV. (Coord. Escribano Mora, F), «El proceso civil», Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Vol. VII, págs. 65422-5423.
- 19 La Profesora de la Univeristat Rovira i Virgili, Cerrato Guri, E., dedicó su Tesis Doctoral al estudio de la nueva institución: Cerrato Guri, E., *La ejecución civil privada: realización por persona o entidad especializada. Estudio del artículo 641 LEC*, J.M

en los motivos del fracaso práctico de la institución.²⁰ La citada autora destaca como causas principales del fracaso práctico de la institución la deficiente regulación del artículo 641 LEC y el desconocimiento de este sistema de apremio por parte de los propios operadores jurídicos implicados en la ejecución.

Respecto a la deficiente regulación legal, el tema es especialmente grave por cuanto el texto originario del artículo 641 de la LEC 1/2000 ha sido modificado hasta en tres ocasiones.

Primero por la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial²¹, para sustituir la intervención del Juez por la del (entonces) Secretario Judicial, introducir una referencia expresa a la posible designación de los Colegios de Procuradores, eximiéndoles asimismo de la prestación de caución.

La segunda modificación, meramente nominal, fue operada por la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Ju-

Bosch, Barcelona, 2008. De la misma autora, son también destacables sus posteriores trabajos, Cerrato Guri, E., *La ejecución civil por persona o entidad especializada*, en «XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Problemas actuales del proceso iberoamericano», edit. Servicio de Publicaciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga 2006, págs. 441 a 452; *La ejecución civil por persona o entidad especializada*, en AA.VV. (Coords. Cachón Cadenas, M., Picó i Junoy, J.), «La ejecución civil: problemas actuales», ed. Atelier, Barcelona, 2009, págs. 239 a 251.

20 Cerrato Guri, E., *Motivos por los cuales no funciona la ejecución civil privada del art. 641 LEC*, en «Justicia», núms. 3-4, 2007, págs. 180-181; *Soluciones para lograr la aplicación práctica del art. 641 LEC*, en «Justicia», núms. 3-4, 2009, págs. 139 a 148; *Estudio del art. 641 LEC: motivos de su inaplicación práctica*, en AA.VV. «Realismo jurídico y experiencia procesal», Liber *Amicorum* al Prof. Serra Domínguez, M., Atelier, 2009, págs. 339-34; o *¿Por qué no funciona la ejecución civil privada? Propuestas de mejora*, en «Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal, *cit.*», págs. 205-210.

21 Concretamente, mediante su artículo decimoquinto, apartado.273.

dicial, para sustituir la expresión “Secretario Judicial” por “Letrado de la Administración de Justicia”.

Y, la tercera modificación fue operada mediante la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil²², para introducir dos nuevos aspectos en la regulación.

Así, para reforzar aún más el papel de los Colegios de Procuradores, se añadió un inciso final al primer párrafo del apartado tercero del precepto, disponiendo lo siguiente:

“Cuando las características de los bienes o la posible disminución de su valor así lo aconsejen el Letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución, con consentimiento del ejecutante, podrá designar como entidad especializada para la subasta al Colegio de Procuradores en donde con arreglo a lo dispuesto en el artículo 626 se encuentren depositados los bienes muebles que vayan a realizarse.”

Y, por otra parte, se adicionó un nuevo párrafo segundo con el siguiente contenido:

“A tal efecto, se determinarán reglamentariamente los requisitos y la forma de organización de los servicios necesarios, garantizando la adecuada publicidad de la subasta, de los bienes subastados y del resultado de la misma.”²³

Lo cierto es, empero, que ninguna de las sucesivas reformas ha conseguido revitalizar la aún residual enajenación por medio de entidad especializada en la ejecución singular.

También compartimos con la Profesora Cerrato que otra de las causas del fracaso práctico de la venta por entidad especializada ha sido

22 Artículo único, Apartado 65.

23 Desarrollo reglamentario pendiente de aprobación.

el relativo desconocimiento de la institución por parte de los principales operadores jurídicos implicados en la ejecución. Debe no obstante señalarse que, algunos Abogados directores técnicos del proceso de ejecución, conscientes del deficiente funcionamiento del sistema de subastas judiciales, intentaron aplicar la novedosa regulación tras la aprobación de la nueva LEC 1/2000. El principal obstáculo práctico consistió en las reticencias de las posibles entidades especializadas, mayoritariamente, en aquellos momentos, Agentes (o Agencias) de la Propiedad Inmobiliaria, por el desconocimiento de los rituales procesales y, principalmente, por el miedo a perder la caución, si, por la lentitud de la tramitación procesal o por los avatares del mercado, la venta no consiguiera realizarse en plazo de seis meses. Abogados que optaron por intentar utilizar este novedoso sistema alternativo de realización desistieron por las dificultades que la regulación legal imponía.²⁴ Aquellos primeros fracasos tuvieron como consecuencia que la institución no llegara a afianzarse en la práctica forense.²⁵

4. La realización por entidad especializada en sede de ejecución concursal

Este fracaso de la realización por entidad especializada en el ámbito de la ejecución singular contrasta con el relativo éxito de la institución en sede de ejecución concursal.

24 Y sigue aun imponiendo.

25 Esta problemática ha sido ampliamente examinada por CERRATO GURI, E., en sus trabajos “Cómo lograr la efectividad de la ejecución judicial civil a través de la activación de fórmulas de apremio alternativas”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 784, marzo-abril, 2021, pp. 991 – 1023; y “La privatización del apremio judicial: uno de los grandes retos del proceso de ejecución civil”, en *Logros y retos de la justicia civil en España*, Jiménez, Banaelche y Gascón (Dir.), Tirant lo Blanch, 2023, pp. 415 – 426.

A nuestro juicio, dos son los principales factores que han impulsado el crecimiento de la realización por entidad especializada en el ámbito concursal. En primer lugar, la mayor flexibilidad de la legislación concursal que, hasta la última reforma operada por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, obligaba a la Administración Concursal a elaborar un “Plan de Liquidación” que no se hallaba constreñido por las limitaciones al efecto previstas en el artículo 641 LEC.²⁶ Y, por otra parte, pero consecuencia de lo anterior, empezaron a aparecer algunas entidades verdaderamente especializadas en la enajenación de activos, familiarizadas con las exigencias procesales que la ejecución concursal exige, extremo que podía suponer un auténtico laberinto para los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria no siempre conocedores de la compleja regulación procesal concursal.

A contrario, uno de los mayores obstáculos que dichas entidades debieron superar fue el de las reticencias, o directamente desconfianza, de la transparencia del sistema por parte de algunos operadores jurídicos, incluidos algunos Magistrados y letrados de la Administración de Justicia del ámbito concursal.

Pero lo cierto, es que, a medida que dichas entidades se iban abriendo camino, en algún caso con el convencido apoyo de Magistrados y Letrados concursales, demostraron una mayor eficiencia tanto respecto del plazo de realización, como, especialmente, de las mayores tasas de recuperación obtenidas mediante la enajenación de los bienes.²⁷

26 Nótese, por tanto, que en realidad si bien se trataba de una enajenación a través de entidad especializada, no se trataba, *stricto sensu*, de la homónima institución prevista en el art. 641 LEC. La legalidad de dicha práctica es hoy ya *communis opinio*, avalada por miles de resoluciones judiciales.

27 Como destaca el Prof. Rojo Fernández-Río, A., *Sobre la atribución en el plan de liquidación de la masa activa del coste de intervención de entidad especializada en la realización de subastas online*, opinión Legal emitida en Madrid, en fecha 9 de diciembre de 2014, consultable en línea en: <https://www.eactivos.com/uploads/>

Por su parte, el Legislador, consciente de la ineficiencia²⁸ del tradicional sistema de subastas judiciales presenciales, instauró en 2015 la subasta judicial electrónica²⁹, regulada en el reformado artículo 648 LEC. Esta trascendente reforma, unida a la creación del “Portal de Subastas”³⁰, supuso una innegable mejora en la realización mediante subasta en la ejecución singular, si bien topó con las dificultades prácticas para remitir el Anuncio de Subasta al Portal, habida cuenta de la sobrecarga de trabajo de las oficinas judiciales.

documents/documentacion_de_interes/Dictamen_Prof_Dr_Angel_Rojo_Activos_Concursales_SL.pdf, “el recurso a una entidad especializada en las subastas online, conlleva indudables ventajas, entre las que cabe destacar la agilización de la liquidación concursal; la dotación de transparencia al proceso de subasta pública (para los postores, los acreedores, el deudor y demás interesados); el incremento de la publicidad y de la difusión del proceso de realización y de toda la información relevante (tasaciones, fotografías, etc.); la facilidad de acceso a la subasta por parte de los posibles interesados sin necesidad de un desplazamiento físico para participar en ella; el aumento del número de participantes (y la consiguiente competencia, con el correlativo incremento del precio de remate de los bienes subastados) y la descarga sustancial de trabajo al Juzgado mediante la «externalización» del proceso de liquidación. Como señala, por ejemplo, el auto del Juzgado de lo mercantil número 1 de Cádiz de 8 de abril de 2014 [Autos 152/2011], la efectividad de la subasta online a través de entidad especializada «está demostrada en los procesos concursales, no solo por la mayor difusión que permite tal procedimiento, que incrementa la participación de oferentes en el proceso, sino también por la economía de tal sistema de venta» [fundamento jurídico segundo].”

- 28 Ineficiencia y, añadamos, poca transparencia, por cuanto, como es sobradamente conocido, dichas subastas judiciales presenciales acaban monopolizadas por personas dedicadas específicamente al tema, vulgarmente conocidos como “subasteros”, que actuando concertadamente conseguían adjudicarse los bienes subastados por bajo precio, expulsando *de facto* a los *extraños* del sistema.
- 29 Introducida en nuestro ordenamiento procesal a través de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.
- 30 “Portal de Subastas”, dependiente del BOE, al que se refieren los artículos 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 656, 661, 667, 668, 670 y 691 LEC.

Sin embargo, donde mayor éxito obtuvo el sistema de subastas electrónicas fue en el ámbito concursal, como se encargó de demostrar el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado Mercantil 7 de Barcelona, Don Rafael Huertas García, mediante un exhaustivo análisis de todas las subastas concursales electrónicas celebradas hasta la fecha.³¹ Resulta al efecto altamente significativo la conclusión a la que llega el autor, que, tras revisar las diferentes modalidades de subasta concursal seguidas por los distintos Juzgados Mercantiles españoles, las clasifica en tres grupos a los que denomina “Sistema de subasta concursal de Tipo LEC”, que opta por la aplicación subsidiaria de las normas de la LEC para la aprobación del remate, “Sistema de subasta concursal de Tipo Especial”, que opta por la aplicación de los porcentajes específicos para la aprobación del remate establecidos en el Plan de Liquidación –fijando, obviamente, porcentajes diferentes a los establecidos en los arts. 650 y 670 LEC–, y el “Sistema de subasta concursal de Tipo Libre”, que opta por la eliminación de cualquier porcentaje o tipo mínimo para la aprobación del remate –con excepción, claro está, de la vivienda habitual del concursado–.

Realizada dicha clasificación Huertas García, llega a la conclusión, datos en mano, que el sistema más eficaz es el de Tipo Libre, afirmando expresamente que “no existe por tanto en principio, una devaluación del precio de venta de los activos concursales en los sistemas de subasta concursal que otorgan mayor libertad a los postores, dato que contrasta con los sistemas de mayor rigidez que tratan de imponer al postor cuantías mínimas de venta”.³² El sistema de Subastas concursales de Tipo Libre consigue pues no sólo mayores tasas de recuperación³³, sino un

31 Mediante una Tesis Doctoral, que tuve el honor de dirigir, y que recibió la máxima cualificación académica de “*cum laude*” por unanimidad del tribunal. Una adaptación de dicha tesis Doctoral fue después publicada por Huertas García, R., *La subasta concursal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2019.

32 Huertas García, *La subasta concursal*, cit., pág. 536.

33 Es decir, el porcentaje que supone el valor de la adjudicación respecto a la previa valoración del bien objeto de subasta.

muy inferior porcentaje de lotes desiertos respecto de los sistemas más rígidos.³⁴

La conclusión que debemos extraer de dicho exhaustivo estudio es pues que, a mayor flexibilidad, mayor eficacia en las subastas, mejores valores de realización, mayor tasa de recuperación y menor porcentaje de lotes desiertos.

Así, durante el primer año de funcionamiento, mientras las subastas judiciales online del BOE apenas recuperaron el 21% del valor tasado de los bienes en concurso³⁵, las estadísticas publicitadas por la probablemente más veterana de las Entidades Especializadas que operan en el ámbito concursal³⁶, “subastas concursales” o “e-activos”, alcanzan unas tasas de realización del 68% en 2021 y del 70% en 2022, mientras que la tasa de realización de las subastas realizadas a través del Portal de Subastas del BOE alcanzan, ambos ejercicios, unas tasas de realización del 36%.³⁷ En el concreto supuesto de viviendas, la tasa de realización

34 Huertas García, R., *La subasta concursal*, cit., pág. 537 y tablas gráficas de Tasa de Recuperación del Pasivo Insatisfecho, Tasa de Eficacia de la Subasta Concursal y Porcentaje de Lotes Desiertos, contenidas en las págs. 545 a 550.

35 Revista Law&Trends, *Las subastas judiciales online del BOE apenas recuperan el 21% del valor tasado de los bienes en concurso*, fecha de actualización 25 de abril de 2017, consultable en línea: <https://www.lawandtrends.com/noticias/justicia/las-subastas-judiciales-online-del-boe-afinas.html>. Dato que debe enmarcarse empero en el ya citado contexto de que se refería al primer año de funcionamiento de la subasta electrónica del Portal de Subastas del BOE.

36 Se trata de Activos Concursales, hoy e-activos, que, como explica en su página web fue fundada en 2009 y que ha intervenido en 700 procedimientos concursales de 120 distintos Juzgados Mercantiles y Civiles. Vid: <https://www.eactivos.com/quienes-somos> (consultado en fecha 30 de septiembre de 2023).

37 Según datos de la propia plataforma, actualizados a 2023, la tasa de realización de la plataforma asciende al 75% frente al 45% de las subastas a través del Portal del BOE. Consultable en línea, en: https://www.activosconcurales.com/wp-content/uploads/2023/10/2023_Dossier-Corporativo.pdf (consultado el 14 de octubre de 2023).

alcanza un espectacular 74%.³⁸ Debemos añadir a todo ello, que la gestión privada de las plataformas agiliza la realización de la subasta que no requiere el, en la práctica, lento trámite de remisión judicial del anuncio de la subasta al Portal de subastas del BOE.

5. Reflexiones para la mejora del sistema

Analizados los anteriores datos, es el momento de efectuar algunas propuestas que ayuden a mejorar el sistema.

Como premisa inicial, partimos de la evidencia de que la realización a través de Entidad Especializada es un sistema mucho más eficiente que la realización mediante subasta judicial, aun reconociendo la mejora del sistema de la instauración de la subasta electrónica. Más eficiente en cuanto a tasas de realización y más eficiente, como también hemos señalado, en cuanto al plazo de realización al evitarse el lento trámite de la remisión judicial del anuncio al Portal de Subastas del BOE.

Así las cosas, entendemos y defendemos que debería ser el sistema de utilización preferente no sólo en la liquidación concursal sino, especialmente, en la vía de apremio de la ejecución singular³⁹. De hecho, éste parece ser el principio rector de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 636, en defecto de convenio entre las partes ejecutante y ejecutada, prioriza la venta por Entidad Especializada a la subasta judicial.

En este sentido, tal vez fuera conveniente que, en una futura reforma del artículo 641 LEC, se eliminara el requisito de la previa pe-

38 Consultable en línea: <https://www.activosconcursoales.com/2023/04/12/privacy-ux-common-cocerns-and-privacy-web-forms-3-2/> (consultado el 30 de septiembre de 2023).

39 Tanto en el orden jurisdiccional civil-mercantil como en los restantes órdenes jurisdiccionales en la medida en que resulte necesario realzar bienes o derechos embargados.

tición expresa para acogerse a este sistema. Mientras ello no suceda, convendrá hacer pedagogía entre los distintos operadores jurídicos y, muy singularmente, entre los Abogados directores de la ejecución⁴⁰. La reforma requeriría también la inaplicación de los actuales artículos 650 y 651 LEC que suponen un aliciente para la parte ejecutante por optar por la subasta judicial habida cuenta de la posibilidad de adjudicarse los bienes por precios irrisorios. Por identidad de razón, deberían también inaplicarse los actuales 670 y 671 de la LEC, relativos a la subasta de inmuebles, si bien abogamos por el mantenimiento de un porcentaje mínimo de adjudicación cuando se trate de la vivienda habitual del ejecutado.⁴¹

También nos parece disuasoria la exigencia de caución a la Entidad Especializada y más aún la injustificable discriminación entre diversas Entidades, según sean públicas, corporativas o privadas. La clave del éxito es la libre concurrencia con la máxima flexibilidad. Lo que sí parece conveniente es que se regulen los requisitos exigibles a las distintas entidades especializadas (capacidad tecnológica para poder dar la máxima difusión a los activos a realizar, transparencia y certificación externa de los datos y seguro de responsabilidad civil).

En cuanto al precio o porcentaje de la realización como retribución por la actuación de la Entidad Especializada, podría acudir a un sistema de precios o porcentajes regulados reglamentariamente, si bien estimamos que la libre competencia entre las diferentes entidades contribuiría a una mejora de resultados al fomentar la competencia entre las distintas plataformas.⁴²

40 Entiéndase, entre los Abogados de la parte ejecutante.

41 Actualmente establecido en el 70% del valor de tasación, reducible al 60% en los supuestos contemplados en el art. 671.

42 Entre los diez principios de la economía enumerados por el Profesor de la Universidad de Harvard, Mankiw, N.G., *Principios de Economía*, sexta edición en castellano, Paraninfo, Madrid, 2012, págs. 11-12 y 65-131, en condiciones

Cabe entender asimismo aconsejable establecer un Registro Público de Entidades Especializadas acreditadas, publicitándose anualmente sus resultados (tasas de realización conseguidas, en general y según tipología de activos⁴³, número de licitantes por subasta, porcentaje de subastas desiertas), de forma que ejecutante, ejecutado y Letrado de la Administración de Justicia cuenten con la máxima información posible a efectos de proceder a la designación de la concreta entidad.

Habida cuenta de la habitual *ausencia*⁴⁴ del ejecutado durante la vía de apremio, consideramos que la iniciativa de proposición de la concreta entidad especializada debería corresponder al ejecutante y, sólo en caso de oposición con propuesta de entidad alternativa, debería corresponder al Letrado de la Administración de Justicia, decidir entre las alternativas propuestas.

Otra dificultad práctica, destacada por la Profesora Cerrato⁴⁵, de la realización a través de entidad especializada es la desconfianza del adquirente a satisfacer el precio antes de la aprobación de la operación por el Letrado de la Administración de Justicia. Como propone la citada autora, la fórmula para superar dicho obstáculo consiste en flexibilizar la interpretación del precepto de forma que sea la entidad especializada quien solicite la aprobación de la operación, incluyendo el detalle de su intervención en los

normales (i.e. ausencia de externalidades, situaciones oligopolistas o sectores estratégicos), los mercados constituyen el mecanismo más eficiente para organizar la actividad económica. En idéntico sentido, los Profesores de la Universidad de Princeton (el primero de ellos, Premio Nobel de Economía 2008), Krugman, p., Wells, R., *Introducción a la Economía. Macroeconomía*, págs. 15 y ss., primera reimpresión de la Versión en castellano, Ed. Reverté, Barcelona, 2011.

43 Viviendas, locales, naves industriales, aparcamientos, trasteros, solares, concesiones, derechos de crédito, unidades productivas, maquinaria, stocks, vehículos, embarcaciones, licencias administrativas, marcas, etc.

44 Léase, falta de participación efectiva.

45 Vid. Cerrato Guri, E., “La privatización del apremio judicial: uno de los grandes retos del proceso de ejecución civil”, *op cit.* págs.421-422.

términos preestablecidos y proponiendo que sea el adjudicatario quien, tras la aprobación de la operación, ingrese en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones el precio del bien adquirido y los honorarios de la entidad especializada, dictándose entonces el pertinente decreto de adjudicación, cuyo testimonio es inscribible en el Registro de la Propiedad ex art. 642.2 LEC.⁴⁶

Como advierte asimismo Cerrato⁴⁷, la cuestión se complica aún mucho más en el –frecuente– supuesto de que el adquirente precise financiación para materializar la operación. La solución propuesta por Cerrato, que compartimos, consiste en aplicar la regla prevista en el art. 670.6 LEC, expidiéndose por el Letrado de la Administración de Justicia testimonio del Decreto aprobando el remate, aún antes de haberse pagado el precio la transmisión, haciendo constar expresamente la finalidad del mismo. Recordemos que, conforme dispone el art. 107.12º de la Ley Hipotecaria, podrá también hipotecarse el derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Conforme sigue disponiendo el citado precepto, una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados.⁴⁸

En definitiva, obtener la mejor realización de los bienes afectos a la ejecución, en el menor tiempo posible y con el menor coste posible, es objetivo que beneficia por igual a ejecutantes, ejecutados y también a la misma eficiencia del propio sistema judicial.⁴⁹

46 Interpretación flexible que, según explica la citada autora [*ob. et loc. cit.*] ya ha sido autorizada en la práctica forense.

47 Vid. de nuevo Cerrato Guri, E., “La privatización del apremio judicial: uno de los grandes retos del proceso de ejecución civil”, *op cit.* pág. 422.

48 Si bien esta interpretación es ya factible *de lege data*, en pro de una mayor eficiencia, la incluiremos asimismo en la posterior propuesta articulada de modificación legislativa.

49 Véase más ampliamente al respecto mi ya citado trabajo Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo: Análisis comparativo y propuestas de mejora*, cit. págs. 173-176.

Si hemos comprobado, con datos, que realización de bienes en la ejecución universal o concursal es más eficiente cuando se encomienda a una entidad especializada que cuando se sigue el sistema de realización por subasta pública electrónica a través del Portal de Subastas del BOE, no existe ninguna razón para descartar –más bien al contrario– que dicha mayor eficiencia también se lograría en las ejecuciones singulares ante cualquier orden jurisdiccional.⁵⁰ A mayor abundamiento, como ha demostrado el ya citado Letrado de la Administración de Justicia Huertas García, a mayor flexibilidad de los requisitos de enajenación, mejores resultados⁵¹ conseguidos.⁵² La reforma consiste pues en flexibilizar los requisitos y establecer como modalidad principal por defecto⁵³ la de la realización de bienes por entidad especializada.

6. Propuesta articulada de modificación legislativa

Como colofón al presente trabajo, presentamos a continuación una propuesta articulada de posible modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil acorde con las propuestas que hemos efectuado.⁵⁴

50 Así lo han entendido las Profesoras Cerrato Guri, E. y Casanovas Martí, R., que, tras haber estudiado académicamente la institución, constituyeron la primera spin off en ciencias sociales de la Universitat Rovira i Virgili, creando la empresa Litigest Consultores que tiene como explícito objetivo potenciar el uso de la ejecución civil privada, tanto en el ámbito de la ejecución universal como de la ejecución singular. Vid. La página web de la citada spin off en <https://litigest.com>.

51 Mejores tasas de realización y menor porcentaje de subastas desiertas.

52 Huertas García, R., *La subasta concursal*, cit., págs. 536 y ss.

53 A salvo del (excepcional) supuesto de existencia de convenio de realización entre las partes.

54 Como cualquier otra propuesta de modificación legislativa, se trata sólo de plantear un posible texto de partida sujeto obviamente a todas las correcciones que el Legislador estime oportuno introducir. Personalmente, pienso que los acadé-

«Único. Se modifica el artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que pasará a tener la siguiente redacción:

“Artículo 641:

1. A falta de acuerdo o convenio de realización ente las partes, la realización de los bienes se realizará a través de entidad especializada inscrita en el correspondiente Registro Público o a través de subasta judicial en los términos previstos en los artículos 643 y siguientes de la presente Ley.

La elección de la realización a través de entidad especializada por cualquiera de los legitimados para promoverla no impedirá, caso de que el proceso de venta a través de entidad especializada no llegue a buen fin, promover la subasta judicial con posterioridad.

2. Reglamentariamente se determinarán los requisitos necesarios para operar como entidad especializada en la realización de bienes en ejecuciones judiciales e inscribirse como tal en el correspondiente Registro Públicos de Entidades Especializadas en la realización de bienes. Entre dichos requisitos, se exigirá la capacidad tecnológica para poder dar la máxima difusión a los activos a realizar, transparencia y certificación externa de los datos y seguro de responsabilidad civil.
3. Corresponderá al Letrado de la Administración de Justicia, al ejecutante o al ejecutado con consentimiento del ejecutante proponer esta forma de realización forzosa. En caso de que por alguno de los legitimados se proponga la venta a través de entidad especializada, las demás partes personadas en el procedimiento de ejecución y el ejecutado aun cuando no lo estuviese, dispondrán de un plazo de cinco días para proponer razonadamente una entidad distinta. En tal caso, corresponderá al Letrado de la Administración de Justicia decidir discrecionalmente en atención al

micos no debemos limitarnos a efectuar reflexiones meramente doctrinales, sino intentar en lo posible contribuir a la mayor eficacia del sistema.

interés de la ejecución, a qué entidad especializada se le encomienda la realización de los bienes así como las condiciones de realización en que deba llevarse a efecto, el contenido y alcance de las facultades delegadas a la entidad especializada, que podrá incluir la propia tasación de los bienes y derechos objeto de ejecución y la capacidad jurídica para la consumación de la compraventa mediante el otorgamiento de los documentos públicos y privados que se precisen para ello, así como el coste de su intervención y, en su caso, la previsión de que dichos costes sean satisfechos por cuenta y cargo de la parte compradora.

4. En la realización de bienes a través de entidad especializada no resultarán de aplicación las previsiones contenidas en los artículos 650, 651, 670 y 671 de esta ley.
5. Ello no obstante, cuando el bien a realizar sea la vivienda habitual del ejecutado no se admitirán posturas inferiores al 70% de la valoración. Mediante Decreto razonado a petición de cualquiera de las partes o de la entidad designada, el Letrado de la Administración de Justicia podrá reducir dicho porcentaje si las excepcionales circunstancias del caso a sí lo aconsejan. Dicho Decreto será recurrible directamente ante el Tribunal.
6. Tan pronto como la entidad especializada esté en condiciones de presentar un ofertante en firme, solicitará al Letrado de Administración de Justicia la aprobación de la operación, incluyendo el detalle de su intervención en los términos preestablecidos y proponiendo que sea el adjudicatario quien, tras la aprobación de la operación, ingrese en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones el precio del bien adquirido y los honorarios de la entidad especializada, dictándose entonces el pertinente decreto de adjudicación, cuyo testimonio será inscribible en el Registro de la Propiedad conforme a lo dispuesto en el artículo 642.2 LEC
7. El Letrado de la Administración de Justicia deberá aprobar la operación o, en su caso, solicitar las justificaciones oportunas sobre la realización y sus circunstancias. Aprobada la operación, se remitirá al Registro Público de Entidades Especializadas en la realización de bienes, la tasa de

realización obtenida por cada bien, precio satisfecho a la entidad especializada y la duración de las operaciones de realización.⁵⁵

8. Cuando el adquirente precise financiación hipotecaria de la operación, el Letrado de la Administración de Justicia expedirá testimonio del Decreto aprobando el remate, aún antes de haberse pagado el precio de la transmisión, haciendo constar expresamente que la finalidad del mismo, conforme prevé el artículo 107.12º de la Ley Hipotecaria, es hipotecar el derecho del adquirente sobre los inmuebles adjudicados. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados“.»

7. Corolario final

Entendemos que, con dicha modificación legislativa, la eficacia de nuestro sistema de ejecución mejoraría ostensiblemente, y, consecuentemente, la eficacia de nuestro sistema judicial en orden a conseguir una tutela judicial realmente efectiva.

El ya denunciado fracaso práctico de nuestro actual sistema de realización de bienes en la vía de apremio es, sin duda, uno de los mayores puntos negros de nuestro sistema procesal.⁵⁶

55 Como antes hemos visto, la posibilidad, en sede de subasta judicial, de que el ejecutante se adjudique los bienes objeto de ejecución, supone un incentivo al ejecutante para optar por dicho sistema. La consecuencia empero es que el valor de realización de los bienes (y, por ende, la reducción de la deuda del ejecutado) es sensiblemente inferior. Por dicho motivo se propone que las previsiones de los arts. 650 y 651 –para bienes muebles– y 670 y 671 LEC–para inmuebles– no sean aplicables en la realización a través de entidad especializada.

56 Recuérdese que, según la percepción ciudadana, España ocupa los últimos lugares de los países de la Unión Europea en la valoración ciudadana del propio

Es imprescindible pues buscar alternativas que permitan revertir esta catastrófica situación que arrastramos ya dese hace demasiadas décadas, en perjuicio de ejecutados, ejecutantes, administración de justicia⁵⁷ y confianza ciudadana en el propio sistema judicial.

Confiar pues, estableciendo las debidas garantías, en la ya constatada mayor eficiencia de las entidades especializadas en la realización de bienes afectos a la ejecución parece una apuesta más que razonable.

sistema judicial en comparación con los restantes sistemas judiciales europeos, concretamente el puesto 19^a de entre los 27, posición que al 23^o lugar cuando se pregunta la percepción ciudadana acerca de la eficacia en materia de ejecución de resoluciones civiles y mercantiles. Vid nuevamente al respecto mi ya citado trabajo, Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo: Análisis comparativo y propuestas de mejora*, cit., (pág. 145, imagen 15, respecto de la valoración global del sistema judicial, y pág. 138, imagen 11, respecto a la eficacia de la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil).

57 Las menores tasas de realización de los bienes embargados comportan un incremento de trabajo para la administración de justicia, puesto que al no saldarse la deuda la ejecución debe proseguir intentando localizar nuevos bienes a embargar o, incluso, el inicio de nuevos procedimientos judiciales para la completa satisfacción del crédito del acreedor (por ejemplo, mediante acciones de responsabilidad de administradores, reclamación contra garantes, solicitudes de concurso, etc.).

Algunas cuestiones, nuevas y clásicas, sobre la obtención de pruebas en materia civil o mercantil en la Unión Europea

*(Some new and classic issues on the taking of evidence
in civil or commercial matters in the European Union)*

Mercedes Serrano Masip

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Lleida

ORCID: 0000-0002-6529-3428

RESUMEN: La obtención de pruebas en el extranjero es un asunto que exige la previsión de vías que faciliten la cooperación judicial internacional. Una de estas vías es la formulación de normas comunes para que sean aplicadas por un conjunto de Estados. Esta acción es llevada a cabo por el Convenio de La Haya de 1970. Se trata de un texto que ha ejercido una gran influencia en la normativa de la Unión Europea dictada para agilizar la transmisión y ejecución de solicitudes de diligencias de obtención de prueba en materia civil o mercantil. Partiendo de este impacto, este trabajo analiza diversas cuestiones que ha planteado la interpretación y aplicación del Reglamento (CE) 1206/2201 y que continúa suscitando el vigente Reglamento (UE) 2020/1783.

PALABRAS CLAVE: Cooperación judicial internacional, Reglamento (UE) 2020/1783, obtención directa de pruebas, órgano jurisdiccional, transmisión electrónica transfronteriza.

ABSTRACT: Taking of evidence abroad is a question that requires the provision of means to ease international judicial cooperation. One of those means is the formulation of common standards to be applied by a group of States. This action is fulfilled by the 1970 Hague Convention. It is a text that has had a great influence on the European Union's Regulations passed to expedite the transmission and execution of requests for the taking of evidence in civil and commercial matters. Based on this impact, the aim of this paper is to analyze various topics that have been raised by the interpretation and application

of Regulation (EC) 1206/2001 and that need to be addressed by the current Regulation (EU) 2020/1783.

KEYWORDS: International judicial cooperation, Regulation (EU) 2020/1783, direct taking of evidence, court, electronic cross-border transmission.

Fecha de recepción: 27 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2024

Algunas cuestiones, nuevas y clásicas, sobre la obtención de pruebas en materia civil o mercantil en la Unión Europea¹

*(Some new and classic issues on the taking of evidence
in civil or commercial matters in the European Union)*

Mercedes Serrano Masip
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Lleida
ORCID: 0000-0002-6529-3428

SUMARIO

1. Delimitación del estudio. **2.** Cooperación judicial en materia de obtención de pruebas en el extranjero. El Convenio de La Haya de 1970. **3.** Enfoque de la Unión Europea respecto de la obtención de pruebas en el extranjero. La cooperación judicial en los reglamentos de obtención de pruebas de 2001 y 2020. **4.** Conclusiones. **5.** Bibliografía.

1. Delimitación del estudio

Cabía entender que, en la UE, la cooperación judicial diseñada con el fin de facilitar y promover la solicitud de obtención de pruebas

1 Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “El Derecho Procesal Civil y Penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” (PID2021-124027NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

en un Estado miembro distinto al del foro, se había quedado anclada en el régimen establecido en el Reglamento (CE) 1206/2001. Régimen que era bastante fiel al instaurado en el Convenio de La Haya de 1970. No obstante, su escasa aplicación y la necesidad de adaptar los procedimientos tanto de auxilio judicial activo como pasivo a la digitalización y a las tecnologías de la información y comunicación provocaron la elaboración y aprobación de un nuevo instrumento normativo.

El tiempo transcurrido hasta la aplicación del nuevo Reglamento (UE) 2020/1783 constituye un factor que invita a hacer un balance de lo logrado partiendo de lo programado y es lo que se ha pretendido realizar en este breve estudio. Intentando mantener siempre la perspectiva del Derecho procesal civil, era conveniente iniciar el recorrido en el Convenio de La Haya puesto que es un texto legal que muestra cuáles puede ser la cuestiones que deben ser resueltas y cómo deben serlo.

El segundo paso ha consistido en examinar cómo ha enfocado la UE la obtención de pruebas en el extranjero mediante la cooperación judicial. Interesaba detenerse en los procedimientos que se regulan en el Reglamento (CE) 1206/2001 cuya trascendencia es innegable al ser el primer acto jurídico vinculante para todos los Estados miembros, excepto Dinamarca. Su grado de efectividad es puesto de manifiesto por distintos informes de evaluación cuyos resultados conducen a su derogación.

Resultaba muy atractivo detenerse en cómo se decidió enlazar los avances informáticos y el progreso tecnológico con unos trámites muy consolidados a través de los cuales los Estados europeos han colaborado entre sí, desde finales del s. XIX, para que pudiera sustanciarse un proceso en el que el elemento extranjero era una fuente de prueba. Pero también se ha estimado ineludible revisar diversos extremos que podrían calificarse de tradicionales y baja repercusión en los momentos actuales.

Volver a analizar, a partir de nuevos datos, conceptos e instituciones ya clásicos sobre los que el Reglamento (UE) 2020/1783 edifica sus reglas, singularmente, el de “órgano jurisdiccional” y “diligencia probatoria”, así como, el carácter dispositivo de aquellas, ha sido un método

bastante adecuado puesto que nos sitúa en el presente, sin olvidar el pasado y mirando hacia el futuro.

2. Cooperación judicial en materia de obtención de pruebas en el extranjero. El Convenio de La Haya de 1970

La presencia de un elemento internacional o extranjero en una relación o situación jurídica que se convierte en litigiosa puede suscitar múltiples cuestiones a las que, aun cuando sea en último lugar, ha de dar respuesta el Derecho procesal. Así, por ejemplo, determinar los presupuestos procesales relativos al tribunal y a las partes, el objeto del proceso, el tipo de procedimiento a tramitar, la forma de llevar a cabo los actos de comunicación y, como no, la práctica de los medios de prueba en un Estado distinto al del foro. Y decimos que la intervención del Derecho procesal se suele estimar secundaria porque ante un litigio con elementos extranjeros la primera institución que entra en juego es la asistencia judicial internacional de la que se ocupa un sector del Derecho internacional privado. Mediante ella pueden superarse las trabas que para el otorgamiento de la tutela judicial efectiva se derivan del fraccionamiento y disparidad de sistemas jurídicos, así como de la división territorial de los poderes jurisdiccionales. Al constituir el ejercicio de la función jurisdiccional un atributo de la soberanía, los Estados no pueden de manera unilateral autorizar a sus órganos jurisdiccionales la realización de actos procesales en el extranjero. Cuando sea preciso la obtención de pruebas más allá de sus fronteras debe solicitarse la colaboración del Estado en el que ha de practicarse el medio de prueba y que deberá transmitir la información resultante de dicha práctica².

2 Vid. FERNÁNDEZ ROZAS J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022, pp. 23-29 y 336-

Además, la columna que vertebra la asistencia judicial internacional es, en esencia, la misma independientemente de que se utilice en un contexto de una estricta cooperación internacional o en el marco de una integración jurídica supraestatal que es el supuesto de la Unión Europea.

En cualquier caso, y ya centrándonos en la obtención de pruebas, el auxilio judicial internacional supone siempre, de un lado, un ejercicio de confrontación entre distintos ordenamientos jurídicos que pone de manifiesto sus diferencias en la regulación de la prueba y, de otro, una actividad de elección del mecanismo de cooperación que sea más eficaz en el logro del objetivo. Y en estos dos extremos radican las principales dificultades a las que debe enfrentarse la práctica transfronteriza de medios de prueba. A la búsqueda de soluciones que proporcionen un grado suficiente de seguridad jurídica, previsibilidad y agilidad se ha empeñado Europa, singularmente, desde finales del s. XIX.

Será en el seno de una organización intergubernamental, esto es, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, donde se llevaron a cabo iniciativas y trabajos desde finales del s. XIX con el fin de elaborar unas normas comunes sobre de obtención pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil. Los acuerdos internacionales que se alcanzaron se han plasmado en diversos Convenios que proporcionan claridad y seguridad en tres áreas, una de las cuales es la relativa a litigios transnacionales³.

Resulta interesantísimo observar cómo se ha ido profundizando en aspectos de Derecho procesal civil internacional desde la primera

340; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FJ., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 35-45; DIAGO DIAGO, Mª P., *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 22-31.

3 <https://www.hcch.net/es/about>; en la misma web de la organización pueden consultarse los Convenios: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions> (fecha de última consulta: 31 de octubre de 2023).

Conferencia en 1893 hasta la firma del Convenio vigente, de 18 marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil⁴. Según consta en las breves líneas de la Exposición de motivos del citado Convenio sus objetivos son: facilitar la transmisión y ejecución de las comisiones rogatorias⁵ e incidir en los métodos de obtención de prueba ya utilizados con el fin de perfeccionarlos, en particular, en lo relativo a las intervenciones de los agentes diplomáticos y consulares y comisarios⁶. Por tanto, el Convenio de La Haya de 1970 prevé las dos tipologías de auxilio internacional, la activa y la pasiva, con el fin facilitar la de obtención de pruebas en el extranjero para ser incorporadas en procesos iniciados o que se pretendan incoar.

- 4 Vid. en particular, los análisis de la evolución de los trabajos de la Conferencia de La Haya, en un campo específico de la cooperación judicial internacional como es la obtención de pruebas que es separada de la notificación internacional, efectuados por DIAGO DIAGO, M^a P., *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, op. cit., esp. pp. 37-42 y Villamarín López, M^a L., “Obtención de pruebas en otros Estados de la Unión Europea. Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil”, en DE LA OLIVA SANTOS, A. (dir.) y CALDERÓN CUADRADO, M^a P. (coord.), *De-recho Procesal Civil Europeo*, vol. II, Acceso a la Justicia y auxilio judicial en la Unión Europea, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 297-300.
- 5 En los Convenios de La Haya que abordan la práctica de medios de prueba en un Estado contratante distinto al del foro, p. ej. el Convenio sobre el Procedimiento Civil de 1954, se definen las comisiones rogatorias, o cartas rogatorias, indicando que son peticiones que la autoridad judicial de un Estado contratante dirige a la autoridad competente de otro Estado contratante para que ejecute, dentro del territorio de su jurisdicción, actos de instrucción u otros actos judiciales. El Convenio de 1970 acomete un cambio importante en la agilización de las comisiones rogatorias ya que dejan de ser transmitidas por vía diplomática o consular y se envían a la autoridad central que designa el Estado requerido.
- 6 Otra de las novedades que introduce el Convenio de La Haya de 1970 respecto del Convenio de 1954 es la figura del comisario propia de los sistemas de *common law*. Acerca del concepto, designación e intervención del comisario, vid. DIAGO DIAGO, M^a P., *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, op. cit., esp. pp. 74 y 75.

En cuanto al auxilio activo (arts. 1 a 14), cooperación judicial en la que son las autoridades requeridas las que practican las diligencias probatorias solicitadas por una autoridad extranjera respecto de un proceso incoado o que se pretenda incoar, se simplifica la preparación de las comisiones rogatorias y se facilita su transmisión al Estado requerido siendo la Autoridad Central la receptora y la que remite la petición al órgano competente para la ejecución. Junto a esa medida, se reducen las causas de denegación de la ejecución de la solicitud y se prevé la posibilidad de que los Estados contratantes manifiesten su negativa a ejecutar diligencias en el seno de los procedimientos de *pre-trial discovery of documents*⁷. Finalmente, cabe apuntar que la ejecución de las diligencias ha de ajustarse a las normas del Estado requerido (*lex fori regit processum*), aunque para asegurar la validez de los medios de prueba practicados se concede al Estado requirente la facultad de solicitar que se tramite un procedimiento especial previsto en su ordenamiento jurídico.

Por lo que respecta al auxilio pasivo (arts. 15 a 22), cooperación judicial según la cual el Estado requerido tolera la realización en su territorio de diligencias probatorias por autoridades de otro Estado, se caracteriza por la reducción del ámbito en el que puede operar, pues, se limita a procesos ya iniciados y por corresponder su ejecución a funcionarios diplomáticos o consulares, así como a comisarios, sin que deban obtener previa autorización de la Autoridad Central, pero estándoles prohibido acordar medidas de compulsión en orden a lograr la práctica efectiva de la prueba. Debe señalarse que la obtención de pruebas por dichos funcionarios es una novedad del Convenio de 1970 respecto del de 1954⁸.

7 El art. 23 del Convenio de La Haya de 1970 dispone que los Estados contratantes podrán declarar al tiempo de la firma, ratificación o adhesión, que no ejecutarán las comisiones rogatorias en las que se solicite la obtención de documentos a través del trámite, conocido en los países de *common law*, con el nombre de *pre-trial discovery of documents*.

8 Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, op. cit., esp. p. 353.

3. Enfoque de la Unión Europea respecto de la obtención de pruebas en el extranjero. La cooperación judicial en los Reglamentos de Obtención de Pruebas de 2001 y 2020

La asistencia judicial transfronteriza es un extremo vital en el ámbito de la Justicia, también de la UE que a partir del Tratado de Ámsterdam de 1997 aborda con decisión la construcción y el desarrollo del ELSJ, teniendo siempre muy en mente que debe adoptar todas las medidas que exige el buen funcionamiento del mercado interior. Este pragmatismo tiene, no obstante, muy presente que la regulación que vaya a configurar el auxilio judicial en materia civil y mercantil ha de estar informada por valores superiores y derechos procesales fundamentales como el acceso a la justicia, derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho de defensa. En definitiva, un espacio sin fronteras internas requiere que la dimensión económica esté acompañada por la jurisdiccional, puesto que es esta la que tiene la misión de velar por la plenitud de los derechos reconocidos a las personas⁹.

Respondiendo a esa convicción fueron aprobados en poco tiempo los dos instrumentos que constituyen las bases de la cooperación judicial en la UE: el Reglamento relativo a la notificación y traslado en los EM de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (1348/2000) y el Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

9 Cfr. DIAGO DIAGO, M^a P., *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, op. cit., esp. pp. 42-47.

3.1. Reglamento de Obtención de Pruebas 1206/2001

3.1.1. Procedimientos establecidos para la obtención de prueba transfronteriza

Aun cuando el Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (ROP 2001, en adelante)¹⁰ desplaza al Convenio de La Haya de 1970 entre los Estados miembros, con excepción de Dinamarca, y su principal propósito es establecer un sistema descentralizado, moderno y eficiente de contacto bilateral directo entre los órganos jurisdiccionales, para la transmisión de las solicitudes y el resultado de las pruebas, no puede negarse que aquel Convenio es no solo su punto de partida, sino también el modelo que toma de referencia¹¹.

Del texto articulado del ROP 2001, conviene destacar que fija normas precisas en cuanto a la forma y contenido de las solicitudes de realización de diligencias de obtención de pruebas y a las posteriores comunicaciones entre el órgano jurisdiccional requirente y requerido. Al objeto de garantizar un máximo de claridad y seguridad jurídica, las solicitudes se presentan por medio de formularios estandarizados. Han de ser redactadas en la lengua oficial del Estado miembro requerido, debiéndose transmitir por la vía más rápida aceptada por el Estado miembro requerido, siempre que permita asegurar la integridad y la autenticidad del documento expedido. La eficacia de los procedimientos de obtención de pruebas que instituye pretende ser alcanzada imponiendo plazos para

10 DOCE de 27 de junio de 2001, nº L 174, pp. 1-24.

11 El grado de influencia del Convenio de La Haya de 1970 en el ROP 2001 es explicado por RICHARD, V. y HESS, B., “The 1965 Service and 1970 Evidence Conventions as crucial bridges between legal traditions?”, en John, T., Gulati, R. & Köhler, B. (eds.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), 2020, p. 289.

la realización de las actuaciones y circunscribiendo la denegación de la ejecución de las solicitudes a situaciones excepcionales y delimitadas.

El presupuesto del que depende la aplicación del ROP 2001 es la práctica de pruebas en un Estado miembro distinto al del foro en los casos a los que se refiere su art. 1; esto es, cuando el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico, solicite bien la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro bien la realización de esas diligencias directamente en otro Estado miembro. En cualquiera de ambos casos, la obtención de pruebas debe estar destinada a utilizarse en una causa iniciada o que se prevea incoar.

Una vez delimitado su ámbito, el ROP 2001 diseña en detalle los procedimientos que han de seguirse para la obtención de prueba transfronteriza, distinguiendo entre la asistencia judicial activa (art. 10) y la pasiva (art. 17). Este segundo tipo de asistencia permite que el órgano jurisdiccional requirente practique un medio de prueba, o encargue su práctica a otra persona, p.ej. un experto, en el Estado miembro donde se halle la fuente de prueba. Presenta importantes ventajas si se compara con la activa, ya que al practicarse las diligencias probatorias con intermediación y de conformidad con el Derecho del Estado miembro en el que se tramita el proceso, aumentan las posibilidades de que aquellas sean eficaces y, por tanto, su resultado pueda ser valorado en el momento de dictar sentencia¹². Aspectos positivos que, no obstante, hallan su contrapeso en ciertos inconvenientes, por ejemplo, la práctica de las diligencias ha de estar autorizada por el órgano central designado por el Estado requerido y en su ejecución están prohibidas medidas coercitivas (art. 17).

Asimismo, debe señalarse que en ambos tipos de asistencia pueden utilizarse medios tecnológicos de comunicación, mencionándose expresamente la videoconferencia y la teleconferencia (arts. 10.4 y 17.4).

12 Vid. VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a L., “Obtención de pruebas en otros Estados de la Unión Europea”, op. cit., esp. pp. 357 y 358.

Por último, estimamos significativo traer a colación que el ROP 2001 favorece el diálogo el órgano jurisdiccional requirente y el requerido. En lo atinente a la asistencia judicial activa, la interacción se promueve al estar previsto que el órgano jurisdiccional requirente pueda pedir al requerido que la solicitud se ejecute de acuerdo con alguno de los procedimientos especiales previstos en su Derecho (art. 10.3), así como, en los supuestos en los que informa al requerido que, en la obtención de la prueba, las partes, sus representantes y mandatarios, no solo van a estar presentes sino que solicita su participación, ya que el requerido determinará las condiciones en las que aquellos pueden participar (arts. 11 y 12). También, en la asistencia judicial pasiva debe entablarse tal dialogo pues la autoridad central puede imponer ciertas condiciones que deben observarse en la práctica de las diligencias probatorias, así como, puede designar un órgano jurisdiccional que participará en las diligencias a fin de que garantice la aplicación de aquellas condiciones (art. 17.4)¹³.

3.1.2. Evaluación de la aplicación del ROP 2001

De conformidad con lo previsto en el art. 23 ROP 2001, la Comisión lleva a cabo en 2007 un estudio sobre la aplicación del ROP 2001 y elabora un informe que presenta al Parlamento, Consejo y al Comité Económico y Social Europeo¹⁴. Su conclusión principal es que el Reglamento ha mejorado, simplificado y acelerado la cooperación entre los órganos jurisdiccionales por lo que se refiere a la obtención de pruebas. En particular, resalta la agilidad lograda mediante la comunicación directa entre los órganos jurisdiccionales y el empleo de formularios normalizados.

Pero también en dicho informe se exponen los problemas advertidos que cabe ordenar en tres grupos. En el primero cabría englobar

13 Vid. Sladič, J., “L’obtention de preuves en matière civile et commerciale dans l’espace judiciaire européen : *status quaestionis* et la réforme envisagée”, *Revue des affaires européennes*, 2021/1, pp. 193 y 194.

14 Documento COM (2007) 769 final, de 5.12.2007.

los de índole práctica, entre los que se hallan: el envío de las solicitudes, en la cooperación activa, a la autoridad central en lugar de hacerlo directamente al órgano requerido; la redacción de los formularios en las lenguas oficiales de los Estados miembros requirentes y no en las de los requeridos; y las frecuentes interrupciones de las comunicaciones entre los Estados miembros requirente y requerido, lo que conlleva como efecto colateral el incumplimiento de los plazos establecidos. Un segundo grupo reuniría en su seno los problemas de índole técnica, entre los que se destaca la escasa utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación, singularmente, la videoconferencia. Y, en el último grupo quedarían comprendidos los de índole jurídica que, esencialmente, se circunscriben al significado y contenido de tres conceptos mediante los que el ROP 2001 delimita su ámbito de aplicación y que son “materia civil y mercantil”, “órgano jurisdiccional” y “pruebas”¹⁵. Sobre estos problemas jurídicos, la Comisión aun cuando precisa que su resolución corresponde al TJUE recuerda a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que, al tratarse de conceptos autónomos del derecho UE, estos deben ser interpretados de manera que no se impida alcanzar los objetivos del ROP 2001. En cierto modo, viene a decir que optar por una interpretación amplia soslayaría la denegación de las solicitudes.

Sobre la base de los resultados expuestos, la Comisión afirma que no debe modificarse el ROP 2001, pero sí mejorar su funcionamiento. Como extremos más negativos señala, de un lado, la infrautilización de las tecnologías de la comunicación y, de otro, la obtención directa de pruebas. De modo que anima a los Estados miembros a dotar a los órganos jurisdiccionales de los medios tecnológicos necesarios para que la videoconferencia sea el medio normal de obtención de prueba.

15 En el informe, se hace hincapié en que la indefinición de “pruebas” genera interpretaciones divergentes respecto a si entran en el ámbito de aplicación del ROP 2002 la obtención de sangre y muestras biológicas, así como, las pruebas periciales practicadas en los procesos relativos a la filiación, familia y bienestar infantil.

A partir de la publicación del informe de la Comisión, se inicia un período en el que se suceden una serie de estudios jurídicos y económicos, consultas y evaluaciones de distinta naturaleza¹⁶. Todos estos trabajos proporcionan datos y permiten extraer conclusiones que van a ser determinantes a la hora de modificar el Reglamento. Debido al análisis contextualizado al que somete la aplicación del ROP 2001 junto a otros instrumentos normativos UE de Derecho procesal civil y a las diversas metodologías empleadas para la recogida de información, estimamos pertinente detenernos en los resultados que figuran en el Informe que es encargado por la Comisión a un consorcio de Universidades europeas liderado por el Instituto Max-Planck de Luxemburgo para el Derecho Procesal y que es publicado en 2017¹⁷.

En dicho Informe se deja constancia de la importancia que, para la normalización de la litigación transfronteriza, tiene la obtención de prueba en el extranjero. Y, si no se logra dicha normalización, es en parte debido bien a la inaplicación del ROP 2001 bien a su aplicación incorrecta. Así se observa que no se aplican las normas que regulan la obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente, sino que se eluden.

16 La Comisión en 2014 identifica los desafíos a los que ha de hacer frente en orden a consolidar el espacio europeo común de justicia; desafíos que consisten en continuar respaldando la confianza mutua, los derechos que promueven la movilidad de los ciudadanos y la recuperación económica en la Unión, y establece que una de las vías para afrontarlos estriba en complementar el marco normativo con nuevas iniciativas. Alude, expresamente, a la necesidad de incidir en los derechos procesales civiles en lo que concierne a la notificación de documentos y obtención de pruebas. Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *La Agenda de Justicia de la UE para 2020 – Reforzar la confianza mutua, la movilidad y el crecimiento en la Unión*, COM (2014) 144 final, de 11.3.2014.

17 Se trata del Informe: *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law*, JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, pp. 113-125.

Esta consecuencia deriva, básicamente, de dos causas, siendo una de ellas las disparidades entre las legislaciones nacionales en materia de prueba¹⁸; y la segunda, es una combinación de bajo nivel de cooperación judicial e inseguridad jurídica ocasionada por la vaguedad de algunos preceptos del ROP 2001¹⁹. Por otro lado, ya se ha indicado, que tampoco la aplicación del ROP 2001 está exenta de valoraciones negativas²⁰.

Esencialmente, las propuestas de mejoras que se formulan en el Informe analizado giran en torno a dos ejes, siendo el primero el fomento del empleo de las tecnologías de la información y la comunicación, así como a la digitalización. El segundo eje es la armonización de estándares mínimos relativos a la práctica de los medios de prueba centrados, de un lado, en la limitación de los motivos que las partes o los terceros pueden esgrimir para no proporcionar información y, de otro, en los deberes de confidencialidad que se les imponen²¹.

18 Un ejemplo significativo de los efectos que ocasiona la falta de armonización de las legislaciones domésticas son los casos en los que el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda, en lugar de solicitar el interrogatorio de un testigo al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro donde aquel reside, lo cita de forma directa o admite la presentación de declaraciones testimoniales por escrito.

19 Se aporta como ejemplo la duda acerca de a quién corresponde asumir los gastos generados por la intervención de intérpretes, así como por el uso de la videoconferencia.

20 Se mencionan en particular: la excesiva duración de los procedimientos, el incumplimiento de los plazos, los obstáculos para contactar con testigos y peritos, así como, los problemas técnicos que impiden un adecuado desarrollo de las videoconferencias.

21 En concreto, los estándares mínimos en materia probatoria podrían versar sobre: los motivos que las partes y los terceros podrían invocar para no responder a las preguntas planteadas o no exhibir los documentos requeridos, las sanciones que cabría imponer a los testigos que se negaran a declarar y los métodos de la designación de expertos. Se justifica su previsión en que seguiría las pautas ya sentadas en la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DOUE de 30 de abril de 2004, nº L 157, pp. 45-86), la Directiva 2014/104/

Partiendo de los resultados del anterior Informe, de los datos proporcionados por las evaluaciones e informes sobre el ROP 2001²² y en el contexto de las políticas de la UE tendentes a procurar un mercado único digital que incluye digitalizar e informatizar la Administración de justicia, lograr la interoperabilidad transfronteriza y fomentar la adopción de nuevas tecnologías en el funcionamiento diario de los sistemas judiciales²³, la Comisión elabora una Propuesta de nuevo Reglamento de obtención de pruebas²⁴.

UE relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE de 5 de diciembre de 2014, n° L 349, pp. 1-19) y la Directiva (UE) 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE de 15 de junio de 2016, n° L 157, pp. 1-18).

- 22 Destacamos la evaluación de impacto, que acompaña a la Propuesta de reforma del ROP 2001, contenida en el SWD (2018) 285 final, de 31.5.2018 encargada a DeLoitte. Algunos de los obstáculos identificados, durante el período de 2001 a 2017, que han restado eficacia a las modalidades de cooperación judicial instauradas en el ROP 2001 son el hecho de haber impuesto a los Estados miembros la obligación de adaptarse a los avances tecnológicos, la constatación de que los sistemas de videoconferencia de los Estados miembros no son interoperables, el carácter facultativo del ROP 2001, la disparidad de las normativas nacionales relativas a la obtención de pruebas y la inseguridad jurídica provocada por interpretaciones divergentes de los conceptos “órgano jurisdiccional” y “pruebas” (cfr. esp. pp. 9-17 y 74-123).
- 23 Entre otros documentos, deben destacarse de un lado, *La agenda de la Justicia para 2020-Reforzar la confianza, la movilidad y el crecimiento en la Unión*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2014) 144 final, de 11.3.2014 y, de otro, el Plan de acción plurianual 2009-2013 del Consejo relativo a la *Justicia en red europea*, cuyo objetivo era fomentar la digitalización de los procesos judiciales transfronterizos y facilitar la comunicación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros, que permitió lanzar el proyecto e-CODEX –Comunicación para la justicia digital mediante el intercambio de datos en línea– (DOUE de 31 de marzo de 2009, n° C 75, pp. 1-12)
- 24 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a

Con esta acción se pretende que la cooperación judicial pueda beneficiarse de las ventajas de la digitalización y las tecnologías electrónicas para agilizar las comunicaciones, así como, la obtención de pruebas de forma directa, velando por un mayor uso de las videoconferencias. A estos objetivos se suma el propósito de controlar el cumplimiento de las normas en materia de seguridad e incrementar las salvaguardas de los derechos fundamentales de las partes y terceros afectados. Concretamente, a través de la reforma del ROP de 2001 se quiere instituir la transmisión electrónica como canal prioritario para la comunicación y el intercambio de documentos. En materia de obtención de prueba transfronteriza, así como en otros instrumentos UE que tienen por objeto la modernización de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, la máxima “digital por defecto” ha de servir para mejorar la eficiencia y resiliencia de la comunicación, además de facilitar la reducción de costes y carga administrativa, dando preferencia al uso del canal digital de comunicación²⁵. Complemento de esta medida es la eliminación de los

la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, COM (2018) 378 final, de 31.5.2018.

- 25 La modificación del ROP 2001 coincide en el tiempo con la que se opera en el Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. Ambos actos legislativos comparten la finalidad de constituir un marco eficiente para la cooperación judicial transfronteriza. De modo que una de las novedades comunes que ambos experimentan es la de adaptarse a las exigencias del mercado único digital incorporando, como regla general de funcionamiento o cauce de uso obligado, medios electrónicos de comunicación. Vid. AGUILERA MORALES, M., “El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos: novedades e implicaciones internas”, *Revista General del Derecho Europeo*, 2022, núm. 53, pp. 9-13; VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a L., “Influencia de los estándares europeos en el régimen español de notificaciones”, en GASCÓN INCHAUSTI, F. y PEITEADO MARISCAL, P. (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 200-203 y MARCHAL ESCALONA, N., “El nuevo marco europeo sobre noti-

obstáculos jurídicos a la admisión de pruebas electrónicas. Asimismo, se pretende fomentar el uso de modernas vías de obtención de pruebas, como es la videoconferencia, cuando deban declarar personas residentes en un Estado miembro distinto del de la celebración del juicio. Siendo sensible a los elevados costes que han de ser sufragados por los Estados miembros para dotar a sus órganos jurisdiccionales de los sistemas electrónicos apropiados, la UE se compromete a financiar proyectos nacionales. Finalmente, interesa destacar que el legislador UE asume que debe fijarse con mayor precisión el ámbito de aplicación del nuevo ROP, entendiendo que para ello es imprescindible aclarar el concepto de “órgano jurisdiccional”.

En suma, se afirma que todas estas medidas van a tener un impacto positivo para las personas físicas y jurídicas que hayan de intervenir en las causas judiciales transfronterizas, puesto que conseguirán que se tramiten con más celeridad y sean más económicas. Como resultado de incidir en las garantías del derecho de acceso a la justicia y a la protección de datos²⁶, la Comisión pronostica que las empresas verán mejorada su condición de parte. La reducción de los riesgos asociados al surgimiento de conflictos estimulará la celebración de transacciones transfronterizas y mejorarán el funcionamiento del mercado interior.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se comprende que había llegado el momento de aprobar un nuevo ROP.

ficación y obtención de pruebas en el extranjero”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, vol. 74, n° 1, pp. 159-165.

26 Es a partir de estos derechos que ha de configurarse un sistema de intercambio de datos electrónicos entre los órganos jurisdiccionales que garantice la integridad, autenticidad y privacidad de los datos que se transmitan. Al establecer unos usuarios predefinidos del sistema (sólo órganos jurisdiccionales y autoridades centrales) se instituye una garantía adicional del tratamiento legal de los datos personales, pues, serán transmitidos en un entorno cerrado y controlable. Asimismo, se prevén normas que van a favorecer el reconocimiento mutuo de las pruebas digitales con vistas a disminuir los casos de inadmisión.

3.2. Reglamento de Obtención de Pruebas 2020/1783

Si el Reglamento (UE) 2020/1738 del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en material civil y mercantil (ROP 2020, en adelante)²⁷ se confronta con el ROP 2001 cabe sostener que no lleva a cabo una reforma radical del sistema de cooperación judicial instaurado por este último, sino que, básicamente, lo adapta a nuevas realidades y exigencias. Así, los avances tecnológicos se incorporan a la obtención de pruebas y a la cooperación judicial con el fin de disipar las posibles dudas que pudieran surgir sobre la validez de la transmisión electrónica de las solicitudes, la comunicación electrónica entre autoridades competentes y la digitalización de documentos.

Pero también se advierte la voluntad de promover la aplicación del ROP 2020 fomentando la obtención directa de pruebas en otro Estado miembro. Este propósito se constata no solo en las disposiciones que apuestan por la utilización de la videoconferencia (arts. 12.4 y 20), sino en regular la obtención de pruebas por agentes diplomáticos o funcionarios consulares (art. 21). Aun cuando no estemos ante una nueva modalidad de auxilio pasivo internacional, pues, ya estaba prevista en el Convenio de La Haya de 1970, el hecho de que no estuviera expresamente regulada por el ROP 2001, y se haya decidido su inclusión en el instrumento que lo actualiza, pone de relieve que es considerada una pieza clave del sistema.

No es este el lugar adecuado para analizar detenidamente todas y cada una de las cuestiones que suscita el ROP 2020. Con el fin de dedicarles especial atención en este trabajo han sido seleccionadas las que hemos estimado más relevantes por su novedad, así como las que arrastran incertidumbres desde el ROP 2001 a las que no se consigue

27 DOUE de 2 de diciembre de 2020, n° L 405, pp. 1-39.

dar una respuesta satisfactoria. Desde estas ideas, abordaremos el carácter del Reglamento, las nociones de “órgano jurisdiccional” y “diligencia de prueba”, el uso preferente de la informática y la digitalización en el desarrollo de los procedimientos, la obtención de prueba directa y la asunción de los gastos.

3.2.1. Carácter del Reglamento: norma general y de aplicación facultativa

Al igual que su predecesor, el ROP 2020 se aplica cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, solicita la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro o la obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro, en procesos incoados o que se prevea incoar (art. 1)²⁸. Su transversalidad comporta que, de manera previa a su aplicación, deba procederse al examen acerca de si existe algún precepto sobre obtención de pruebas en otro instrumento normativo de la UE que aborde la cooperación judicial respecto de una determinada materia civil o mercantil; en caso afirmativo, debe ser aplicado el precepto especial²⁹.

28 El ROP 2020 prevalecerá sobre las disposiciones de los convenios bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados miembros, en especial los Convenios de la Haya de 1954 y de 1970, en las relaciones entre los Estados miembros que sean parte en dichos convenios. Ahora bien, el ROP 2020 permite que dos o más Estados miembros celebren acuerdos encaminados a facilitar en mayor medida la obtención de pruebas, siempre que sean compatibles con sus disposiciones (art. 29).

29 Cabe citar como ejemplo, el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, cuyo considerando 39 precisa que con el fin de dar audiencia al menor, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen ha de poder utilizar todos los medios que pone a su disposición el derecho nacional, además de los instrumentos propios de la asistencia judicial internacional (DOUE de 2 de julio de 2019, n° L 178, pp. 1-115) y el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación

Pero incluso en los supuestos en los que la obtención de prueba en el extranjero no deba ajustarse a lo regulado en un instrumento normativo de la UE específico, ha sido aceptado que pueda soslayarse la aplicación del ROP 2020. Así, es comúnmente aceptado que sus preceptos no son ni preceptivos ni exhaustivos, sino que el tribunal y las partes pueden optar por obtener las pruebas en otro Estado miembro a través de vías diferentes, siempre y cuando no consistan en actos de soberanía, esto es, de ejercicio del poder público, respecto de los que no se ha obtenido la autorización³⁰. Nada que matizar al respecto. El objeto del ROP 2020 es la cooperación judicial civil en la UE en materia de obtención de pruebas. De ahí que se limite a prever las vías con arreglo a las cuales el órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede solicitar al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro la práctica de pruebas o que sea autorizado a practicarlas directamente. Partiendo de este supuesto, que es el que determina la aplicación del ROP 2020, el legislador europeo ha diseñado unos cauces de obtención de pruebas en el extranjero que estima son los más sencillos, eficaces, seguros y ágiles.

Los apoyos más sólidos de la tesis mayoritaria que defiende el carácter facultativo del ROP 2020 son, de un lado, la flexibilidad respecto a la obtención de pruebas en el extranjero reconocida en instrumentos normativos de la UE encaminados a profundizar en la litigación trans-

en materia de obligaciones de alimentos, cuyo art. 51.2.c prevé el intercambio de información entre autoridades centrales a los efectos de localizar a los deudores y determinar sus ingresos y patrimonio en la medida que sea necesario (DOUE de 10 de enero de 2009, nº L 7, pp. 1-79).

- 30 Vid. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FJ., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, op. cit., esp. pp. 408 y 409; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, op. cit., esp. p. 355 y RAMÍREZ BENAVENTE, M^a D., “La obtención de prueba en la Unión Europea: evolución y análisis del Reglamento (UE) 2020/1783 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2021, núm. 55, pp. 255 y 256.

fronteriza³¹ y, de otro, la jurisprudencia del TJUE. Dedicaremos unas líneas a esta última porque muestra cómo puede articularse en el futuro la obtención de prueba transfronteriza.

Tratándose del interrogatorio de un testigo residente en otro Estado miembro, este puede ser citado para comparecer de conformidad con la ley del foro y los efectos de la incomparecencia también puede ser los establecidos por dicha normativa. Esta es la tesis que sostiene el TJUE en la sentencia dictada en el as. C-170/11³². Para el TJUE esta actuación no es incompatible con el ROP ya que no deben restringirse las posibilidades de que dispone un órgano jurisdiccional de llevar a cabo el interrogatorio. Es más, si la parte citada en calidad de testigo está dispuesta a comparecer voluntariamente puede resultar más sencillo y eficaz aplicar las disposiciones nacionales. Incluso parece que el TJUE estime que la opción elegida por el tribunal nacional, en el supuesto que da origen al planteamiento de la cuestión prejudicial, es la correcta, pues afirma que, si bien el ROP 2001 prevé la obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional ante el que se celebra el proceso con arreglo al derecho del Estado miembro al que pertenece, dicha modalidad de cooperación no deja de estar sujeta a la autorización y a las condiciones impuestas por el organismo central o la autoridad competente del Estado miembro requerido (aps. 30-32)³³.

31 Se cita como ejemplo el art. 9.3 del Reglamento (CE) 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, en el que se faculta al órgano jurisdiccional para que opte “por el medio de práctica de la prueba más sencillo y menos gravoso” (DOUE de 31 de julio de 2007, nº L 199, pp. 1-22).

32 Sentencia *Lippens*, de 6 de septiembre de 2012, C-170/11, ECLI:EU:C:2012:540.

33 Los argumentos expresados en la sentencia *Lippens* se mantienen en una reciente resolución del TJUE: auto VP, de 8 de septiembre de 2022, as. C-188/22, ECLI:EU:C:2022:678. En ella se declara que los arts. 1 y 17 ROP 2001 deben interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que desee oír a una persona residente en otro Estado miembro no está obligado a aplicar los medios de obtención de prueba previstos en el ROP, sino que está

Estimando fundados y lógicos los argumentos hasta ahora expuestos del TJUE, suscita cierta confusión el sentido que deba darse a unas palabras posteriores al parecer dictadas “a mayor abundamiento”, según las cuales el órgano jurisdiccional, además de la facultad de elegir entre la aplicación del ROP 2001 y su derecho nacional para la práctica del interrogatorio, “conserva la libertad de deducir de la incomparecencia injustificada de una parte en calidad de testigo las consecuencias previstas por su propio Derecho nacional, siempre que se apliquen de un modo conforme con el Derecho de la Unión” (ap. 38).

Por lo que se refiere a la práctica de la prueba pericial en el territorio de otro Estado miembro, tampoco está obligado el órgano jurisdiccional que tramita el proceso a aplicar las reglas de la realización directa de diligencias de obtención de pruebas previstas en el ROP 2001. Según el TJUE, el perito designado puede trasladarse al territorio de otro Estado miembro para desarrollar allí la actividad pericial que se le ha encomendado³⁴. Los argumentos son esencialmente los mismos que los vertidos en la sentencia dictada en el as. C-170/11, a los que agrega la advertencia específica para dicho medio de prueba consistente en señalar que no cualquier peritaje puede efectuarse de espaldas a la vía de cooperación judicial pasiva regulada en el ROP 2001, pues, podría colisionar con ámbitos reservados al poder público (ap. 47).

El carácter dispositivo de los preceptos de los ROP no es un tema de menor importancia debido a que permite sostener que para la obtención de pruebas en el extranjero no deben acudirse, ineludiblemente, a la cooperación judicial internacional y, en consecuencia, es lógico advertir que son unos instrumentos fallidos³⁵. Puede entenderse que es su-

facultado, sin sometimiento a ninguna previa autorización, para recurrir a la declaración escrita de esa persona con arreglo a la ley del foro.

34 Sentencia *ProRail BV*, de 21 de febrero de 2013, C-332/11, ECLI:EU:C:2013:87.

35 No es un tema de segundo orden porque pone de relieve que el objetivo que se marca el ROP 2001 de agilizar las vías para la obtención de pruebas en el

ficiente que la práctica del medio de prueba siga las normas del Estado del foro o del Estado en el que se halla la fuente de prueba. Sin embargo, esta manera de enfocar la prueba en un asunto transfronterizo puede ocasionar la vulneración del derecho fundamental a un juicio equitativo (art. 47 CDFUE). Y ello porque es posible que debido a la falta de diligencia de los órganos jurisdiccionales o de las autoridades que han de intervenir en la obtención de la prueba esta se frustre³⁶.

La cuestión que estamos examinando no es inédita en el contexto de la asistencia judicial internacional. También respecto del Convenio de La Haya de 1970 se ha declarado que los procedimientos que regula para la obtención de documentos depositados en un Estado firmante distinto del Estado del foro no tienen carácter exclusivo u obligatorio, sino que son opcionales. Se ha observado que este carácter ya queda claro en el Preámbulo del Convenio donde se destaca que su propósito radica en facilitar la obtención de pruebas y mejorar la cooperación judicial, sin usar en ningún momento expresiones imperativas. Esta interpretación ha permitido concluir que la Convención de La Haya no arrebató a un órgano jurisdiccional su competencia para ordenar, de conformidad con las normas del Estado al que pertenece, a la parte nacional de otro Estado a que exhiba la prueba situada en otro Estado contratante³⁷.

Ahora bien, no puede negarse que a este razonamiento puede subyacer algún interés particular, como el que se percibe en la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de 15 de junio de 1987, dicta-

extranjero no se está logrando; vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 23 y 24.

36 Esta llamada de atención puede extraerse de la STEDH, as. *Dolenc c. Slovenia*, de 20 de octubre de 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1020JUD002025620.

37 Cfr. sobre el tema, RICHARD, V. y HESS, B., “The 1965 Service and 1960 Evidence Conventions as crucial bridges between legal traditions?”, p. cit., esp. pp. 293 y 294.

da en el caso *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa*³⁸. Apoyándose en el carácter no imperativo del Convenio de La Haya de 1970, dicho Tribunal declara que es compatible con las obligaciones internacionales asumidas el hecho de que el órgano jurisdiccional que tramita el proceso (*District Court*) aplique las Reglas Federales del Proceso Civil sobre el *discovery* a la parte extranjera y le ordene que presente fuentes de prueba situadas en el Estado del que es nacional también firmante del Convenio. Y ello porque los procedimientos establecidos en la Convención, comparados con aquellas Reglas, son más largos, costosos y con menos probabilidades de que faciliten la obtención de las pruebas solicitadas.

En cualquier caso, la idea basada en admitir que el tribunal, ante el que se tramita un proceso en el que es preciso obtener una prueba situada en el extranjero, ostenta la facultad de elegir entre acudir a la cooperación judicial o aplicar las normas de su Derecho procesal interno, ha sido asimilada por dos recientes iniciativas que comparten el objetivo de armonizar, desde una perspectiva horizontal, determinados aspectos del proceso civil en Europa. La primera de ellas es una resolución del Parlamento Europeo de 2017 en la que pide a la Comisión que elabore y le someta una propuesta relativa a un acto legislativo que establezca normas mínimas comunes de procedimiento civil³⁹. De su contenido, nos hemos de limitar en este estudio a destacar que, en la Sec. 2^a de la

38 Cfr. CARRILLO POZO, L. F., “Llei aplicable al procés civil internacional i cooperació internacional”, en Font i Segura, A., Fontanellas Morell, J.M^a, Gardesíes Santiago, M. y Garriga Suau, G. (coords.), *Lliçons de dret internacional privat*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 146 y 147.

La sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos *Société Nationale v. District Court* 482 U.S. 522 (1987) puede obtenerse en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/482/522/> (fecha de última consulta: 31 de octubre de 2023).

39 P8_TA (2017)0282 Normas mínimas comunes del proceso civil. *Resolución del Parlamento Europeo, de 4 julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea (2015/2084(INL))*.

propuesta de Directiva insertada en la resolución del Parlamento Europeo, donde se incluyen los preceptos destinados a lograr la eficiencia de los procedimientos, se aborda la obtención de prueba en el extranjero. Y aun cuando lo haga de manera muy parcial, sin mencionar el ROP 2001 y circunscribiéndose a la prueba pericial, es muy significativo que la resolución del Parlamento Europeo incorpore la doctrina del TJUE que aboga por que no sea obligatorio instar la cooperación judicial para obtener una prueba en otro Estado miembro⁴⁰.

La segunda iniciativa en la que se comprueba la influencia de esa idea son las Reglas modelo de proceso civil europeo aprobadas en 2020 por el *European Law Institute* (ELI) y el *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT)⁴¹. Debemos centrarnos en las reglas 128 y 129 que regulan la obtención de prueba transfronteriza en la UE y fuera de ella. Se aprecia una diferencia importante con la anterior resolución del Parlamento Europeo, pues, las citadas reglas sí aluden de forma expresa al ROP 2001 y al Convenio de La Haya de 1970, afirmando que cuando sea precisa la obtención de pruebas en otro Estado miembro de la Unión Europea o fuera de ella, el tribunal que tramita el proceso y las partes deben contemplar la posibilidad de aplicar los procedimientos establecidos en dichos instrumentos. Pero a continuación autorizan al tribunal a soslayar la aplicación de esos instrumentos normativos permitiéndole que practique directamente, sin acudir a la cooperación judicial

40 En el art. 11.2 de la propuesta de Directiva se establece como regla general que, en los litigios transfronterizos, los Estados han de velar por que los órganos jurisdiccionales puedan designar un perito para que realice sus investigaciones en el territorio de otro Estado miembro sin necesidad de obtener una previa autorización de este último. Vid. el análisis del art. 11.2 efectuado por VIDAL FERNÁNDEZ, B., “La propuesta de Directiva sobre el establecimiento de normas mínimas comunes para un proceso civil europeo”, en JIMENO BULNES, M. (dir.) y RUIZ LÓPEZ, C. (coord.), *Tirant lo blanch*, Valencia, 2022, pp. 189 y 190.

41 Las Reglas se han publicado bajo el título *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

internacional⁴², medios de prueba con algún elemento extranjero. Esta salvedad a la norma general es expresada, en la regla 128, mediante el empleo de cuatro supuestos que son enunciados a título de ejemplo y que autorizan al tribunal que tramita el proceso a: citar a testigos que residan en otro Estado; designar a un perito que deberá presentar un dictamen para cuya elaboración ha de inspeccionar personas residentes u objetos situados en otro Estado; emitir una orden a una parte o tercera persona, que resida o tenga su domicilio en el Estado del foro, para que exhiba una prueba, en cuyo caso aquella tiene el deber de permitir el acceso a la prueba aun cuando esta se halle depositada en otro Estado miembro y, dirigir una orden a una futura parte o a una tercera persona domiciliada en otro Estado miembro para que permita el acceso a las pruebas.

3.2.2. Concepto de “órgano jurisdiccional”

El ROP 2001 no prevé ningún artículo que contenga las definiciones de los conceptos que integra, posteriormente, en la redacción de las normas. Esta omisión ha dado lugar a la existencia de interpretaciones divergentes, singularmente, en lo atinente a qué debe entenderse por “órgano jurisdiccional”. Mientras que para unos Estados miembros se refiere únicamente a órganos judiciales en sentido estricto, otros incluyen en dicho concepto a todas aquellas autoridades a las que sus ordenamientos les confieren la facultad de practicar medios de prueba.

42 Aun cuando pudiera parecer contradictoria, cabría entender que, en el modelo procesal civil que proponen las *European Rules of Civil Procedure*, la cooperación judicial internacional podría oponerse a la noción de cooperación que las informa. Noción que impone al tribunal el deber de cooperar con las partes y sus abogados con vistas a solucionar la controversia de manera eficiente, lo que se traduce en una actuación judicial que hallaría en la gestión activa y eficaz del procedimiento una de sus prioridades. Sobre las implicaciones del enfoque cooperativo por el que optan las mencionadas reglas, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las *European rules of Civil Procedure*: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, vol. 13, nº 1, pp. 286 y 287.

Con el objetivo de conseguir la máxima uniformidad posible, la Comisión se pronuncia a favor de que el nuevo ROP proporcione una noción de “órgano jurisdiccional”⁴³.

El ROP 2020 asume ese parecer y lo materializa adoptando una posición pragmática. Dispone que, en el marco de su regulación, por “órgano jurisdiccional” debe entenderse los órganos jurisdiccionales y las demás autoridades de los Estados miembros comunicadas a la Comisión, que sean competentes para obtener pruebas en procedimientos judiciales en materia civil y mercantil (arts. 2.1 y 31.3). Sin embargo, no concede a aquellos una discreción total ya que impone ciertos requisitos, en concreto, han de ejercer funciones jurisdiccionales, actuar por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control y ser competentes con arreglo al Derecho nacional para obtener pruebas con efectos en procedimientos judiciales en materia civil y mercantil.

Ya en la Guía Práctica para la aplicación del ROP de 2001 se abogaba por interpretar el concepto de “órgano jurisdiccional” en sentido amplio, aun cuando excluyendo a los tribunales arbitrales⁴⁴. Esta interpretación presenta la ventaja de ser integradora acogiendo en su seno las distintas nociones de “órgano jurisdiccional” que se formulan en los distintos instrumentos normativos de la UE.

En las conclusiones que el Abogado General, Sr. Y. Bot, presenta en los asuntos C-484/15 y C-511/14 expone con gran claridad esas no-

43 Vid. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, COM (2018) 378 final, de 31.5.2018; así como el documento en el que se evalúa el impacto de su SWD (2018) 285 final.

44 Puede obtenerse la Guía práctica para la aplicación del ROP 2001 en https://e-justice.europa.eu/76/ES/taking_of_evidence , p. 6 (fecha de última consulta: 31 de octubre de 2023).

ciones sistematizándolas en tres tendencias⁴⁵. Una primera tendencia opta por una interpretación estricta de “órganos jurisdiccionales” limitada a los propiamente dichos que excluye a las autoridades que no forman parte de la organización jurisdiccional de un Estado miembro, salvo que el legislador UE haya previsto una excepción. Son ejemplos de esta tendencia el Reglamento (CE) 805/2004 que establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados⁴⁶ y el Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁷.

Una segunda tendencia constatada estriba en diluir aquel concepto en el de cualquier autoridad competente que designen los Estados miembros. Son representativos de esta tendencia el Reglamento (CE) 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo⁴⁸ y el Reglamento el Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores⁴⁹.

Y la tercera tendencia, que califica de intermedia, se basa en los caracteres que la jurisprudencia del TJUE atribuye al órgano legitimado para plantear cuestiones prejudiciales al amparo del art. 267 TFUE. En este campo, el TJUE no ha formulado una doctrina general y abstracta del concepto “órgano jurisdiccional”, sino que aplica un método de identificación que se basa en considerar una serie de indicios concurrentes relativos: al origen le-

45 Conclusiones *Pebros Servizi Srl*, de 14 de enero de 2016, C-511/14, ECLI:EU:C:2016:14 y *Ibrica Zulfikarpašić*, de 8 de septiembre de 2016, C-484/15, ECLI:EU:C:2016:564.

46 DOUE de 21 de abril de 2004, n° L 143, pp. 15-39.

47 DOUE de 20 de diciembre de 2012, n° L 351, pp. 1-32.

48 DOUE de 30 de diciembre de 2006, n° L 399, pp. 1-32 y DOUE de 14 de diciembre de 2015, n° L 341, pp. 11-13.

49 DOUE de 2 de julio de 2019, n° L 178, pp. 1-115.

gal del órgano, su permanencia, la naturaleza obligatoria de su jurisdicción, la aplicación por el órgano de normas jurídicas en un procedimiento que ha de tener carácter contradictorio y su independencia. Por tanto, la atribución de la categoría de órgano jurisdiccional es un tema que depende del derecho UE. Esta noción se ha plasmado, p. ej., en el Reglamento (CE) 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁵⁰ y el Reglamento (UE) 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁵¹.

Coincidimos con el Abogado General, Sr. Y. Bot, en que el legislador UE debería adoptar esta tercera tendencia, puesto que, de un lado, se apoya en principios constitucionales como son la independencia e imparcialidad y, de otro, en la función jurisdiccional encomendada al órgano o a la autoridad que debe ser ejercitada a través de un procedimiento respetuoso con el derecho del demandado a ser oído y oponerse a la petición de la otra parte. Además, es la opción que está en consonancia con la política judicial actual de “desjudicializar” el tratamiento de causas que son contenciosas con el fin de reducir el volumen de trabajo de los órganos judiciales⁵².

3.2.3. Diligencias de obtención de pruebas para ser utilizadas en un proceso iniciado o que se prevea incoar

Un segundo concepto que, lógicamente, es utilizado con frecuencia por el ROP 2020 es el de “diligencia de obtención de prueba”.

50 DOUE de 10 de enero de 2009, n° L 7, pp. 1-79.

51 DOUE de 27 de julio de 2012, n° L 201, pp. 107-134.

52 Sobre el concepto de “tribunal” en la jurisprudencia del TJUE, vid. FONTANELLAS MORELL, J. M^a, “Las principales conexiones del Reglamento 650/2012 por ver primera ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2021, n° 42, pp. 5-16.

Sin embargo, no se ha estimado necesario definirlo. Mantenerse en esta posición durante tantos años revela que el legislador europeo estima correctos los argumentos vertidos por la doctrina y el TJUE al respecto, según los cuales dicho concepto ha de ser interpretado de forma autónoma, pero a la vez de modo que comprenda actuaciones muy diversas provenientes de las distintas tradiciones jurídicas que confluyen en la UE. Tomando como punto de referencia el Derecho procesal civil español, debe entenderse que cualquier medio de prueba que regula, con independencia de si el objeto del proceso es de naturaleza dispositiva o es preferente el interés público sobre el privado y de si la práctica de la prueba ha sido a iniciativa de las partes o de oficio, cae dentro del ámbito de aplicación del ROP 2020. Es más, su esfera abarca no solo a las diligencias probatorias que deban practicarse en procesos ya iniciados, sino también a aquellas que se pretendan utilizar en procesos aun no incoados. Por esto, España como Estado miembro requirente y requerido, podría solicitar la práctica y debería ejecutarla, de pruebas anticipadas (arts. 293 a 296 LEC) y de las actuaciones encaminadas a la adquisición de fuentes de prueba y su aseguramiento (arts. 207 y 298 LEC). Ahora bien, de la cooperación judicial prevista en el ROP 2020 quedan fuera todas aquellas instituciones que no presentan una naturaleza probatoria; ejemplos de estas últimas son en nuestra LEC las diligencias preliminares y las medidas cautelares o provisionales⁵³.

Durante la vigencia del ROP 2001 fue planteada una cuestión prejudicial al TJUE, as. C-175/06, que puso de relieve que en los ordenamientos jurídicos nacionales existen distintos criterios sobre, de un lado, los requisitos que deben establecerse respecto a la práctica de una diligencia de obtención de prueba y, de otro, al papel que desempeñan

53 Estimamos plenamente trasladables al ROP 2020 los argumentos expuestos por VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a L., respecto del ROP 2001, con el fin de poder precisar el sentido que ha de darse a los términos “diligencias de obtención de pruebas”; cfr. “Obtención de pruebas en otros Estados de la Unión Europea”, op. cit., esp. pp. 311-314.

los órganos jurisdiccionales requeridos en orden al cumplimiento de esos requisitos. Discrepancias que incluso emergen en sectores del derecho procesal civil y mercantil ya armonizados.

Los hechos fueron los siguientes: ante un tribunal italiano, y de conformidad con lo previsto en la normativa procesal italiana⁵⁴, el titular de un derecho de propiedad intelectual pide que, previamente a la interposición de la demanda y sin necesidad de oír a la parte contraria, se proceda a describir el objeto que supuestamente vulnera su derecho. Con arreglo a aquella normativa, la descripción debe ser efectuada por un agente judicial acompañado en su caso de un perito, el agente debe examinar el objeto, ha de dejar constancia del resultado del examen, estando facultado para incautar los documentos y las muestras relativas a los mismos. Estos actos forman parte de lo que se conoce como una diligencia de aseguramiento de la prueba, que no solo se halla regulada por el sistema procesal civil italiano, sino también por nuestra LEC (art. 297 LEC) ya que ambos Estados miembros transpusieron la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

Para la ejecución de las mencionadas diligencias respecto de fuentes de prueba situadas en el Reino Unido, el tribunal italiano solicita la cooperación al órgano competente. Basándose en que las actuaciones que ha de realizar ni están en consonancia con su praxis habitual ni están comprendidas en el ámbito de aplicación del ROP, el tribunal requerido deniega la ejecución de la solicitud de cooperación judicial.

Del as. C-175/06 solo contamos con las conclusiones de la Abogado General, Sra. J. Kokott, presentadas el 18 de julio de 2007⁵⁵, pues-

54 En concreto, en los preceptos que se ocupan de la tutela jurisdiccional de la propiedad industrial del Código de la Propiedad Industrial de 10 de febrero de 2005.

55 Las conclusiones *Tedesco*, de 18 de julio de 2007, C-175/06, ECLI:EU:2007:541 han generado mucho interés en la doctrina.; vid., por todos, los comentarios de GIL NIEVAS, R., “Obtención de pruebas”, en BORRÁS, A. (coord.), *La coopera-*

to que antes de que el TJUE dictara sentencia finalizó el procedimiento principal⁵⁶. Este hecho no les resta importancia, siendo su lectura a nuestro entender imprescindible debido a la amplitud y profundidad del análisis que en ellas se efectúa. Partiendo de la justificación de carácter general acerca de la interpretación de forma autónoma que ha de hacerse de los conceptos incluidos en un instrumento normativo europeo, así como, de la génesis, sistemática y finalidad del ROP 2001⁵⁷, la Abogado General ofrece unas ideas clave respecto a qué debe entenderse por “diligencias de obtención de pruebas”. Estas ideas, expuestas de manera esquemática, son las siguientes:

- a) Al concepto de “obtención de pruebas” le debe ser reconocido un sentido amplio ya que ello va a permitir que el mecanismo simplificado de asistencia judicial del ROP sea aplicable al mayor número posible de diligencias.
- b) Si los objetos exactamente designados y descritos en la solicitud de cooperación son documentos u otras cosas que un órgano jurisdiccional pueda inspeccionar, o someter a la emisión de un dictamen pericial, ha de poder ejecutarse sobre ellos una diligencia probatoria.
- c) Debe ser tenida en cuenta la naturaleza de los derechos a proteger ya que la efectividad de la tutela judicial puede exigir la aplicación de regímenes procesales específicos caracterizados por fomentar la celeridad de las actuaciones, como es el supuesto de la propiedad intelectual.

ción en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 457 y 458 y VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a L., “Obtención de pruebas en otros Estados de la Unión Europea”, op. cit., esp. pp. 314 y 315.

56 El TJUE dictó el 27 de septiembre de 2007 auto de archivo del as. C. 175/06, ECLI:EU:C:2007:552.

57 Vid. aps. 41 y 42.

- d) El fin de las diligencias solicitadas no puede ser otro que la obtención de pruebas en el marco de un proceso concreto.
- e) Finalmente, si las diligencias de obtención de pruebas han sido armonizadas por el Derecho de la UE, las divergencias legislativas entre los Estados miembros han de hallarse en aspectos secundarios en los que difícilmente puede sostenerse la denegación de la solicitud por no estar comprendida en el ámbito de aplicación del ROP.

Por lo que respecta a la clase de diligencias que, a su entender, no debían alcanzar el carácter de probatorias a los efectos del ROP 2001, la Abogado General examina determinadas instituciones propias de los sistemas jurídicos vigentes en los Estados miembros, así como en los Estados Contratantes del Convenio de La Haya de 1970. En primer lugar, excluye del ámbito de aplicación del ROP 2001 las medidas cautelares puesto que su finalidad consiste en garantizar la eficacia de una eventual estimación de la pretensión principal y no el aseguramiento de fuentes de prueba (aps. 76-93)⁵⁸. En segundo lugar, distingue entre la admisión de la solicitud por el órgano jurisdiccional requerido y la efectiva prác-

58 Para reforzar su opinión en contra de estimar aplicable el ROP 2001 a las medidas cautelares, la Abogado General incorpora a su discurso algunos pronunciamientos de la sentencia *St. Paul Dairy*, de 28 de abril de 2005, C-104/03, ECLI:EU:C:2005:255. En esta resolución, el TJUE establece una clara distinción entre medidas provisionales dirigidas a mantener una determinada situación de hecho o de derecho y medidas de naturaleza probatoria que se practican antes de la interposición de la demanda. Solo las primeras integran el supuesto de hecho del art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968 de modo que pueden ser acordadas por un órgano jurisdiccional que es incompetente para tramitar el litigio principal. Por consiguiente, la diferencia en el fin a alcanzar supone que el régimen jurídico a aplicar también sea distinto. En lo atinente a la obtención de pruebas en otro Estado miembro, esa distinción se traduce en que es preciso acudir a la cooperación judicial según lo dispuesto en el ROP 2001. Si no fuera así, no sólo se eludirían los procedimientos en el establecidos, sino también las normas mediante las que se pretende otorgar las mismas garantías y los mismos efectos a todos los justiciables (ap. 23).

tica de la obtención de pruebas. En este contexto, señala que del hecho de no estar asignadas al órgano jurisdiccional requerido las específicas actuaciones ejecutivas en orden al cumplimiento de la solicitud, no debe colegirse que la solicitud quede fuera del ámbito de aplicación del ROP 2001. Y, un tercer asunto que ha de examinar es el relativo a si las diligencias que cabría englobar en la figura jurídica del *pre-trial discovery of documents*, propia de los sistemas del *common law* pueden entenderse comprendidas en el ámbito de aplicación del ROP 2001. Debe señalarse que tal y como es concebida en las Federal Rules de proceso civil de Estados Unidos fue excluido del ámbito de aplicación del ROP 2001 por la Declaración del Consejo 54/01⁵⁹. En el ROP 2001 nada se decía al respecto. Tampoco hay mención expresa en el ROP 2020.

De acuerdo con las Reglas Federales sobre el proceso civil, el *discovery of documents o the demand production of documents* no está sujeto a una previa autorización judicial y su ámbito material es muy amplio, pues, solo se requiere que exista una conexión demostrable entre las alegaciones fácticas y la obtención de prueba que se solicita, así como, que, razonablemente el documento que se pretende obtener pueda constituir un medio de prueba (Rule 26b 1). Aun cuando podría decirse que es una necesidad lógica en un sistema basado en el juicio ante un jurado, debe señalarse que se le ha conferido una relevancia mayor. En efecto, el *discovery* alcanza la categoría de derecho constitucional de las partes a la oportunidad de conocer de antemano la esencia de las pruebas que presentará la parte contraria. De modo que frente al derecho de las partes en los sistemas del *civil law* consistente en el derecho a solicitar del tribunal la práctica de medios de prueba (*constitucional principle of adjudication*), en el sistema del *common law* americano las partes son titulares del derecho a obtener medios de prueba sin que el juez actúe de

59 Declaración del Consejo 54/01 respecto del ROP 2001: “El ámbito de aplicación del presente Reglamento no abarca las “pre-trial Discovery” incluidas las denominadas “fishing expeditions”.”. Consejo de la Unión Europea, 10571/01, 4 de julio de 2001, p. 16.

intermediario (*right to pretrial discovery*), derecho que es una faceta del derecho al proceso debido⁶⁰.

Seguramente, la referida declaración del Consejo obedeció a las profundas diferencias entre los sistemas del civil y del *common law* en materia de iniciativa y alcance de las diligencias de prueba ya expuestas. Ahora bien, la Abogado General precisó que la exclusión del *pre-trial discovery* no comportaba la de cualquier procedimiento previo a la incoación del proceso principal. En ese contexto, las solicitudes debían ser admitidas si las fuentes de prueba se hallaban suficientemente precisadas lo que permitía verificar su conexión con el objeto de la causa iniciada o que se pretendía iniciar; además, la asistencia judicial solo podía referirse a los medios de prueba y no a otras circunstancias indirectamente relacionadas con el proceso principal⁶¹.

Concluimos este apartado señalando que el TJUE ha declarado que, la solicitud de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en la que pide a otro Estado miembro que averigüe la dirección de una persona, para que le sea notificada una resolución judicial, no constituye

60 Vid. HAZARD, G.C., "Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions", *Notre Dame Law Review*, 1997, pp. 1017-1022.

61 Debemos hacer una breve referencia al Convenio de La Haya de 1970. España ha efectuado, al igual que otros muchos Estados la reserva prevista en el art. 23 en el sentido de no aceptar las comisiones rogatorias derivadas del *pre-trial discovery of documents*. Alemania también hizo tal reserva (27.4.1979). Sin embargo, el 24 de junio de 2022 se aprobó la Ley que extiende la asistencia jurídica internacional a la ejecución de solicitudes de *pre-trial discovery of documents*, pero en el marco del Convenio de La Haya y con determinados requisitos que han de cumplir los documentos: deben especificarse con detalle; deben tener un importancia directa e indudable para el proceso y su resultado; deben estar en posesión de una de las partes del proceso y la solicitud para su entrega no debe oponerse a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico alemán (art. 3 Gesetz zur Durchführung der EU-Verordnungen über grenzüberschreitenden Beweisaufnahmen in Zivil- oder Handelssachen; BGBl, Teil I, 2022, Nr. 22, 30.06.22).

una diligencia de obtención de pruebas, de modo que no es aplicable a este supuesto el ROP 2001⁶².

3.2.4. Transmisión electrónica de solicitudes, efectos jurídicos de los documentos electrónicos y uso de la videoconferencia

Los tres aspectos que se enuncian en el título de este epígrafe son los que el legislador europeo ha estimado que, ineludiblemente, debían ser regulados en el ROP 2020. Mediante esta decisión se concreta dónde radica la trascendencia del uso sistemas informáticos de comunicación en la cooperación judicial internacional.

En primer lugar, el ROP 2020 impone la transmisión de las solicitudes y comunicaciones entre los Estados miembros, así como el intercambio de documentos de forma segura y fiable, a través de un sistema informático descentralizado⁶³ que comprende los sistemas informáticos nacionales que han de estar interconectados y ser interoperables sobre la base de e-CODEX⁶⁴. A su vez, adopta el denominado principio “di-

62 Sentencia *Toplofikatsia Sofia EAD*, de 9 de septiembre de 2012, C-208/20 y C-256/20, ECLI:EU:C:2021:719. Sobre esta sentencia y el art. 7 del Reglamento (UE) 2020/1784, relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, que impone a los Estados miembros el deber de prestarse asistencia de índole informativa para poder determinar la dirección de la persona a la que debe notificarse o trasladarse un documento, vid. los comentarios de AGUILERA MORALES, M., “El Reglamento (UE) 2020/1874 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos: novedades e implicaciones internas”, op. cit., esp. pp. 7 y 8.

63 De acuerdo con el art. 2.2 ROP 2020 por “sistema informático descentralizado” debe entenderse “una red de sistemas informáticos nacionales y puntos de acceso interoperables que opera bajo la responsabilidad y la gestión individuales de cada Estado miembro y que permite un intercambio transfronterizo de información seguro y fiable entre los sistemas informáticos nacionales”.

64 El sistema e-CODEX, como ya se ha señalado *supra* nota 23, acrónimo de *e-Justice Communication via Online Data Exchange*, es una herramienta específicamente diseñada para facilitar el intercambio electrónico transfronterizo de datos en el

gital por defecto” que supone la obligatoriedad y la preferencia del uso de medios tecnológicos para obtener pruebas en otro Estado miembro. No obstante, deben preverse alternativas, rápidas y adecuadas, a dicho principio con vistas a hacer frente a las particularidades derivadas de la naturaleza de las fuentes de prueba o de circunstancias excepcionales (art. 7)⁶⁵.

Los componentes del sistema informático descentralizado son responsabilidad de la UE y serán gestionados por la Agencia eu-LISA. Se ha encargado a la Comisión la creación, el mantenimiento y el desarrollo de un programa informático, de conformidad con los principios de protección de datos personales desde el diseño y por defecto, así como, de garantizar un nivel de seguridad adecuado que los Estados miem-

ámbito de la cooperación judicial civil y penal. Los instrumentos que regulan su composición, los puntos de acceso, sus funciones y las responsabilidades de la Comisión, la Agencia eu-LISA (agencia de la UE que gestiona los sistemas informáticos de gran magnitud en el ELSJ) y los Estados miembros son el Reglamento (UE) 2022/850, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022 (DOUE de 1 de julio de 2022, n° L 150, pp. 1-19) y la Decisión de ejecución (UE) 2022/2519 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2022, relativa a las normas y especificaciones técnicas del sistema e-CODEX (DOUE de 21 de diciembre de 2022, n° L 326, pp. 25-33). Como se ha señalado, uno de los principales aciertos de estas normas radica en instituir una plataforma que conecta y compatibiliza los sistemas informáticos que utilizan las autoridades judiciales de los Estados miembros; vid. RAMÍREZ BENAVENTE, M^a D., “La obtención de prueba en la Unión Europea: evolución y análisis del Reglamento (UE) 2020/1783 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil”, op. cit., esp. p. 263 y VICARIO PÉREZ, A. M^a, “Cooperación judicial digital en la Unión Europea. e-CODEX como sistema de intercambio electrónico transfronterizo de datos procesales”, en SUÁREZ XAVIER, P.R. y VICARIO PÉREZ, A. (dirs.), *Cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea. Retos pendientes y nuevos desafíos ante la transformación digital del proceso*, Bosch, Barcelona, 2023, pp. 245-252.

65 La transmisión de las solicitudes y comunicaciones a través del sistema informático descentralizado no tendrá lugar de forma obligatoria hasta abril de 2025 (art. 35.3 ROP 2020).

bros han de poder utilizar en lugar del nacional⁶⁶. De ahí que dicho programa deba respetar los principios y requisitos establecidos en dos reglamentos: Reglamento (UE) 2018/1725 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y organismos UE y la libre circulación de esos datos y Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo atinente al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de los mismos (art. 30)⁶⁷.

Para la adecuada implementación del sistema informático descentralizado en el ámbito de la obtención de pruebas en otro Estado miembro se ha dictado el Reglamento de ejecución (UE) 2022/422 que establece las especificaciones técnicas definidoras de los métodos de comunicación por medios electrónicos y de intercambio digital de datos procesales⁶⁸. De su texto deben destacarse las reglas del art. 5 destinadas a salvaguardar los estándares mínimos en materia de seguridad informática y que tienen la virtualidad de controlar el sistema electrónico

66 Los principios de protección de datos desde el *diseño* imponen que el responsable del tratamiento de los datos aplique técnicas adecuadas como la seudonimización y minimización de datos y por *defecto* que solo sean objeto de tratamiento los datos personales necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento (cantidad de datos, extensión del tratamiento, plazo de almacenamiento y accesibilidad). Debe reconocerse que el legislador UE ha incorporado a la regulación de la obtención de prueba transfronteriza las principales recomendaciones relativas a la digitalización y al uso de las tecnologías de la información efectuadas por el Supervisor Europeo de Protección de Datos en su Dictamen sobre la revisión de los Reglamentos de la UE relativos a la notificación y al traslado de documentos y a la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, de 13 de septiembre de 2019, (2019/C 370/07).

67 Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018 (DOUE de 21 de noviembre de 2018, n° L 295, pp. 39-98) y Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (DOUE de 4 de mayo de 2016, n° L 119, p. 1-88).

68 Reglamento de ejecución (UE) 2022/422 de la Comisión, de 14 de marzo de 2022 (DOUE de 15 de marzo de 2022, n° L 87, pp. 5-8).

de intercambio de información desde la protección de datos personales y la eficacia de los derechos procesales de las partes⁶⁹.

A las solicitudes y comunicaciones que sean objeto de transmisión, les serán aplicables las normas del Reglamento (UE) 910/2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, de modo que haga posible la identificación electrónica de la persona física o jurídica que firma los documentos, así como el proceso de autenticación del origen y la integridad de los datos en formato electrónico⁷⁰.

En segundo término, el ROP 2020 fortalece los derechos procesales de las partes al disponer, con carácter general, que no deben negarse efectos jurídicos a los documentos que se transmitan a través del sistema informático descentralizado y, especialmente, prohíbe que el formato electrónico de los documentos sea la causa de su inadmisión como prueba en los procedimientos judiciales (art. 8). No obstante, estas reglas se deben aplicar sin perjuicio de la valoración de los efectos jurídicos de esos documentos, o de su admisibilidad como prueba, de conformidad con el Derecho nacional, así como, sin perjuicio del Derecho nacional relativo a la conversión de documentos (considerando 13).

Olvida, empero, el ROP 2020 ofrecer un concepto de “documento electrónico”. Debe acudirse, pues, a otros instrumentos UE, p. ej., al

69 La normalización de la digitalización y del intercambio electrónico de información exige que las normas que la regulen se ocupen de elementos cruciales para los derechos inherentes a la personalidad y los derechos procesales de las partes, entre los que cabe destacar, la privacidad, confidencialidad, autenticidad e integridad de los datos (preservación y transmisión), acceso a las fuentes de prueba e instrumentos que permitan archivar y reproducir datos. Cfr. sobre este interesante tema, ONTANU, E., “Normalising the use of electronic evidence: bringing technology use into a familiar normative path in civil procedure”, *Oñati Socio-Legal Series*, 2022, vol. 12, issue 3, pp. 588-592.

70 Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014 (DOUE de 28 de agosto de 2014, n° L 257, pp. 73-114).

Reglamento (UE) 910/2014 que lo define como “todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual” (art. 3.35)⁷¹. También se lleva a cabo su definición en la Propuesta de Reglamento sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, COM (2021) 759 final, según la cual, documento electrónico es todo “documento transmitido como parte de una comunicación electrónica, incluidos los documentos en papel escaneados” (art. 2.3)⁷².

Finalmente, el ROP 2022 fomenta el uso de la videoconferencia con vistas a simplificar y acelerar la cooperación judicial tanto si el medio de prueba, se entiende declaraciones de las partes, testigos o peritos, ha de ser practicado por el órgano jurisdiccional requerido (art. 12.4) como, de forma directa, por el requirente (arts. 20). En el primer supuesto, cuando el órgano jurisdiccional requirente solicite al órgano jurisdiccional requerido que utilice la videoconferencia en la obtención de pruebas, este último debe acceder a la petición, salvo que la utilización de esa tecnología sea incompatible con su Derecho nacional o que existan grandes dificultades prácticas para ello. Respecto del segundo supuesto, el ROP 2020 también impone la regla de acudir a la videoconferencia, siempre que esta tecnología esté disponible para el órgano jurisdiccional requirente y sea adecuada a las circunstancias específicas del caso.

71 La Comisión presentó una Propuesta de modificación del Reglamento (UE) 910/2014 con el objetivo de actualizar el marco de la identidad digital europea para que esta sea capaz de dar respuesta a las nuevas demandas del mercado; Propuesta que se plasma en el documento COM (2021) 281 final, de 3 de junio de 2021. Con respecto a la definición de documento electrónico, no introduce ninguna modificación.

72 En el texto del Reglamento definitivamente aprobado el 13 de diciembre de 2023 se suprime la definición de “documento electrónico” del precepto en el que se contienen todas las definiciones (art. 2) pero se mantiene su significado de “documento transmitido como parte de la comunicación electrónica (art. 8).

El hecho de que la obtención de pruebas mediante videoconferencia se regule en dos preceptos distintos se justifica en las particularidades del concreto procedimiento de cooperación judicial, activo o pasivo, que inste el órgano jurisdiccional requirente. Estas particularidades determinan, por ejemplo, el Derecho que deberá ser aplicado en la utilización de la videoconferencia, si ha de intervenir el órgano o autoridad central del Estado miembro requerido, qué órgano jurisdiccional debe citar a las personas que han de declarar y si pueden adoptarse medidas coercitivas para lograr que aquella se celebre. Ahora bien, más allá de lo que se acaba de señalar, resulta hasta cierto punto extraño la duplicidad de la regulación. Y es que aun cuando se estime que ha de prevalecer la dimensión de cooperación judicial, los aspectos técnicos asociados a la realización de una videoconferencia no varían en función de aquel procedimiento⁷³.

Sobre los aspectos técnicos o prácticos de la videoconferencia nada se establece en el texto articulado del ROP 2020. Ello puede obedecer a que el legislador europeo confía, de un lado, en que se concreten a través de los acuerdos a los que pueden llegar los órganos jurisdiccionales y autoridades competentes y, de otro, en la operatividad de las directrices contenidas en la *Guía sobre videoconferencias en procedimientos judiciales transfronterizos*⁷⁴. No obstante, considérense técnicos o básicos por afectar a los derechos que han de reconocerse a los ciudadanos frente a la Administración de Justicia, el ROP 2020 debería haber sido más

73 El formulario N del ROP 2020, relativo a la información sobre los aspectos técnicos asociados a la realización de una videoconferencia, es el mismo para cualquier solicitud emitida por el órgano jurisdiccional requirente, esto es, tanto las basadas en el art. 14.2 (obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente) como las fundadas en el art. 20 (obtención directa de pruebas).

74 La *Guía sobre videoconferencias en procedimientos judiciales transfronterizos*, documento de naturaleza meramente informativa elaborado por la Secretaría General del Consejo en 2013, puede obtenerse en <https://e-justice.europa.eu/71/ES/manual> (fecha de última consulta: 18 de diciembre de 2023).

preciso con algunos aspectos. Esta sugerencia se deriva de sus propios considerandos en los que, entre otras observaciones relacionadas con la videoconferencia, se trae a colación que puede ser necesario oír a un menor a través de esta tecnología⁷⁵, que haya de intervenir un intérprete, supuesto en el que deberá proporcionarse ayuda al órgano jurisdiccional requirente para encontrarlo⁷⁶, así como, que deban proporcionarse instrucciones a las partes y sus representantes acerca del procedimiento a seguir para la presentación de documentos⁷⁷.

La reciente aprobación del Reglamento (UE) 2023/2844 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la Justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial, va a tener efectos muy positivos en la cooperación judicial transfronteriza⁷⁸. Uno de ellos es que va a lograr la imprescindible seguridad jurídica en el desarrollo de la videoconferencia puesto que, como se expone a continuación, eleva al rango de derecho positivo muchas de las directrices de la *Guía sobre videoconferencias en procedimientos judiciales transfronterizos* antes mencionada. Y ello a pesar de que la obtención de pruebas con arreglo a lo dispuesto en el ROP 2020 queda excluida de su ámbito de aplicación⁷⁹. Dejando a un lado la débil motivación de tal exclusión, pues, simplemente se apunta que es debida a que en el ROP 2020 se establecen normas específicas sobre la digitalización de

75 Considerando 21 ROP 2020 y considerando 53 del Reglamento (UE) 2019/1111, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

76 Considerando 22 ROP 2020.

77 Considerando 23 ROP 2020.

78 DOUE de 27 de diciembre de 2023, n° L.

79 Art. 1.1.c) y considerando 17.

la cooperación judicial, y como se acaba de demostrar en ninguno de sus preceptos se desarrollan los extremos más importantes de la videoconferencia, es lógico sostener que la solución de los problemas que puede generar su celebración requerirá una interpretación sistemática de diversos instrumentos normativos siendo uno de ellos el Reglamento (UE) 2023, del que además no debe despreciarse su efecto armonizador de los Derechos nacionales,

Unos pocos datos sirven para percibir la importancia de este instrumento normativo. El primer punto a destacar del mismo es que da una noción de videoconferencia indicando que es “la tecnología de transmisión audiovisual que permite una comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido, haciendo posible la interacción visual, sonora y oral” (art. 2.6). Un segundo extremo que merece ser subrayado es la preferencia que demuestra por la clase de tecnología de comunicación a distancia en que consiste la videoconferencia, rechazando otros medios como, por ejemplo, las llamadas telefónicas ya que no permiten autenticar la identidad de las personas que vayan a declarar (considerando 32). La tercera circunstancia a poner de relieve es la previsión de un catálogo de derechos reconocidos a las personas que declaran a través de videoconferencia, así como a las que van a participar en la misma, y que son: a la protección de los datos personales; a la confidencialidad de las comunicaciones; a la seguridad de los datos; a la interpretación; a emitir una opinión sobre su uso; a la asistencia letrada; a la información de la grabación de la vista y de la posibilidad de oponerse a la misma; a la participación por lo que se les deberá enviar un enlace, a la adopción de medidas específicas tanto para los menores como para las personas con discapacidad⁸⁰.

3.2.5. Obtención directa de pruebas en el extranjero

En el ROP 2020 se regulan dos importantes novedades relativas a la obtención directa de pruebas en otro Estado miembro. Ambas son

80 Art. 5 y considerandos 32-39.

una clara expresión de la voluntad del legislador europeo de reforzar el auxilio judicial pasivo.

La primera es la consecuencia jurídica asignada a la falta de contestación por parte el órgano central, o la autoridad competente, del Estado miembro requerido a la solicitud del órgano jurisdiccional requirente. A diferencia de las normas contenidas en el art. 17.4 ROP 2001, de las que cabía deducir que, si en el plazo de treinta días de la recepción de la solicitud los mencionados órganos y autoridades no emitían ninguna respuesta, la solicitud de obtención de prueba directa debía entenderse denegada, el art. 19.5 ROP 2020 instaura una suerte de silencio administrativo positivo⁸¹. Según este precepto, cuando el órgano jurisdiccional requirente no recibe información acerca de si su solicitud ha sido aceptada en el plazo de treinta días, podrá enviar un recordatorio. Y si, en el plazo de quince días siguientes, tampoco obtiene una respuesta, se considerará aceptada la solicitud de obtención directa de pruebas⁸².

La segunda novedad consiste en dedicar un precepto a la regulación de la obtención de prueba por agentes diplomáticos o funcionarios consulares. Esta modalidad de auxilio judicial pasivo no estaba contemplada en el ROP 2001⁸³. Cabe entender que uno de los motivos de con-

81 Vid. en este sentido, RICHARD, V., “La refonte du règlement sur l’obtention des preuves en matière civile”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2021/1, p.77.

82 Ahora bien, al silencio administrativo positivo se le impone una excepción que puede disminuir su eficacia. Y es que se prevé que, en supuestos extraordinarios uno de los cuales es ejemplificado por el propio art. 19.5 ROP consistente en que los órganos competentes no hubieran podido “reaccionar ante la solicitud dentro del plazo tras la recepción del recordatorio”, podrá denegarse la solicitud de obtención directa de pruebas durante el período que transcurre desde la finalización de aquel plazo hasta “el momento en que se realice la obtención directa de pruebas”. Vid. al respecto MARCHAL ESCALONA, N., “El nuevo marco europeo sobre notificación y obtención de pruebas en el extranjero”, op. cit., esp. p. 167.

83 La obtención de pruebas por agentes diplomáticos o funcionarios consulares no estaba prevista en el ROP 2001 como una modalidad específica y autónoma

siderarla innecesaria radicaba en ser uno de los mecanismos más antiguos de la cooperación judicial internacional, recogido en los Convenios de La Haya de 1954 (art. 15) y de 1970 (arts. 15 y 16) y no caracterizado, precisamente, por su agilidad, ya que la ejecución de las diligencias probatorias puede someterse a la previa autorización del órgano competente del Estado en el que los agentes consulares y diplomáticos están acreditados. Ahora bien, en el territorio de la UE se podía prescindir de esta exigencia derivada de la soberanía estatal. Así lo entendió la Comisión y con el propósito de fomentar esta vía de obtención de pruebas en el extranjero no la impone⁸⁴. Esto supone que pueda concluirse que la razón de ser del art. 21 ROP 2020, además de la nostalgia⁸⁵, haya sido recuperar un mecanismo de obtención directa de pruebas, pero liberándolo de los obstáculos que podían frenar su aplicación⁸⁶.

respecto de la categoría general de la obtención directa de pruebas. Ahora bien, la doctrina ha precisado que la referencia genérica contenida en el art. 17.3 ROP 2001, mediante la que se autorizaba a “cualquier otra persona” distinta de un miembro del personal judicial, debía ser interpretada en el sentido de que los funcionarios diplomáticos o consulares podían ejecutar diligencias probatorias siempre y cuando estuviera previsto en el ordenamiento del Estado miembro. Vid. al que representa, VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a L., “Obtención de pruebas en otros Estados de la Unión Europea”, op. cit., esp. pp. 319, 320 y 357.

- 84 Vid. la Propuesta, citada *supra*, de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n^o 1206/2001, COM (2018) 378 final, p. 9.
- 85 Con el título “La tradition ne meurt point: la modernisation de l’obtention des preuves par les agents consulaires et diplomatiques” SLADI, J. pone de manifiesto que estamos ante un mecanismo más propio de Derecho internacional que de Derecho de la Unión Europea, cfr. “L’obtention de preuves en matière civile et commerciale dans l’espace judiciaire européen: *status quaestionis* et la réforme envisagée”, op. cit., esp. p. 211.
- 86 Cabe recordar que dos de las principales ventajas de la obtención directa de pruebas frente al auxilio activo son que garantiza mejor la inmediatez y aumenta las posibilidades de eficacia de sus resultados. Asimismo, la intervención de los agentes diplomáticos o funcionarios consulares presenta un aspecto positivo respecto de la obtención directa por el órgano jurisdiccional requirente como es

Partiendo de la base de que la obtención de pruebas no está sometida ni a la previa solicitud al Estado miembro en cuyo territorio debe ejecutarse ni a la admisión por su parte, son las legislaciones nacionales las responsables de permitirla⁸⁷. Sin embargo, estas no gozan de una autonomía absoluta puesto que su eficiencia exige estar en sintonía con las normas del art. 21 ROP 2020, según las cuales los órganos jurisdiccionales podrán encargar a sus agentes diplomáticos o funcionarios consulares la obtención de pruebas en el territorio de otro Estado miembro y en los locales de la misión diplomática o del consulado de la zona en la que estén acreditados⁸⁸. Aquellas también regulan los medios de prueba que pueden ser practicados, limitándolos a declaraciones e interrogatorios, y cuyos sujetos pasivos sólo pueden ser nacionales del Estado

evitar los gastos propios del desplazamiento. Vid. sobre este tema, VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a L., “Obtención de pruebas en otros Estados de la Unión Europea”, op. cit., esp. pp. 357 y 358; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, op. cit., esp. pp. 488 y 489 y DIAGO DIAGO, M^a P., *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, op. cit., esp. pp. 61-64. Por último, es significativo que el legislador europeo haya querido fomentar la obtención de pruebas por agentes diplomáticos o funcionarios consulares ya que es una modalidad que en los países del *common law* es la prevalente, pues, raramente se acude a las comisiones rogatorias, cfr. sobre el particular, AMRAM, P.W., “The proposed Convention on the taking of evidence abroad”, *American Bar Association Journal*, 1969, vol. 55, n^o 7, p. 652.

87 Queda, pues, a la discreción de los Estados miembros otorgar a sus agentes diplomáticos o funcionarios consulares la potestad de obtener pruebas en el marco de sus funciones. Ello significa que el legislador europeo no ha tenido la intención de armonizar dicha modalidad de ejecución directa de pruebas (cfr. considerando 24 ROP 2020).

88 Al requisito del lugar para la validez de las diligencias probatorias le confiere el art. 21 ROP 2020 carácter general, de manera que puede no aplicarse en circunstancias excepcionales. Un ejemplo de estas últimas, al que expresamente alude el considerando 25, es la “enfermedad grave” que impida a la persona a la que deba tomarse declaración o interrogar acudir a los locales de la misión diplomática o del consulado. Por consiguiente, cabe interpretar que, p. ej., la declaración puede ser domiciliaria o en centro sanitario.

miembro al que representan los agentes o funcionarios. Finalmente, será la legislación de dicho Estado la que deberá ser aplicada en la práctica de los medios de prueba, pero con dos importantes restricciones: la obtención de las declaraciones ha de ser voluntaria estando prohibida la imposición de medidas coercitivas y han de servir a un proceso ya incoado⁸⁹.

El claro propósito del legislador UE de promover la aplicación del ROP 2020 mediante la incorporación, en la modalidad de obtención directa de pruebas en el extranjero, de la actuación de agentes diplomáticos o funcionarios consulares, nos conduce a llevar a cabo un breve análisis de cómo aquella es abordada por la legislación española. En primer lugar, debe repararse en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil cuyo art. 15 regula la ejecución, a cargo de funcionarios diplomáticos y consulares, de diligencias procesales y dispone, en su apartado primero, que las “diligencias procesales que resulten de un procedimiento sustanciado ante la autoridad judicial española podrán ejecutarse en el extranjero por funcionario diplomático o consular siempre que no impliquen coacción, la ley española no requiera de modo inexcusable la presencia de autoridad judicial, hayan de realizarse en la demarcación consular y a ello no se oponga la legislación del Estado receptor”.

En segundo término, resulta claro que la Ley 29/1025 se remite a la LEC, norma que exige la presencia judicial en los interrogatorios a las partes y los testigos, así como, en la exposición de los dictámenes periciales (art. 289.2). De modo que esta exigencia impide a un órgano jurisdiccional español que encargue a un agente diplomático o un funcionario consular la práctica de aquellos medios de prueba. Otras nor-

89 La práctica de diligencias de prueba antes del comienzo del proceso queda excluida de la modalidad de obtención de pruebas por los agentes diplomáticos o funcionarios consulares. Esta exclusión no está prevista en la redacción del art. 21 ROP 2020 pero sí se incluye en su considerando 24 que, en este extremo, se alinea con lo establecido en el art. 15 del Convenio de La Haya de 1970.

mas de la LEC que obstaculizan la aplicación del art. 21 ROP 2020 son las que imponen la presencia judicial en la práctica de medios de prueba fuera de la sede de un órgano judicial (arts. 169.4 y 364). En definitiva, el único mecanismo de auxilio contemplado en la LEC es el judicial. O, mejor dicho, era el único.

En efecto, cabe que, en un futuro próximo, un órgano jurisdiccional español pueda obtener directamente la declaración o el interrogatorio de un individuo presente en otro Estado miembro, con la intervención de un agente diplomático o un funcionario consular, gracias a la conjugación de los arts. 20 y 21 del ROP 2020; esto es, por medio de videoconferencia efectuada en el local de la misión diplomática o consulado. Ello es debido a la profunda reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. En el contexto de una reforma, que tiene como objetivos principales la adecuación tecnológica y la digitalización de la Administración de Justicia, se ha instaurado, como regla de preferencia, la realización de actos procesales mediante presencia telemática.

Centrándonos en el auxilio judicial respecto de la práctica de medios de prueba, el Real Decreto-ley 6/2023 ha introducido importantes modificaciones. A los efectos de nuestro estudio, interesa destacar la relativa al hecho de que la regla general, consistente en que el interrogatorio de las partes, la declaración de los testigos y la ratificación de los peritos deben tener lugar en la sede del juzgado o tribunal que conozca de la causa, deja de ser aplicable cuando aquellas personas tengan su domicilio en otra circunscripción. En este caso, antes de acudir al auxilio judicial, se prevé la práctica de aquellos medios de prueba mediante videoconferencia que se realizará desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial, o al juzgado de paz, de sus respectivos domicilios o lugares de trabajo. Pero, es más, si el juez o la jueza lo estima oportuno, en atención a las circunstancias concurrentes, las intervenciones de las partes, testigos y peritos podrán hacerse desde cualquier lugar, siempre

que se disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente⁹⁰.

Teniendo en cuenta de la voluntad del legislador español de ampliar al máximo los denominados “lugares seguros” desde los que pueden efectuarse con plenos efectos procesales las intervenciones telemáticas, nada hay que objetar a que la identidad del interviniente sea certificada por el agente diplomático o consular⁹¹.

3.2.6. Asunción de los gastos generados por la cooperación judicial activa

A la cooperación judicial transfronteriza en la materia que nos ocupa se le ha otorgado, tradicionalmente, el carácter de gratuita⁹². Ello no significa que la obtención de pruebas en un Estado distinto del Estado en el que se celebra o vaya a celebrarse el juicio no sea susceptible de generar gastos, sino que de la cooperación judicial no han de derivarse gastos añadidos. Si estos se producen, el órgano jurisdiccional requerido debe asumirlos y no puede pedir su reembolso al requirente⁹³. Ahora bien, la referencia a “gastos añadidos” conlleva la facultad de que, ante

90 Cfr. los arts. 169.4, 129.2 y 137 bis 2 y 3 LEC. Preceptos que han sido, los dos primeros modificados y el tercero añadido, por el Real Decreto-ley 6/2023 que los ha situado en el título VIII de su libro primero. Su entrada en vigor se producirá el veinte de marzo de 2024 (apartado segundo de la disposición final novena).

91 De conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, una de las funciones consulares es la de actuar en calidad de notario (art. 5 f). Asimismo, a los funcionarios diplomáticos se les encarga el otorgamiento de la fe pública.

92 Vid. DIAGO, DIAGO, M^a P., *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, op. cit., esp. pp. 60 y 61.

93 Vid. sobre el particular, VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a L., “Obtención de pruebas en otros Estados de la Unión Europea. Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil”, op. cit., esp. pp. 352 y 353.

cierto tipo de gastos, el órgano jurisdiccional requerido pueda reclamar al requirente su reembolso. Dicha posibilidad ha sido tenida en cuenta por el Convenio de La Haya de 1970 (art. 14), así como, por los ROP de 2001 y 2020, confiriendo al órgano jurisdiccional requerido el derecho al reembolso de ciertos gastos. De ahí que, acertadamente, se sostenga que el régimen instaurado por los citados instrumentos parte de la gratuidad de los costes corrientes, pero del reembolso de los extraordinarios⁹⁴.

Según el art. 18 ROP 2001, la ejecución de una solicitud de obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requerido “no dará lugar al abono de tasas o gastos”. La correcta interpretación y aplicación de este precepto requería conocer el significado que debía darse los términos “tasas” y “gastos”. No lo proporcionaba el ROP 2001, aunque sí lo ha hecho el TJUE en la sentencia dictada en el as. C-283/09, donde precisa que su significado ha de delimitarse de manera autónoma con arreglo al Derecho de la UE, debiendo entender por “tasas” “las cuantías percibidas por el órgano jurisdiccional por su actividad” y por “gastos” “las cuantías abonadas por el órgano jurisdiccional a terceros durante el procedimiento, en particular a los expertos o a los testigos” (ap. 59)⁹⁵.

Ante la eventualidad de que la regla no pudiera cumplirse, esto es, que la ejecución por el órgano jurisdiccional requerido hubiera dado lugar al abono de tasas o gastos, el propio art. 18 ROP 2001 le otorga el derecho a ser reembolsado por el órgano jurisdiccional requirente. Sin embargo, limita el reembolso a dos supuestos: a los honorarios abonados a expertos e intérpretes y a los gastos derivados de la ejecución de la solicitud de acuerdo con algún procedimiento especial previsto en el Estado miembro requirente o del uso de un medio tecnológico de comunicación. En este importante aspecto del que podía depender el éxito de la cooperación

94 Vid., VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, op. cit., esp. p. 505.

95 Sentencia *Wery ski*, de 17 de febrero de 2011, C-283/09, ECLI:EU:C:2011:85.

judicial activa, el ROP 2001 efectuaba una remisión a la legislación del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente, señalando que era dicha legislación la que regía la obligación de las partes de sufragar los mencionados honorarios y gastos. Asimismo, el ROP 2001 también preveía que cuando el órgano jurisdiccional requirente solicitara la emisión de un dictamen por un experto, el órgano jurisdiccional requerido podía, de manera previa a la ejecución del encargo, recabar de aquel órgano adecuada provisión de fondos sobre los honorarios estimados. Adelanto que debía efectuarse por las partes del proceso cuando así lo dispusiera la legislación del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente.

Durante la vigencia del ROP de 2001, la aplicación práctica del art. 18 no causó problemas destacables desde un punto de vista cuantitativo⁹⁶. Sí hubo, empero, una discrepancia acerca de la correcta interpretación de una norma del citado precepto que dio lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE y que fue resuelta en la ya mencionada sentencia *Weryński*. A la pregunta sobre si el órgano jurisdiccional requirente está obligado a cargar con los gastos derivados del interrogatorio de un testigo, ya sea en forma de reembolso o de provisión de fondos, el TJUE declara que no se halla obligado a ninguna de esas dos acciones. Esta decisión se basa, primero, en afirmar el carácter taxativo de las excepciones que el art. 18.2 ROP 2001 impone a la regla consistente en que los gastos generados por la obtención de prueba corren a cargo del órgano jurisdiccional requerido, de modo que no pueden extenderse a supuestos distintos de los expresamente contemplados⁹⁷ y, segundo, en estimar adecuada la opción adoptada por

96 En el Informe que la Comisión envía, en 2007, al Consejo, Parlamento Europeo y al CESE sobre la aplicación del ROP 2001, consta que en un 75,4% de los casos en los que ha sido aplicado el régimen previsto en el art. 18 relativo a los gastos no se ha constatado ningún problema; vid. documento COM (2007) 769 final, anexo VIII, p.16.

97 El carácter taxativo de las excepciones deriva también de la configuración de una de ellas como causa de denegación de la ejecución de la solicitud de obtención de prueba (art. 14.4 ROP 2001).

el Convenio de La Haya de 1970 que suprimió los reembolsos de las indemnizaciones abonadas a testigos⁹⁸.

El ROP 2020 incorpora en su Anexo III una tabla de correspondencias entre los arts. del ROP 2001 y el de 2020. En ella figura que la correspondencia del art. 18 ROP 2001 con el art. 22 ROP 2020 es plena. No obstante, si se comparan los textos de ambos preceptos se advierte una diferencia a resaltar: el ROP 2020 sustituye la palabra “abono” por “reembolso” en la frase que contiene la regla general en materia de gastos. Así, el vigente art. 22.1 ROP 2020 dispone que “la ejecución de una solicitud de obtención de pruebas no originará ningún derecho al reembolso de tasas o gastos”. A nuestro entender, tiene más sentido utilizar la palabra “reembolso” ya que teniendo en cuenta que el órgano jurisdiccional requerido ha de ejecutar la solicitud de obtención de prueba aplicando su Derecho nacional (art. 12.2), ha de ser este derecho el que imponga o no el abono de tasas o gastos. Ahora bien, más allá de esta sustitución el ROP 2020 no introduce ninguna otra modificación importante, lo que no puede ser valorado de forma positiva. Se esperaba que hubiera seguido la recomendación que en su día hizo el CESE, a la Propuesta del ROP 2001, acerca del peligro de discriminación entre justiciables por razón de la residencia que deriva de la facultad concedida al órgano jurisdiccional requerido de solicitar el reembolso de los gastos derivados de la obtención de pruebas, cuando la diligencia probatoria se hubiera ejecutado con arreglo a un procedimiento especial previsto en el Derecho nacional del órgano jurisdiccional requirente⁹⁹.

98 Uno de los motivos que han sido apuntados de la supresión del reembolso de las indemnizaciones abonadas a testigos fue el importe “generalmente escaso” generado por sus intervenciones (ap. 67 sentencia *Weryński*). En relación con este tema, vid. AMRAM, PW, “The proposed Convention on the taking of evidence abroad”, op. cit., esp. p. 654.

99 Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Iniciativa de la República Federal de Alemania con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros

4. Conclusiones

Del análisis llevado a cabo pueden extraerse las siguientes conclusiones: la primera es que cabe afirmar que no solo el ROP 2001 sino también el ROP 2020 están fuertemente influidos por el Convenio de La Haya de 1970. Es más, incluso este último, puede considerarse una actualización de los métodos tradicionales de asistencia jurídica internacional, ya que la obtención de pruebas por agentes diplomáticos o funcionarios consulares, prevista como importante novedad, está inspirada en dicho Convenio.

En segundo lugar, no puede negarse el hecho de que se consolida la aplicación facultativa del ROP 2020. El carácter dispositivo de los procedimientos de cooperación judicial internacional en materia de obtención de pruebas es justificado por el TJUE y la Comisión. Argumentos como el relativo a que la obtención de pruebas en otro Estado miembro no debe generar un alargamiento de la duración de los procedimientos nacionales o el que, desde una perspectiva más economicista, sostiene que la existencia de vías paralelas para lograr un mismo objetivo tiene un impacto positivo porque reduce costes para las administraciones públicas, empresas y ciudadanos, son los que prevalecen en la actualidad. Asimismo, en documentos que plasman las directrices que pretenden implantar un modelo europeo de proceso civil se refleja la regla de la flexibilidad en lo concerniente a la determinación del procedimiento a aplicar en la obtención transfronteriza de pruebas. No obstante, cabe preguntarse si, atenuar la diferencia entre “practicar la prueba en el extranjero” y “requerir su aportación desde el extranjero”, no podría menoscabar las garantías procesales de las partes ya que las sitúa en un considerable nivel de inseguridad jurídica.

en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil”, de 28 de febrero de 2001 (2001/C 139/04), p. 14.

Falta de seguridad, que es el núcleo de la tercera conclusión, y que ha sido subrayada por el TJUE respondiendo a cuestiones prejudiciales que se le han planteado y por los trabajos que han evaluado la aplicación del ROP 2001 proponiendo su reforma. Se ha reclamado al legislador de la UE que definiera de modo más preciso los conceptos que son relevantes a la hora de determinar el ámbito en el que opera. Sin embargo, como puede deducirse del examen de los temas abordados en este estudio poco se ha avanzado en claridad, precisión y previsibilidad, desde la fecha de aplicación del ROP 2001, respecto a la delimitación de qué debe entenderse por “órgano jurisdiccional”, “diligencias probatorias”, “documento electrónico” y gastos que debe ser “reembolsados” al órgano jurisdiccional requerido.

La cuarta y última conclusión tiene un cariz positivo porque el ROP 2020 sí ha encarado con decisión el reto de adaptar, la cooperación judicial en materia de obtención de pruebas, al progreso tecnológico y lo ha hecho generando la evolución del Derecho de la UE. La aprobación de normas que obligan a que, por ej., la transmisión de solicitudes y comunicaciones deba efectuarse a través de un sistema descentralizado que, sobre la base de e-CODEX, va a comprender los sistemas informáticos nacionales que van a estar interconectados y van a ser interoperables, está provocando la sucesión de iniciativas legislativas que contribuirán, de un lado, a la plena eficacia del sistema y, de otro, a la protección de los derechos constitucionales y procesales de los justiciables que les han de garantizar, cuando entren en contacto con la digitalización y el intercambio electrónico de información, la efectiva tutela de sus legítimos intereses.

5. Bibliografía

AGUILERA MORALES, M., “El Reglamento (UE) 2020/1874 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos: novedades e implicaciones internas”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2022, núm. 53, pp. 1-31.

- AMRAM, P.W., “The proposed Convention on the taking of evidence abroad”, *American Bar Association*, 1969, vol. 55, nº 7, pp. 651-655.
- DIAGO DIAGO, M^a P., *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- FERNÁNDEZ ROZAS J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 12^a ed., Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2022.
- FONT I SEGURA, A., Fontanellas Morell, J.M^a, Gardeñes Santiago, M. y Garriga Suau, G. (coords.), *Lliçons de dret internacional privat*, Atelier, Barcelona, 2023.
- FONTANELLAS MORELL, J. M^a, “Las principales conexiones del Reglamento 650/2012 por primera vez ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2021, nº 42, pp. 1-44.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, vol. 13, nº 1, pp. 277-297.
- GIL NIEVAS, R., “Obtención de pruebas”, en BORRÁS, A. (coord.), *La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 455-464.
- HAZARD, G.C., “Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions”, *Notre Dame Law Review*, 1997, pp. 1017-1028.
- HESS, B., “Cooperación judicial digital en el espacio de libertad, seguridad y justicia. La cooperación judicial en materia civil”, en GASCÓN INCHAUSTI, F. y PEITEADO MARISCAL, P. (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 763-775.

- MARCHAL ESCALONA, N., “El nuevo marco europeo sobre notificación y obtención de pruebas en el extranjero”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, vol. 74, nº 1, pp. 155-180.
- ONTANU, E., “Normalising the use of electronic evidence: bringing technology use into a familiar normative path in civil procedure”, *Oñati Socio-Legal Series*, 2022, vol. 12, issue 3, pp– 582-613.
- RAMÍREZ BENAVENTE, M^a D., “La obtención de prueba en la Unión Europea: evolución y análisis del Reglamento (UE) 2020/1783 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2021, núm. 55, pp. 245-271.
- RICHARD, V., “La refonte du règlement sur l’obtention des preuves en matière civile”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2021, núm. 1, pp. 67-77.
- RICHARD, V. & Hess, B., “The 1965 Service and 1970 Evidence Conventions as crucial bridges between legal traditions?”, en John, T., Gulati, R. & Köhler, B. (eds.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Privat International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), 2020, pp. 288-297.
- SLADIČ, J., “L’obtention de preuves en matière civile et commerciale dans l’espace judiciaire européen : *status quaestionis* et la réforme envisagée”, *Revue des affaires européennes*, 2021/1, pp. 191-212.
- VICARIO PÉREZ, A. M^a, “Cooperación judicial digital en la Unión Europea. e-CODEX como sistema de intercambio electrónico transfronterizo de datos procesales”, en SUÁREZ XAVIER, P.R. y VICARIO PÉREZ, A. (dirs.), *Cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea. Retos pendientes y nuevos desafíos ante la transformación digital del proceso*, Bosch, Barcelona, 2023, pp. 233-266.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B., “La propuesta de Directiva sobre el establecimiento de normas mínimas comunes para un proceso civil euro-

peo”, en JIMENO BULNES, M. (dir.) y RUIZ LÓPEZ, C. (coord.), *Tirant lo blanch*, Valencia, 2022, pp. 169-205.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a L., “Obtención de pruebas en otros Estados de la Unión Europea. Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil”, en De la Oliva Santos, A. (dir.) y Calderón Cuadrado, M^a P. (coord.), *Derecho Procesal Civil Europeo*, vol. II, Acceso a la Justicia y auxilio judicial en la Unión Europea, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 297-365.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a L., “Influencia de los estándares europeos en el régimen español de notificaciones”, en GASCÓN INCHAUSTI, F. y PEITEADO MARISCAL, P. (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 193-243.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.

Estudio crítico de los requerimientos de las preguntas al testigo en la Ley de Enjuiciamiento Civil

*(Critical study of the requirements for questioning
witnesses in the Civil Procedure Act)*

María José Fernández-Fígares Morales
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Granada

RESUMEN: La práctica de la prueba testifical constituye el momento clave en el que la información del testigo ingresa en el proceso. Por eso, el presente estudio sistematiza y analiza con amplio detalle los requerimientos actuales de las preguntas que pueden utilizarse en el proceso civil; se somete a revisión la actual dicción de los preceptos que lo regulan y proponemos una regulación más precisa de ciertas condiciones de las preguntas. Igualmente, se sugiere un texto legal capaz de diferenciar el grado de exigencia de las cuestiones que se formulen, a través de un tratamiento distinto respecto al interrogatorio directo frente al interrogatorio cruzado o «cross examination», a fin de conciliar mejor la práctica con el derecho de defensa y al principio de contradicción.

PALABRAS CLAVE: testigo, preguntas, proceso civil, requerimientos.

ABSTRACT: The practice of witness evidence is the key moment in which the witness's information enters the process. For this reason, this study systematizes and analyses in great detail the current requirements of the questions that can be used in civil proceedings; the current wording of the precepts that regulate it is reviewed and we propose a more precise regulation of certain conditions of the questions. Likewise, we suggest a legal text capable of differentiating the degree of exigency of the questions that are asked, through a different treatment with regard to direct questioning versus cross examination, in order to better reconcile the practice with the right of defence and the principle of contradiction.

KEYWORDS: witness, questions, civil procedure, injunctions.

Fecha de recepción: 15 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2024

Estudio crítico de los requerimientos de las preguntas al testigo en la Ley de Enjuiciamiento Civil¹

*(Critical study of the requirements for questioning
witnesses in the Civil Procedure Act)*

María José Fernández-Fígares Morales
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Granada

SUMARIO

1. Sistema de exploración mediante preguntas. **2.** Clasificación de las cuestiones. **3.** El denominado «*cross examination*» o interrogatorio cruzado y su viabilidad. **4.** Consideraciones y posibles mejoras de la regulación procesal respecto a las facultades de interrogación de las partes al testigo. **5.** Bibliografía.

1. Sistema de exploración mediante preguntas

La prueba de testigos representa una previsión legal de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil que es resultado de una larguísima tradición

1 El presente trabajo forma parte de la producción del Grupo de Investigación «ESTUDIOS PROCESALES» (SEJ422), Universidad de Granada, Departamento Derecho Procesal y Derecho Eclesiástico del Estado de la que es miembro la autora.

procesal. Este medio de prueba consiste en concurrencia de terceros al litigio destinada a prestar su testimonio sobre las circunstancias de unos hechos por ellos conocidos y relativos a lo que constituya el objeto del debate conforme a la formalidad procesal. La testifical de hoy día comparte con los demás medios de prueba la función de procurar al tribunal un arsenal de resultados de la actividad probatoria dirigidos a que el tribunal forme su convicción, lo que expresará en la sentencia. El tribunal, conforme a la sana crítica, determinará la certeza de unos determinados hechos en el proceso, de forma que la composición de la narración resultante de dicha operación, sea susceptible de arrojar, precisamente, la consecuencia jurídica despachada en la sentencia, que, a su vez, se deducirá en virtud de la pretensión y de su válida procedencia legal.

En ausencia de una definición legal, pero con integración de los elementos configuradores que ofrece nuestra LEC, podemos definir como testigo aquella persona física, ajena al proceso y con la debida idoneidad en cuanto a su capacidad, que declara en el juicio ante el tribunal según una actividad probatoria regulada por la ley acerca de hechos controvertidos objeto del litigio sobre los que tuvo previamente noticia de forma directa o indirecta y se constituye en medio de prueba. La doctrina ha brindado concepciones diversas pero que, en esencia, ratifican los citados elementos legales esenciales. Así, incluso antes de la entrada en vigor de la actual LEC, DE LA OLIVA SANTOS la identificó como «la actividad procesal que provoca la declaración de un sujeto, distinto de las partes y de sus representantes, sobre percepciones sensoriales relativas a hechos procesalmente relevantes»². También encontramos la definición que ofreció CHOZAS ALONSO, integrando la ofrecida por la jurisprudencia, que dice así: «testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con ante-

2 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 4ª ed., Madrid, 1995, p. 347.

rioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia»³. ABEL LLUCH define: «es un medio de prueba indirecto consistente en una declaración oral que presta un tercero, con uso de razón suficiente, a instancia de cualesquiera de las partes y en el curso de un proceso, sobre hechos controvertidos y generalmente pasados de los que ha tenido noticia, bien directa, por haberlos presenciado, bien indirecta, por habérselos referido otra persona»⁴.

Entre los caracteres que podemos derivar de las concepciones ofrecidas se encuentra la de que *el testigo haya resultado interrogado según las normas de la ley procesal*. Podemos contar con un testigo idóneo, pero, para que este se considere como auténtico medio de prueba de testigos y sea sometido a la posterior valoración judicial en cuanto tal, su declaración habrá de ser tomada de manera que siga el cauce procesal dispuesto por la ley. Prueba de ello es que la LEC vigente ha optado por la denominación como medios de prueba admisibles la de «interrogatorio de testigos» (Art. 299.1. 6º LEC) en lugar de simplemente la de «testigos» (utilizada por la derogada LEC de 1881, en su art. 578. 7º), lo que implica la necesidad de aplicar la lista de preguntas dentro del propio proceso. En esta línea, ABEL LLUCH resalta que la «expresión “interrogatorio de testigos” resalta que la declaración del testigo accede al proceso a través de un cauce, cual es el interrogatorio, otorgando relevancia al medio de prueba o, cuando menos, equiparando el medio (interrogatorio) con la fuente (testigo)⁵. Por su parte, BONET NAVARRO señala que «la información del testigo es la fuente, y el modo en el que

3 CHOZAS ALONSO, J.M., *El interrogatorio de los testigos en los procesos civil y penal*, La Ley, Madrid, 2010, p.73, dicha definición fue tomada de la STS, Sala 2ª, de 20 de mayo de 2008.

4 ABEL LLUCH, Xavier, *Derecho probatorio*, J. M. Bosh, Barcelona, 2012, p. 581.

5 ABEL LLUCH, Xavier, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil español*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 575.

se introduce dicha información en el proceso es el medio de prueba»⁶. La doctrina ha acogido favorablemente dicha regulación por cuanto deja distinguir claramente entre el concepto de fuente de prueba –que lo constituiría el testigo, con sus características y sus conocimientos previos–, y el auténtico medio de prueba –que solo adquiere tal categoría cuando se produce su declaración intraprocesal.

La configuración de la declaración del testigo se aleja de una declaración plenamente libre y espontánea –por ejemplo, mediante la licencia a que el testigo ofrezca abiertamente su relato, sin estar prácticamente condicionado a la orientación de las preguntas–, como algunos ordenamientos promueven. Nuestra institución legisladora ha querido limitar de algún modo la libertad del testigo a la hora de ofrecer la información, pues, establece que se someta a «interrogatorio», lo que implica un cierto control de la temática de la declaración testifical, de su sentido o dirección.

Conscientes de la importancia de las preguntas que conforman dicho interrogatorio, el presente estudio sistematiza y analiza con amplio detalle los requerimientos actuales de las preguntas que pueden utilizarse en el proceso civil; se somete a revisión la actual dicción de los preceptos que lo regulan y proponemos una regulación más precisa de ciertas condiciones de las preguntas. Igualmente, se sugiere un texto legal capaz de diferenciar el grado de exigencia de las cuestiones que se formulen, a través de un tratamiento distinto respecto al interrogatorio directo frente al interrogatorio cruzado o «cross examination», a fin de conciliar mejor la práctica con el derecho de defensa y al principio de contradicción.

6 BONET NAVARRO, José, *Litigación y teoría de la prueba*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 405.

2. Clasificación de las cuestiones

2.1. Las preguntas realizadas por el tribunal por disposición legal

Se trata de las preguntas generales al testigo que han de formularse por el tribunal por disposición legal al comienzo del interrogatorio. Según hemos tratado ya en el capítulo sobre el ámbito ritual que aborda la práctica del interrogatorio, conforme determina el art. 367.1 LEC⁷. Según sistematizó DE PAULA, estas se refieren a los siguientes contenidos: a) preguntas destinadas a la identificación del testigo (nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio); b) preguntas destinadas a la verificación de la relación de parentesco con las partes, abogados o procuradores); c) y preguntas destinadas a la obtención de elementos valorativos del testigo (relación de dependencia o comunidad de intereses con las partes, procuradores o abogados; interés en el asunto de que se trate; amistad íntima o enemistad con partes, procuradores o abogados; y condena por falso testimonio)⁸.

Hay que advertir, siguiendo a ABEL LLUCH, que, a pesar de tratarse de preguntas a realizar por imperativo legal, sin embargo, no será

7 El art. 367.1 LEC dispone que el tribunal preguntará inicialmente a cada testigo, en todo caso: 1.º Por su nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio; 2.º Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad, y en qué grado, de alguno de los litigantes, sus abogados o procuradores o se halla ligado a éstos por vínculos de adopción, tutela o análogos; 3.º Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto o de su procurador o abogado o ha tenido o tiene con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos; 4.º Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante; 5.º Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus procuradores o abogados; 6.º Si ha sido condenado alguna vez por falso testimonio.

8 DE PAULA PÉREZ, Alfonso, *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*, ed. Reus, 1968, pp. 160-161.

necesaria la completa formulación cuando de las preguntas precedentes se deduzcan las consecutivas. Y, además, deben aplicarse con cierta flexibilidad y discrecionalidad⁹.

Es significativo que la LEC no faculta en este instante a las partes para preguntar sobre estos extremos tras el turno del juzgador, sino que se limita a disponer la facultad de estas de poner de manifiesto al tribunal la existencia de circunstancias relativas a su imparcialidad. Tras las mismas, es de nuevo el tribunal al que le corresponde volver a realizar cuestiones en virtud de lo manifestado por las partes, pero constituye una facultad discrecional del órgano (art. 367.2 LEC).

2.2. Las preguntas conducentes a la averiguación de los hechos

2.2.1. Requerimientos derivados del contenido del objeto general de la prueba y de los presupuestos de admisión del testigo

2.2.1.1. Preguntas pertinentes. Sobre hechos y el objeto procesal. Sobre la costumbre. Importancia de la adecuada determinación de los hechos controvertidos

Según dicta el art. 281.1 LEC, «la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso»; en los procesos dispositivos solo precisan prueba aquellos extremos sobre los que exista desacuerdo, es decir, los hechos controvertidos. Estos hechos habrán de haber sido previamente verbalizados por las partes ante el tribunal, como último trámite antes de proponer la prueba. Sobre este particular es interesante el ATC 354/1991, de 25 de noviembre, el cual, al referirse al principio dispositivo y, especialmente, el principio de aportación de parte, sienta que precisamente consiste en que la actividad probatoria ha de recaer exclusivamente sobre

9 ABEL LLUCH, Xavier, «El interrogatorio de testigos. Esta doctrina forma parte del libro La prueba en los procesos de familia», en *La Ley*, 2573/2019, versión sin paginar.

hechos afirmados por las partes. Consecuencia de ello es que cuando la misma recaiga sobre hechos que no han sido afirmados por las partes ni discutidos por las mismas, entonces no resultará necesaria –por lo que habrá de ser rechazada mediante su inadmisión– o caso de haber sido admitida, si se pone de manifiesto dicha desviación durante su práctica (como puede ocurrir en el concreto caso del transcurso del interrogatorio testifical), entonces el juez no la tomará en consideración¹⁰.

Es destacable la importancia que reviste dicha actividad, pues la adecuada formulación de los hechos controvertidos, además de contar con una incidencia directa en la medición de la efectiva congruencia de la sentencia, facilita que el titular de la jurisdicción aplique el juicio comparativo de dichos hechos respecto de las preguntas que se van realizando durante el interrogatorio. Desde este estudio, proponemos que el legislador sea más exigente, que requiera una formulación ordenada en forma de sistematización a través de la división de los hechos controvertidos en distintas proposiciones fácticas debidamente numeradas. Desde el punto de vista estilístico podrían, perfectamente, verbalizarse a modo de hipótesis¹¹.

En cuanto a la consideración de los hechos, dicha denominación es bien amplia ya que, como apuntó GARCIMARTÍN ROMERO, «se podría sostener que se puede considerar hecho a efectos proba-

10 ATC, Sección 3ª, 354/1991, 25 de noviembre de 1991, FJ. Segundo.

11 Por ejemplo, en un litigio sobre responsabilidad civil se podrían plantear del siguiente modo: «Señoría, entendemos que los hechos controvertidos son los siguientes: 1º) Si el demandado efectivamente tenía una avería en la canalización del agua de la instalación de su casa que dio lugar a la fuga 2º) Si la citada fuga fue la que ocasionó la inundación del garaje de la vivienda colindante situada en un nivel inferior, propiedad del actor»; se pueden determinar igualmente los hechos conformes en este asunto, mediante esta fórmula: «Respecto a los hechos sobre los que existe conformidad, estos son: 1º) Que la vivienda del actor presenta daños por inundación de agua consistentes en... cuyo valor de reparación asciende a...».

torios cualquier realidad material e inmaterial. Puede ser objeto de prueba un suceso en el que han intervenido determinados sujetos, un estado natural de cosas, las características o peculiaridades que posee una persona, lugar o cosa, un estado subjetivo de conocimiento, etc. El hecho debe ser necesariamente pasado, en la medida en que se requiere que pertenezca al proceso a través de las alegaciones. Por otra parte, no hay ningún obstáculo a que el hecho objeto de prueba tenga carácter negativo, por ejemplo, puede ser objeto de prueba la ausencia de pago del precio, el no cumplimiento de una obligación, etc. Sin embargo, estas circunstancias no son indiferentes a efectos probatorios, puesto que pueden producir alteraciones en la carga de la prueba, en virtud de las disposiciones que la regulan en nuestra Ley (artículo 217)»¹².

En lo referente a la delimitación del ámbito de los hechos que entran o se excluyen de la prueba, FERNÁNDEZ URZAINQUI, puntualizó que precisan prueba los hechos que reúnan tres presupuestos: a) que hayan sido aportados o alegados por las partes; b) que su afirmación se haya producido oportunamente; y c) Que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso; mientras que, por el contrario, se encuentran exentos de prueba: a) Los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes; y b) los hechos notorios. En relación a la costumbre y al derecho extranjero, a diferencia del tratamiento procesal de los hechos, «la aplicación de las normas extranjeras o de las consuetudinarias no depende de su alegación y prueba por las partes, sino de la exigencia legal derivada de las normas de conflicto (arts. 9 a 12 CC) o del orden de prelación de fuentes (art. 1.1 CC y preceptos concordantes de las compilaciones y leyes civiles autonómicas). Rige también con relación a ellas el principio *iura novit*

12 GARCIMARTÍN ROMERO, Regina, «La noción de hecho», en *La prueba (I): Concepto, objeto y clases*, Base de conocimiento Iustel, versión sin paginar, en <https://www.iustel.com/v2/c.asp?r=910687&rs=6&rp=8.&Z=4&O=1§or=> ; consultada: 20/08/2023

curia, de que la nueva Ley se hace eco en el artículo 218.1. La falta de alegación y prueba de tales normas no es pues impedimento alguno para su aplicación, siendo ésta pertinente, por el tribunal que las conozca, sea por su propia formación jurídica, sea por las indagaciones llevadas a cabo sobre el particular»¹³.

Pero también es relevante la forma en la que se exteriorizan dichos hechos. En tal sentido, resulta interesante la opinión de SOBA BRACESCO, quien sostiene que «se debe tener presente, en ese sentido, que el testigo no puede transmitir a través de su declaración una mera representación de lo ocurrido, sino la reconstrucción de los hechos percibidos. El interrogatorio, las preguntas, deberían estar dirigidas a potenciar u optimizar el relato o la narración fáctica que el testigo puede ofrecer (aunque, como se vio, dentro de ciertos límites o cauces, muchas veces recogidos expresamente en la regulación); pero para ello es necesario abandonar conceptualizaciones clásicas y equivocadas del Derecho procesal, que ven la declaración testimonial como puramente representativa»¹⁴.

Por último, perfectamente cabe que al testigo se le realice una exploración sobre el arraigo que una determinada costumbre tiene en la comunidad donde una parte pretende darle aplicación cuando dicha costumbre no es aceptada por todas las partes del proceso y sus normas no afectasen al orden público (art. 281.2 LEC). En caso de disconformidad, proponemos que, para mejor ordenación procesal, dicho desacuerdo debería ser verbalizado por las partes en el instante para determinar

13 FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, «Artículo 281. Objeto y necesidad de la prueba Capítulo V de la prueba: Disposiciones Generales, en Comentarios al Capítulo V de la Prueba», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel; Rifá Soler, José María y Valls Bombau, José Francisco, Iurgium Atelier, Barcelona, 2000, pp. 1291 a 1392.

14 SOBA BRACESCO, Ignacio M., «El interrogatorio de testigos: las preguntas no admitidas», *Diario La Ley*, nº 9447, Sección Doctrina, 2 de Julio de 2019.

los hechos controvertidos y ello a pesar de que no se trate estrictamente de un hecho¹⁵.

2.2.1.2. Preguntas útiles

Por aplicación del art. 282.2 LEC, si la pregunta no contribuye a esclarecer los hechos controvertidos, porque se refiere a los hechos sobre los que existe conformidad (en los procesos dispositivos), ha de ser tenida por inútil. También se habría de descartar cuestiones que, aun dirigiéndose a dichos hechos, sin embargo, no contribuyan a esclarecerlos¹⁶.

2.2.1.3. Preguntas necesarias: no reiterativas

El principio de economía procesal significa—como vimos en el capítulo donde estudiamos los presupuestos de admisión del testigo— la función eficiente que tendría el medio para acreditar los hechos controvertidos teniendo en cuenta una visión comparada de todo el elenco probatorio. Pues bien, a la hora de proyectar la secuencia de preguntas, el criterio de la necesidad debería abortar aquellas cuestiones que ya han sido debidamente atendidas por el testigo, es decir, las reiterativas. Aunque la LEC no identifica de manera expresa este requerimiento, sin embargo, lo podemos deducir de varias prescripciones; de este modo, la ley procesal reconoce la facultar del tribunal para obviar las declaraciones testificales siguientes sobre un hecho, cuando, previamente, hubiere escuchado el testimonio de, al menos, tres testigos con relación al mismo hecho y si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficien-

15 Así, por ejemplo, en un pleito donde se reclame el pago de gastos derivados de una compraventa cabría que las partes, al definir los hechos controvertidos, añadieran: «Como costumbre controvertida planteamos si el pago de los gastos derivados de la compraventa se realiza por mitad entre comprador y vendedor».

16 Por ejemplo, debido a su deficiente formulación o por sondear asuntos solo capaces por algún sentido en los que el testigo presenta una acusada discapacidad (en el supuesto de no haber sido declarado no idóneo).

temente ilustrado (art. 363 LEC). También protege la necesidad de la prueba el art. 372 LEC, por cuanto, en comparación con las preguntas planteadas por la parte que propuso al testigo, las preguntas efectuadas después por las demás partes serán «nuevas», es decir, no pueden ser repetidas. La regulación de los hechos notorios es otro exponente de la innecesariedad de la prueba ya que el art. 281.4 LEC determina que «No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general», aunque solo si las demás partes no los aceptan como tal, entonces, serán tratados como hechos controvertidos y, por tanto, si será precisa la pregunta dirigida a los mismos. Por su parte, la jurisprudencia se refiere expresamente en multitud de resoluciones a la reiteración de preguntas como motivo de rechazo¹⁷.

2.2.1.4. Preguntas no prohibidas por la ley

El principio de legalidad procesal recogido en el art. 1 LEC impone que «en los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley». Pero, además, la falta de adecuación legal supone la inadmisión según el art. 283.3 LEC, pues dispone: «nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley».

Consecuencia de ello es que, al encontrarse expresamente identificado y numerado por el art. 299.1 LEC precisamente el medio de prueba de interrogatorio de testigos, no procede admitir cualquier otro tipo de prueba testifical impropia o irregular. En lo que aquí respecta esto supone que las preguntas deben respetar el contenido y la forma que estamos abordando en el presente capítulo y, asimismo, solo cabe que se formulen por los sujetos habilitados –tratados en el capítulo sobre el ámbito subjetivo– y, por último, que se planteen en la oportunidad y

17 SAP Madrid, Sección 21ª, 516/2005, 18 de octubre 2005, F. D. Tercero (B), que sentencia: «no es cierto que deban ser admitidas todas las preguntas, ni que se puedan y deban hacer de forma reiterada una y otra vez».

dentro del trámite legalmente procedente –según abordamos en el capítulo sobre la práctica probatoria–.

2.2.1.5. Preguntas no ilícitas

Las preguntas ilícitas van más allá de la mera contravención de la ley, dado que suponen, por un lado, la vulneración de los derechos fundamentales (arts. 287 LEC y 11.1 LOPJ) y, por otro, la consecuente creación de indefensión a una de las partes (art. 24.2 CE).

En la práctica de hoy día es muy raro encontrar interrogatorios ilícitos de testigos, dadas las consecuencias del control inherente a la intermediación judicial. Pero no cabe duda que obtendrán dicha calificación las prácticas tendentes a obtener una información o declaración que implican la manipulación de la voluntad del sujeto, como la administración de ciertas sustancias que, en conjunto, se denominan «sueros de la verdad» o la hipnosis. También se proscriben todos los métodos que usan la intimidación o las lesiones físicas, el agotamiento o menoscabo cognitivo o emocional o, incluso, la distorsión de la memoria. Todos vulneran la dignidad de la persona, su salud e integridad o su libertad, y suponen la incursión en el desterrado mundo de la tortura. También podrían incardinarse en este grupo la obtención de declaraciones de personas sujetas al secreto por razón de estado o profesión o aquellas que revelen contenidos referentes a materias reservadas, en la medida en que puedan suponer una violación del derecho a la intimidad protegido en el art. 18 CE.

2.2.1.6. Preguntas que sondeen la idoneidad del testigo ¿Caben?

La ley procesal no proscribe expresamente aquellas preguntas de las partes que vayan destinadas a averiguar el grado de idoneidad del testigo desde el punto de vista del art. 361 LEC. Sin embargo, puede ocurrir que un testigo ha sido admitido como tal, a la vista de que las partes no han presentado ninguna objeción referente a su falta de idoneidad y, una vez comenzado el interrogatorio, alguna parte sospeche que el testigo puede estar incurso en algún motivo de inaptitud, es decir, que el testigo se halle permanentemente privado de razón o que no

cuenta con el uso de algún o varios sentidos respecto de hechos litigiosos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos. O incluso que, tratándose de un testigo menor de catorce años, la parte tenga alguna información que apunte a la falta de su discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente.

Ante dichas sospechas de alguna parte ¿cabén preguntas de sondeo de la idoneidad? Entendemos que las mismas habrían de ser viables pues, como advertimos más adelante, la preguntas pueden abarcar todas las cuestiones que tengan la misión de «contribuir a esclarecer los hechos controvertidos» (art. 283.2 LEC) –pues, en caso contrario, declarará su improcedencia–, y en el mismo sentido, el tribunal deberá admitir «las que puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio» (art. 368.2 LEC). Y es que, sondear sobre un motivo de falta de idoneidad del testigo, contribuye a esclarecer los hechos litigiosos, aunque sea de manera indirecta, porque difícilmente cumple dicha misión el testimonio de una persona incurso en un motivo de ineptitud. Entendemos, además, que la exclusión del legislador de la admisión de la prueba de interrogatorio de un testigo debido a su falta de idoneidad del art. 361 LEC ha de permitir, por mor del derecho a un juicio justo (art. 24.2 CE) y el principio de contradicción que rige las actuaciones procesales probatorias (art. 289.1 LEC, en correspondencia con el art.137.1 LEC), que la parte cuente con la oportunidad de realizar preguntas reveladoras de una sospechosa discapacidad para ser testigo en el caso concreto.

2.2.2. Requerimientos derivados de las pautas del interrogatorio a testigos

2.2.2.1. Preguntas formuladas de forma oral

Es un requerimiento consecuente con la forma oral que rige las actuaciones en las que se lleva a cabo el interrogatorio, tanto el juicio del proceso ordinario como la vista del proceso verbal. Esta prescripción del art. 368.1 LEC supuso, precisamente, una de las características que más se destacó entre las novedades instauradas por la LEC vigente. Por

ello, su propia Exposición de Motivos alude a la instauración de un «interrogatorio libre» tanto de las partes como de testigos como medio para procurar una declaración más espontánea e íntegra¹⁸. Y, efectivamente, la oralidad de las preguntas ha permitido eliminar el encorsetamiento del que adolecían los anteriores interrogatorios mediante pliegos o listas de preguntas. A favor se muestra ABEL LLUCH, al destacar que «a los abogados les permite modular la línea del interrogatorio en función de las respuestas que va ofreciendo el testigo, y variar su línea de interrogatorio, lo cual no permitía la presentación de la lista de preguntas (art. 638 LEC\1881). A los jueces, les permite flexibilizar el juicio de admisión de las preguntas, pudiendo incluso invitar a reformular una pregunta, cuando no se ajuste a las previsiones del art. 368 LEC y pueda ser relevante en términos de la decisión»¹⁹.

No obstante, se exceptúa dicha regla, ya que se prevé la redacción de una lista de preguntas en aquellos casos en los que la declaración se produce al margen de estas actuaciones, se trata de los siguientes: a) el interrogatorio domiciliario, cuando no sea procedente la presencia de las partes y los abogados (art. 364 LEC); b) el interrogatorio mediante auxilio judicial cuando las partes y sus abogados no vayan a acudir al órgano judicial exhortado (art. 364 LEC); y c) el interrogatorio de las personas jurídicas y entidades públicas (art. 381 LEC).

18 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), Exposición de Motivos, apartado XI, 7º y 19º Párrafos. Al referirse a la declaración de partes dice: «Esta declaración ha de versar sobre las preguntas formuladas en un interrogatorio libre, lo que garantiza la espontaneidad de las respuestas, la flexibilidad en la realización de preguntas y, en definitiva, la integridad de una declaración no preparada». Y al referirse al interrogatorio de testigos señala: «En cuanto al interrogatorio de testigos, consideraciones semejantes a las reseñadas respecto de la declaración de las partes, han aconsejado que la Ley opte por establecer que el interrogatorio sea libre desde el principio».

19 ABEL LLUCH, Xavier, *Derecho probatorio*, Op. Cit., p. 614. Y también, ABEL LLUCH, Xavier, «La audiencia previa: entre el deseo y la realidad», en *Revista del Poder Judicial*, nº 69, Primer Trimestre, 2003, pp. 360-362.

2.2.2.2. Preguntas claras y precisas

A este requisito alude igualmente el art. 368.1 LEC. Para poder dominar el alcance de este requisito debemos comenzar por definir qué se entiende por la claridad en el lenguaje. Se ha definido por tal el empleo de una sintaxis simple, con oraciones cortas y bien ordenadas y, alejarse, en lo posible de tecnicismos, latinismos y arcaísmos²⁰. La claridad implica, por tanto, que la pregunta sea accesible a la ciudadanía, que sea fácilmente comprensible por el receptor.

La noción «precisión» se refiere a la exactitud de las palabras elegidas respecto a lo que se desea expresar –en este caso, sondear– y también el ahorro de palabras innecesarias. Así, según la RAE, la precisión se define en cuanto «dicho de una persona o de su expresión: Concisa y rigurosa». Por su parte, la concisión se concibe como «brevedad y economía de medios en el modo de expresar un concepto con exactitud». Y el rigor se corresponde con propiedad y precisión. Hay que advertir que se ha de adaptar la expresión, su claridad y expresión, al nivel cultural y cognitivo del interrogable, ya que es él el protagonista de esta actividad probatoria.

Conocida dicha significación, a nuestro juicio, una futura reforma de la LEC debería evitar la soledad de los conceptos jurídicos indeterminados y concretar mucho más qué ha de entenderse por claridad y precisión. De este modo –y conforme a su verdadero alcance– el precepto debería requerir que cada cuestión habrá de sondear una circunstancia objetiva y, asimismo, que ha de usar una sintaxis sencilla y un léxico adecuado al nivel cognitivo del interrogado, que huya de significados ambiguos. En línea con lo anterior, varios ordenamientos comparados hispano hablan-

20 AAVV, *El libro de estilo de la Justicia*, Muñoz Machado, Santiago (Dir.), RAE, CGPJ y Espasa, Barcelona, 2017, p. 14. Se destaca, además, que «aunque existen otros antecedentes, fue en torno a los años setenta de la centuria pasada cuando aparecieron en Estados Unidos, Canadá, Suecia y el Reino Unido propuestas en favor del lenguaje jurídico claro (*Plain Language Campaign*)».

tes ha sido receptivos respecto a la necesidad de que la regulación legal sea más concreta. Por eso, encontramos ordenamientos como el CNPP de México²¹, el CPCCN de Argentina²² y también el CPP de Chile²³.

Como consecuencia de las definiciones anteriores, debemos entender que obran contra la claridad y, en consecuencia, habrán de excluirse del interrogatorio las preguntas excesivamente largas –porque se refieren a varios hechos conjuntamente o plantean un doble interrogante– y las confusas o farragosas –con déficit en la técnica de expresión en cuanto a la disposición, puntuación o pausas, o en elección del léxico, etc. Respecto a las preguntas capciosas y sugestivas, ambas, a pesar de representar dos configuraciones diferentes, la doctrina las encasilla conjuntamente como cuestiones que faltan a la claridad y a la precisión, como es el caso de CHOZAS ALONSO²⁴, cuando hay supuestos en los que no necesariamente son así.

Así, por un lado, se rechazan por la jurisprudencia las preguntas capciosas, porque en la formulación completa de la pregunta, bajo

21 Código Nacional de Procedimientos Penales de México, el artículo 373. Contiene las reglas para formular preguntas en juicio y dispone: «Toda pregunta deberá formularse de manera oral y versará sobre un hecho específico. En ningún caso se permitirán preguntas ambiguas o poco claras, conclusivas, impertinentes o irrelevantes o argumentativas, que tiendan a ofender al testigo o peritos o que pretendan coaccionarlos».

22 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, artículo 443 se refiere a la forma de las preguntas y dice: «Las preguntas no contendrán más de UN (1) hecho; serán claras y concretas; no se formularán las que estén concebidas en términos afirmativos, sugieran la respuesta o sean ofensivas o vejatorias. No podrán contener referencias de carácter técnico, salvo si fueren dirigidas a personas especializadas».

23 Código Procesal Penal de Chile, el artículo 330 prescribe: «(...) En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, aquéllas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, ni las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos (...)».

24 CHOZAS ALONSO, José Manuel, *El interrogatorio de los testigos...*, Op. Cit., Madrid, 2010, p. 234.

una premisa que, *a priori*, será admitida sin dudas por el testigo (por su percepción notoria, por su proximidad, por el valor favorable que presume) se esconde una premisa falsa o que el testigo nunca admitiría si se le formulara de forma autónoma. En definitiva, lo rechazable es que el interrogador pretenda que el testigo admita conjuntamente dos cuestiones a la vez cuando sabe que una de ellas no la asumiría el testigo si la planteara separadamente. Dichas interrogantes, además de la falta de claridad (art. 368.1 LEC), cuentan con un ánimo engañoso que contraviene la buena fe que debe imperar en el proceso (art. 247 LEC)²⁵.

Otra formulación que ha sido rechazada por la doctrina en base a su falta de claridad y precisión es la pregunta sugestiva. Se entiende sugestiva la pregunta que encierra el contenido de la respuesta que se quiere obtener. Pero hemos de señalar que la mera característica de que sea la persona profesional de la abogacía quien aporte la información a confirmar en la pregunta para que el testigo la ratifique o la rechace no constituye, en sí misma, lo que sanciona el art. 368.1 LEC, sino que, para incurrir en dicha prohibición, la citada pregunta tendría, además, que producir una cierta confusión o falta de claridad, como cuando por se presenta en una pregunta «envuelta», es decir, aquella información con otras, o bien por contener inferencias²⁶.

Consecuencia de ello es que el auténtico fundamento de la inadmisión de preguntas que, sin ser confusas, ofrezcan información al testigo, proviene más bien de las funciones que la LEC atribuye a cada fase del

25 DUCE, Mauricio y BAYTELMAN, Andrés, *Litigación penal. Juicio Oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica e Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, p. 231. Los autores sostienen que la razón de la prohibición es que «las preguntas engañosas o capciosas producen información de baja calidad por parte del testigo, información proveniente básicamente de su error o confusión derivado de una formulación de la pregunta orientada a inducir dicho error o confusión».

26 Por ejemplo, una pregunta que contiene inferencias es: «¿El vehículo X no activó la intermitencia y, por eso, se produjo el impacto del vehículo Y?»; contiene una deducción que no corresponde responder al testigo.

proceso y a cada sujeto. Porque es en la oportunidad alegatoria, donde son las partes – y sus abogados– quienes cuentan con la licencia procesal de alegar todo aquello que entiendan favorable a sus pretensiones, pero, cuando la práctica de la prueba entra en juego, es en el testigo en quien recae la aportación del sustrato fáctico, tienda este a advenir o a desvirtuar lo manifestado previamente por las partes. Este condicionamiento es asumido por el art. 370.2 LEC, que prescribe que el testigo ha de responder por sí mismo. Ante dicha configuración, si, durante el interrogatorio, las partes –o sus letrados– son los que facilitan el contenido de lo que va a ratificar el testigo a través de sus propias preguntas y estos solo se limitan a confirmarlo mediante un lacónico «sí», la prueba testifical se desmerece, pues los sujetos pasivos pierden el papel que les corresponde como medio de prueba, y además, dicha práctica disipa la frescura y autenticidad que es deseable, con el influjo correspondiente en su nivel de credibilidad, al ser fruto de la mera manipulación. La jurisprudencia se ha referido, precisamente, a esta posible desviación²⁷. Pero, como explicamos más adelante, hay ciertos casos en que resulta necesario, para el buen fin del proceso, aportar al testigo ciertos datos o informaciones para su contraste o localización; por ello, conviene distinguir entre dichas preguntas sugestivas y las llamadas preguntas cerradas.

2.2.2.3. Preguntas carentes de valoraciones y de calificaciones

Rechaza también el art. 368.1 LEC, la realización de preguntas al testigo que lleven impregnados juicios de valor o calificaciones²⁸. Sin

27 SAP La Rioja, 431/2011, de 23 de diciembre de 2011, ED. Tercero, donde, aunque cita el art. 368.1 LEC para fundar el rechazo de una batería de preguntas sugestivas, sin embargo, asigna el requerimiento de que las respuestas sean espontáneas –un efecto que nada tiene que ver con la claridad y precisión de las preguntas–; también la STS, Sala 2ª, 470/2003, de 2 de abril de 2003, reconoce y tacha de sugestiva una pregunta y funda el rechazo a la misma en base a que aquella elimina la opción de una contestación diferente a la que se desea obtener.

28 SAP Madrid, Sección 21ª, 516/2005, 18 de octubre 2005, F. D. Tercero (B), que dice: se refiere a la carga judicial de «inadmitir que se hagan valoraciones,

embargo, sí se permiten esos contenidos al testigo perito, por el hecho de agregar que cuenta con conocimientos especializados; en tal caso, se autoriza que se pongan de manifiesto las valoraciones o calificaciones que correspondan a dichos conocimientos (art. 370.4 LEC)²⁹.

En todo caso, el fundamento de esta limitación general en cuanto a las preguntas dirigidas a testigos comunes se encuentra en que, precisamente, el ámbito del testimonio se refiere a la averiguación de los hechos litigiosos y a lo que constituya objeto del juicio (art. 368.2 LEC). Lo que ha dado lugar a que la actividad del testigo sea concebida como una tarea meramente objetiva, donde el interrogado ha de limitarse a narrar lo visto, lo oído o lo percibido a través de sus propios sentidos (art. 360 LEC), sin que sea su papel incorporar deducciones o afirmaciones. En consecuencia, han de ser inadmitidas las preguntas que requieran del testigo dichos pronunciamientos. Si bien algún autor, abogó por la conveniencia de admitirlas, aunque, una vez formuladas, no se les ofrezca eficacia probatoria a los actos de opinión o valoración. Así, DEVIS ECHANDÍA, que ha mantenido la inseparabilidad de los juicios y deducciones del testigo respecto del hecho percibido³⁰.

calificaciones, etc, no solo por quien está declarando sino por quien está preguntando, por así disponerlo la norma, a fin de no desvirtuar la naturaleza de las pruebas».

29 Aunque, en realidad, el texto de este precepto alude al posible contenido de las respuestas del testigo –no a las preguntas–, ya que recoge lo siguiente: «Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos». Pero, lo lógico es que, si se admite que el testigo lo agregue también las partes puedan formular preguntas referentes a dichos juicios valorativos.

30 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, T. II, Víctor De Zavalia, Buenos Aires, 1981, p. 29. El autor dice: «En principio el testigo debe limitarse a exponer hechos, pero inevitablemente emite opiniones sobre ciertas calidades del objeto o sobre las condiciones en que se encontraba una persona

Efectivamente, es indudable que, en ocasiones, es difícil de detectar la presencia de las mismas. Por ello, veamos cual es el significado de cada uno de estos términos según la RAE. El acto de la «valoración» consiste en la acción y efecto de reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de alguien o algo. Por su parte, el acto de la «calificación» se refiere a la acción y efecto de apreciar o determinar las cualidades o circunstancias de alguien o de algo.

En este sentido, la inserción de valoraciones en las cuestiones puede ser fácilmente identificable, en la medida en que la atribución de significativo valor o mérito a un relato se descubre de inmediato³¹. Más difícil resulta la tarea de captar la calificación que resulta rechazable porque el mero adjetivo calificativo incorporado a la oración ya supone la realización de esta actividad. Así, frecuentemente, para representar una acción es preciso recurrir a ítems calificadores³². Por eso, parece que lo que, realmente, se desdeña son las preguntas cuyo ejercicio calificativo incide directamente sobre el juicio o inferencia que corresponde aplicar al juzgador o aquella que correspondería a los conocimientos especializados de un perito o un testigo perito, a través de las denominadas máxi-

(como su ebriedad o la ira manifiesta) o sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos, o sobre lo que dedujo de los observados o percibidos, es decir, opiniones que complementan la narración de sus observaciones. Pero si el juez le permite exponer simples suposiciones o dar conceptos que sólo corresponde a los peritos, su declaración no deja por esto de ser un testimonio, a pesar de que esa parte carecerá de valor probatorio».

- 31 Por ejemplo, a un vecino de la comunidad de propietarios: ¿El canal de agua de la vivienda del piso superior al del vecino X tuvo una fuga y, *por eso, se caló el agua al piso inferior del señor X?*; se detecta en seguida que se requiere del interrogado que confirme este juicio de valor, por lo que ha de ser rechazada si el interrogado no es técnico en la materia.
- 32 Por ejemplo: «¿Ese vehículo *excesivamente* veloz fue el que impactó contra el expositor del comercio X?; se califica al vehículo para identificarlo de cara a la acción posterior, en lugar de preguntar acerca de la velocidad a la que circulaba y cuál era la velocidad permitida.

mas de experiencia³³. JIMÉNEZ CONDE ya se refirió a ellas y expuso que resultan rechazables porque «se está solicitando al testigo que emita una conclusión particular con transcendencia jurídica y que comporta un juicio de valor, consecuencia de subsumir los hechos concretos de los que tiene noticia en determinadas máximas de la experiencia más o menos especializadas». Añade el autor que «esta labor únicamente al juez corresponde realizar. Lo correcto sería interrogar al testigo sólo sobre las circunstancias fácticas concurrentes en la actuación del demandado, para que sea luego el tribunal, si las considera probadas, quien, partiendo de aquellas máximas de la experiencia que estime aplicables, obtenga la conclusión correspondiente»³⁴.

Como consecuencia de dicha prohibición, el diseño de las preguntas debería contener el desglose de los hechos que serán objeto de sondeo por cada testigo, de tal modo que dichos hechos se seccionen en proposiciones fácticas y estas en apartados circunstanciales. De este modo, el interrogatorio tenderá a reconstruir objetivamente los hechos para que, luego, el titular de la jurisdicción cuente con una secuencia fáctica suficientemente representativa como para obtener las deducciones o las calificaciones necesarias. Pero dicha actividad deberá encontrarse mejor concretada en la norma y constituye una habilidad que precisa de un adiestramiento profesional del que hoy en día se sigue echando en falta.

33 Por ejemplo, ante un litigio donde se ejercite una acción de responsabilidad civil una pregunta con calificaciones sería: «Entonces, ¿el cocinero, en la manipulación de las herramientas de la cocina, actuó con negligencia?». En este caso, la estimación sobre si hubo o no negligencia, es una tarea propia del tribunal sobre la que el testigo no puede ni debe pronunciarse.

34 JIMÉNEZ CONDE, Fernando, JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Thomsom Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, versión sin paginar.

2.2.3. Requerimientos derivados de los identificadores de la figura del testigo

2.2.3.1. Preguntas referentes al ámbito de conocimiento del testigo: Los hechos, la costumbre, la razón de ciencia

No puede ser objeto de sondeo cualquier información o conocimiento sino tan sólo aquello que constituye el ámbito de conocimiento del testigo en el proceso en particular. Por eso, el artículo 368.2 LEC sanciona con la inadmisión las preguntas que no se refieran a los conocimientos propios de un testigo; un concepto que reconduce –al remitirlo al art. 360 LEC– a aquellos conocimientos de los habrán de tener previamente noticia y se refieran, precisamente a los hechos litigiosos. Debe anotarse que, conforme a las implicaciones del objeto general de la prueba –que hemos estudiado al nombrar los requerimientos derivados de este– el interrogatorio también podría tener por objeto la prueba de la costumbre, si no hubiera consenso sobre su contenido o virtualidad por las partes (art. 218.1 2º Párrafo LEC) pero siempre y cuando el conocimiento de estas normas consuetudinarias sea conocido por el testigo.

Como consecuencia de lo anterior, constituye, lógicamente, el ámbito de conocimiento del testigo aquel sector fáctico del cual el testigo hubiera tenido, en su caso, noticia a través de sus propios sentidos, bien de forma directa o bien de manera indirecta. Pero la vinculación a los hechos litigiosos de las preguntas ha sido interpretada en el sentido de excluir así también toda operación valorativa o calificativa integrada en el testimonio.

En nuestra opinión, en favor de la efectividad del derecho de defensa, ha de aplicarse una lectura amplia en cuanto a los requerimientos de las preguntas a la referencia a los hechos litigiosos. De esta manera, si bien es cierto que el testigo, por su propia configuración y función, ha de contar con conocimientos sobre los hechos litigiosos (art. 360 LEC), sin embargo, las preguntas al testigo deben obtener un ámbito mucho más extenso, por cuanto pueden abarcar todas las cuestiones que tengan la misión de «contribuir a esclarecer los hechos controvertidos» (art. 283.2 LEC) –pues, en caso contrario, declarará su improcedencia–, y en

el mismo sentido, el tribunal deberá admitir «las que puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio» (art. 368.2 LEC). Se quiere, con ello, subrayar que no es lo mismo que el objeto de una pregunta sea *el hecho en sí mismo* que tenga como misión *averiguarlo*, pues, en este último caso, el tipo de preguntas podrían incluir aquellas que, sin referirse directamente al hecho que conforma el objeto litigioso, sin embargo, pretende sondear el nivel de verosimilitud o de credibilidad del testimonio a través de su correspondiente «razón de ciencia»³⁵, lo cual, sin duda, ha de redundar en la mejor averiguación de los hechos³⁶.

El legislador es consciente de la importancia de tal ámbito de sondeo, por eso lo ha dispuesto como componente de la obligación de responder del testigo al prescribir: «en cada una de sus respuestas, el testigo expresará la razón de ciencia de lo que diga» (art. 370.3 LEC). Además, ha integrado la razón de ciencia como parámetro de valoración probatoria específico del interrogatorio de testigos (art. 376 LEC). En la dinámica que se impone en la prueba de interrogatorio de testigos, donde no es el testigo quien lleva la iniciativa de su propia declaración, sino que son las partes quienes ordenan la secuencia y contenido de la deposición, sería incongruente impedir a las partes formular las preguntas que tengan por objeto circunstancias relativas a la denominada «razón de ciencia» del testigo cuando, precisamente, se le impone al testigo la obligación de aportar dicha información. Y, para mayor peso, el tribunal ha de considerar dicha circunstancia a la hora de conformar su convicción en cuanto a la valoración de esta prueba. Consecuencia de todo ello

35 Tal y como definimos en el capítulo dedicado a la valoración probatoria, la «razón de ciencia» comprende las circunstancias de tiempo, lugar y modo en las que se percibe la ocurrencia y pueden aportar o restar, según los casos, verosimilitud o credibilidad al relato.

36 En tal sentido, pueden plantearse preguntas relativas al contexto del hecho –y no de la acción en sí misma– o aquellas que pretenden contrastar informaciones o constancias previas con la respuesta que el testigo ofrece.

es que este tipo de prospección tiende a la mejor averiguación de los hechos objeto del litigio y, además, procura un mejor desenvolvimiento del derecho de defensa y el principio de contradicción, posibilitando, por ello el juicio con todas las garantías (art. 24.2 CE); por ello, no vemos obstáculo para que también puedan ser formuladas las preguntas sobre la razón de ciencia del testigo, siempre y cuando, eso sí, lo indagado forme parte del ámbito cognitivo del testigo: debe haber tenido noticia de ello.

2.2.3.2. Preguntas referentes a un posible motivo de tacha ¿Caben?

La ley no menciona de forma expresa la facultad de las partes de aplicar en su turno correspondiente de preguntas una indagación acerca de grado de imparcialidad del testigo. De esta forma, a la parte solo le habilita la ley procesal para denunciar el motivo de tacha desde el momento en que se admita la prueba testifical y hasta que comience el juicio o la vista (art. 378 LEC) pero no se admite su acreditación, precisamente, mediante una nueva testifical (art. 379.1 LEC). Por otro lado, una vez aplicado por el tribunal el interrogatorio sobre las preguntas generales de la ley, las partes cuentan con un turno para manifestar al tribunal la existencia de circunstancias relativas a su imparcialidad. A continuación, habrá de ser, en su caso, el propio tribunal quien interroge al testigo sobre esas circunstancias (art. 367.2 LEC).

Además, consideramos una previsión impropia de las facultades que deben corresponder al ejercicio efectivo del derecho de defensa y el derecho a la prueba, asimismo, resulta incongruente con el principio de contradicción y el de audiencia bilateral que no se prevea la facultad de las partes de contar con un turno de palabra para preguntar sobre las generales de la ley al testigo a continuación del interrogatorio judicial sobre la imparcialidad. Efectivamente, puede suceder que alguna parte no cuente con evidencias ciertas para poder formular una tacha y, sin embargo, tenga en su haber ciertas informaciones que le hagan dudar sobre la certeza de las contestaciones del testigo a las generales de la ley. Frente a dicha eventualidad, la LEC parece evitar que las partes interroguen en este instante, pues limita su facultad a «manifestar al tribunal la existencia de circunstancias relativas a su imparcialidad» de modo que

será el órgano jurisdiccional, si lo estima oportuno, quien ampliará el interrogatorio en virtud de lo que previamente le trasladó alguna parte. Estimamos que se trata de un anacronismo respecto a las garantías que conforman el proceso y la prueba, una falta que, en la práctica, suele permitirse salvar durante un turno posterior, de manera que, con frecuencia, se admite a la parte perjudicada por un testimonio realizar preguntas sobre la imparcialidad del autor de dicha manifestación, cuando se goza de la oportunidad de preguntar sobre lo que reputen conducente para determinar los hechos (art. 372.1 LEC).

Desde nuestra perspectiva, la posibilidad de indagación directa a través de preguntas por las partes sobre los motivos de imparcialidad o su falta en los que pueda incurrir un testigo se encuentra amparada por el art. 24 CE. Así, aunque el legislador haya omitido pronunciarse sobre esta facultad en particular de las partes llegada la oportunidad del interrogatorio, sin embargo, el derecho de acceso a un proceso justo y con las debidas garantías y el rechazo de la creación de indefensión, apoya que se permita a las partes afianzar o cuestionar al testigo en función de su nivel de afección con las partes o con el proceso, no solo mediante la mera alegación sino también, y fundamentalmente, a través de la práctica de la prueba que se pretende introducir como coadyuvante a la formación de la convicción judicial. En apoyo legal de dicha afirmación encontramos que, entre los parámetros que ha de considerar el tribunal a la hora de valorar la prueba de testigos, se encuentran precisamente «las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado» (art. 376 LEC). Y, además, la posibilidad de preguntar para cuestionar a un testigo en razón a su posible imparcialidad vendría respaldada por la imposición en el proceso civil de que la práctica de la prueba habrá de ser contradictoria (art. 289.1 LEC, en correspondencia con el art. 137.1 LEC).

Además, consideramos que la siguiente mención del legislador comprende la posibilidad de profundizar en el grado de compromisos con las partes o con el proceso del testigo mediante cuestiones dirigidas a él. Se trata de la mención a que, cuando se refiere al objeto general de la prueba y determina que esta ha de «contribuir a esclarecer los hechos

controvertidos» (art. 283.2 LEC) –pues, en caso contrario, declarará su improcedencia–, y el mismo sentido, el tribunal deba admitir las preguntas que «puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio» (art. 368.2 LEC). Pues, tal y como ya hemos argumentado, no es lo mismo requerir preguntas que tengan por objeto los hechos que disponer que las preguntar tengan por objeto averiguarlos ya que, para efectuar el juicio de averiguación es perfectamente relevante conocer el grado real de implicación del testigo respecto a las partes o al propio litigio.

2.3. Las preguntas del tribunal sobre lo dicho por el testigo

El tribunal cuenta con la oportunidad de interrogar al testigo con preguntas dirigidas a determinar los hechos, pero dicha facultad es mucho más limitada que la que cuentan las partes pues, en primer lugar, su intervención solo puede tener por objeto obtener aclaraciones o adicciones respecto a lo ya manifestado a las partes y, en segundo lugar y como consecuencia del requerimiento anterior, le corresponderá su turno una vez que las partes hayan aplicado su respectivo interrogatorio, o al menos, después de que estas pregunten sobre algún aspecto que suscite la necesidad de aclarar o adicionar, pues solo bajo dicha ordenación cabe «aclarar o adicionar». Así se desprende del art. 372.2 LEC. Al respecto ha dicho PICATOSTE BOBILLO sobre la expresión «aclaraciones y adicciones», que con su uso «parece establecerse un vínculo de dependencia o subordinación respecto del contenido del interrogatorio que ha precedido al judicial»³⁷.

En cuanto al contenido de las cuestiones que puede plantear el tribunal, como advierte SANTELICES ARIZTÍA, «parece sin duda que

37 PICATOSTE BOBILLO, Julio, «Algunas cuestiones acerca del interrogatorio de testigos (1)», *Diario La Ley*, nº 9686, Sección Tribuna, 1 de septiembre de 2020, versión sin paginar.

la actividad del juez debiera limitarse única y exclusivamente a clarificar ciertos puntos que no han quedado claros de lo dicho por la parte o testigo. Debe evitar el juez introducir nuevos temas en el interrogatorio. Ahí, me parece que la idea de “adiciones” puesta por el legislador puede prestarse para malos entendidos o incentivos perversos. Recordemos que no estamos frente a un juez instructor sino frente a un juez que decide en base a derecho y sobre lo que las partes le llevan a juicio»³⁸. La idea de que este interrogatorio del juez ha de ser en todo caso determinado por lo que las propias partes han definido previamente mediante su respectiva indagación parece una cuestión asentada en la doctrina pues, como dice MONTERO AROCA, «el juez de la LEC de 2000 es un juez neutral, imparcial, entre dos partes parciales, y el atribuirle la facultad de hacer preguntas a los testigos que supongan encaminar el interrogatorio por donde no lo han querido llevar las partes es contrario a esa imparcialidad»³⁹.

Constituye una práctica frecuente que es conveniente abolir que el tribunal se aparte en la temática de aquello que previamente haya sido introducido por las partes y que, como denuncia SANTELICES ARIZTÍA, que este pudo incluso apreciarla en su estudio empírico «durante el interrogatorio que realizaba una de las partes, interrumpiendo las preguntas de la parte». Como concluye este autor, «más allá de las buenas intenciones de dicho juez, esa actividad, en la práctica, afecta a las partes y pone en riesgo su imparcialidad»⁴⁰.

38 SANTELICES ARIZTÍA, Fernando, «Contradicción, imparcialidad e intermediación en la ley de enjuiciamiento civil española. Algunos problemas para la consolidación de estos principios en la práctica», *Revista Ius et Praxis*, Año 18, n° 1, 2012, p. 223.

39 MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 420.

40 SANTELICES ARIZTÍA, Fernando, «Contradicción, imparcialidad e intermediación...», *Op. Cit.*, p. 223.

3. El denominado «*cross examination*» o interrogatorio cruzado y su viabilidad

3.1. Las preguntas y las repreguntas ¿caben contenidos diferenciados?

Conforme a los artículos 370 y 372.1 LEC y tal como hemos desarrollado en el capítulo que trata el ámbito ritual del interrogatorio y, en concreto, en el apartado sobre la práctica del interrogatorio, una vez el tribunal ha identificado al testigo, tomado su juramento, hechas las advertencias legales y preguntado acerca de las preguntas generales de la ley, procede la intervención de las partes con preguntas conducentes a la averiguación de los hechos litigiosos, podemos distinguir dos turnos de preguntas. En primer lugar, actuará la parte (o su abogado) que haya propuesto a dicho testigo; en el caso de haber sido propuesto por ambas partes, será el demandante quien comenzará el interrogatorio (art. 370 LEC): este interrogatorio se conoce como turno de «preguntas» y ha sido denominada interrogatorio directo. En segundo lugar, tras concluir dicha interpelación –respondidas las preguntas– entonces, cualquiera de las demás partes (o sus abogados) contarán con la oportunidad y la facultad de plantear al testigo nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos (art. 372 LEC); este interrogatorio se conoce como turno de «repreguntas» y ha sido calificado por la doctrina como contrainterrogatorio, contra examen o interrogatorio cruzado (por influjo y traducción del término anglosajón «*cross examination*»). Dicha facultad había resultado asumida por el legislador desde antiguo y lo recoge el Derecho Romano y, como señaló SCIALOJA, «como regla general, se exigía la presencia de las partes, las cuales podían intervenir no solo para fiscalizar la obra del juez, sino también para proponer preguntas a los testigos y pedir aclaraciones sobre su deposición»⁴¹. Re-

41 SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos*, Traducción Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, Ediciones Jurídicas

cientemente, RAMOS MÉNDEZ aclara que «el interrogatorio es cruzado cuando el que interroga es la parte que tiene intereses contrarios con la que declara, no como acontece en el supuesto introducido en la ley española: el abogado repregunta a su propio cliente»⁴², cuando se trata de interrogatorio de parte. Pues bien, nos cuestionamos si el régimen procesal del ámbito objetivo de las preguntas y las repreguntas en el interrogatorio de testigos es idéntico o si, por el contrario, ambos turnos presentan contenidos diferenciados.

En principio la ley procesal civil no asigna un tratamiento diferenciado en cuanto al contenido que pueden asumir las preguntas correspondientes a uno y otro turno –sin bien tan solo algunos matices que tratamos más adelante–. Pero, como señaló RAMOS MÉNDEZ, “en el subconsciente de la regulación legal late sin duda el deseo de importar la *cross examination* anglosajona, como sugiere el rótulo adoptado en la cabecera de la norma. Pero, desde luego, la ley no parece conocer exactamente en qué consiste la figura”⁴³. Señala también PALOMO que «la nueva normativa comete el error de no distinguir las notables diferencias que, para el efectivo logro de las muy importantes finalidades del contraexamen, deben existir entre la regulación del interrogatorio principal y la prevista para el contrainterrogatorio»⁴⁴. Por su parte, DE MIRANDA VÁZQUEZ ha señalado que «la importación de la “*cross examination*” anglosajona a nuestro sistema procesal ha quedado prácticamente en nada, devaluándola tremendamente con la obsesiva restricción de las preguntas a cuanto resulte pertinente, en el sentido conferido al término

Europa– América, Buenos Aires, 1954, p. 395.

42 RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Tomo II, Atelier, Barcelona, 2008, p. 707.

43 RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, *Op. Cit.*, p. 707.

44 PALOMO VÉLEZ, Diego, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2008, p. 440.

en el art. 283.1 LEC. En aquellos pagos, no existen semejantes corsés en relación con el contenido del contrainterrogatorio. De esta suerte, los abogados de las partes ajenas a la que propuso al testigo pueden dirigir el interrogatorio a la obtención de datos –si los hay– que permitan desacreditar la fiabilidad del deponente»⁴⁵. Y MUÑOZ SABATÉ advierte que «la mejor forma de medir y contrastar el grado de veracidad de un testigo es el contrainterrogatorio»⁴⁶.

No obstante, se deben tener en cuenta dos peculiaridades que se atribuyen al interrogatorio cruzado y analizamos seguidamente. Una primera consecuencia de la redacción legal es que las preguntas no pueden ser reiterativas. Dicho requerimiento se corresponde con el principio de economía procesal estudiado en este trabajo. Efectivamente, el ahorro de medios para conseguir los fines del proceso, implica evitar repeticiones. Además, la prescripción representa un exponente más del requerimiento general de necesidad de la prueba, que, aunque no se recoge por la LEC de manera expresa, sin embargo, cuenta con otras manifestaciones, como la de facultar al tribunal para obviar las declaraciones testificales siguiente cuando ya hubiere escuchado previamente a tres testigos sobre el mismo hecho del art. 363 LEC o el tratamiento dispensado a los hechos notorios del art. 281.4 LEC.

En este sentido, es lógico requerir que durante este turno de preguntas no se repitan los mismos sondeos que ya fueron contestados a través del previo turno del interrogatorio directo. Aunque, hay que advertir que, tratándose de un acto dinámico, el peligro de la insistencia en las mismas cuestiones, en realidad, planea durante todo el desenvolvi-

45 DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, «La valoración de la prueba testifical civil a examen (una revisión crítica del art. 376 LEC)», en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 39/2016, 2016, p. 36.

46 MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 3ª ed., edit. Temis, Bogotá, 1997, p. 340.

miento del interrogatorio⁴⁷, por lo que el rechazo a la pregunta atendida y repetida ha de aplicarse a cualquiera de los litigantes, si es preciso, con apelación al principio de economía procesal.

Una segunda implicación la constituye que, según el tenor literal de la LEC, las repreguntas propias del contra examen no tienen que tener por objeto necesaria y estrictamente los hechos, sino que han de ser conducentes a averiguarlos o determinarlos. De este modo, el ámbito de extensión de las repreguntas de las partes que no hubieran propuesto al testigo parece alcanzar más de lo que constituye objeto de debate y, en el caso de procesos o de materia dispositiva, los hechos controvertidos. En consecuencia, podrían tener cabida, además de las que se dirijan directamente al sector fáctico en debate, cuestiones que sin apuntar de manera directa al relato fáctico objeto de la litis, pretendieran, no obstante, determinarlo con mejor técnica. Nos referimos a la oportunidad de realizar interrogantes sobre la aptitud o idoneidad del testigo, o sobre su imparcialidad o, incluso, aquellas que pretendan, sencillamente, averiguar su nivel de certeza o verosimilitud con preguntas sobre la llamada razón de ciencia del testigo.

En este punto debemos recordar cual es el motivo por el que se asigna un turno de repreguntas a aquellas partes que no ha propuesto al testigo. Obviamente, las demás partes, no deberían usar esta facultad discrecional para volver a insistir en la misma secuencia fáctica, seguramente perjudicial a sus propios intereses, que el testigo de versión afín a los alegatos de la parte adversa previamente ha expuesto al tribunal. De hecho, se prohíbe la repetición de preguntas, tal y como hemos señalado. Entonces ¿dónde se encuentra el nicho del objeto de la indagación del interrogatorio cruzado? El resto de partes, solo tendrá interés en

47 Pues pueden plantearse repeticiones dentro de una misma oportunidad de cualquiera de los litigantes, o entre los distintos codemandantes, o entre los distintos codemandados; o entre el Ministerio Fiscal, en los casos en los que intervenga, y las demás partes.

preguntar si como resultado de previas averiguaciones o fruto de las contestaciones ofrecidas por el citado testigo al resto de partes se vislumbra la posibilidad de que el mismo ofrezca una versión en algún punto favorable a sus propios intereses o que desvele la falta de lógica o credibilidad intrínseca. En tal caso, aplicará unas preguntas efectivamente dirigidas a los hechos.

Pero, fuera de estos casos, si el relato previo le resulta enteramente perjudicial a la parte que le toca el turno de repreguntas y resulta que llegan a su conocimiento circunstancias que pueden menoscabar la aptitud o idoneidad del testigo, o su grado de imparcialidad o, incluso, aquellas que puedan afectar al nivel de certeza o verosimilitud cuando se refieran a la llamada razón de ciencia del testigo, entonces, habrá de contar con la oportunidad de desvirtuar al testigo y, consecuentemente, a su relato. En apoyo de esta postura ha de considerarse que solamente de ese modo se procura salvar la falta de específica oportunidad procesal de las partes, a las que les puede perjudicar el contenido de un testimonio, de cuestionar al testigo o su relato, precisamente, a través del interrogatorio, lo que posibilita la efectiva aplicación del derecho de defensa, del derecho a la prueba y, especialmente, del principio de contradicción (art. 24.2 CE y art. 289.1 LEC, en correspondencia con el art. 137.1 LEC)⁴⁸.

Hay que advertir, no obstante, que esta facultad de cuestionar al testigo o a su testimonio, no parece ser una facultad exclusiva de la

48 De hecho, varios ordenamientos establecen un diferente trato jurídico-procesal entre el interrogatorio directo y el contra examen. Por ejemplo, el artículo 330, inc. 1º, de del Código Procesal Penal de Chile, aprobado por la Ley 19696, promulgado el 29-09-2000 y publicado el 12-10-2000, viene a marcar un régimen diferenciado entre las condiciones exigibles a un *interrogatorio al propio o directo* (el que se aplica al testigo que se presenta) y el *interrogatorio cruzado o contraexamen* (el que se dirige al testigo propuesto por la adversa). Y dicho precepto provoca la diversidad de tratamiento, precisamente, al establecer la prohibición de realizar preguntas sugestivas específicamente durante el interrogatorio directo. Dicha especificidad, conlleva, *sensu contrario*, que dicho tipo de preguntas se permitan durante el contra examen.

parte contraria a aquella que propuso al testigo, sino que, incluso, cabría este tipo de preguntas cuando quien está interpellando es la parte que lo propuso. Y eso se funda en la configuración de la regulación general del objeto de la prueba (art. 283.2 LEC) y el poder de control del tribunal sobre la admisibilidad de las preguntas (art. 368.2 LEC). En ambos preceptos, se alude a este giro significativo de la oración, al mencionar el requerimiento de «contribuir a esclarecer» o «ser conducentes a la averiguación de» los hechos controvertidos, respectivamente. Tales preceptos no requieren que la pregunta se refiera exclusivamente a los hechos, sino que tenga por finalidad averiguarlos. Y ambos preceptos no establecen distingo alguno entre las facultades de la parte proponente del testigo de aquella que usa el turno de repreguntas. Parece que el legislador ha querido amplificar el ámbito de las preguntas de manera que la facultad de cuestionar al testigo o al testimonio pueda ser utilizada tanto por la parte cuya versión le pueda perjudicar, con independencia de si se trata de la parte que propuso al testigo como si es la parte contraria⁴⁹. Esta apertura de la configuración del ámbito de las preguntas es congruente, además, con la virtualidad que dispensa el principio de adquisición procesal en la valoración de la prueba. Pues, conforme a tal principio, si el resultado de la prueba puede afectar a cualquier parte con independencia de cuál fue la que propuso la prueba para su obtención, es lógico que las partes cuenten con la oportunidad de contradecir durante su práctica aquello que les pueda perjudicar, y ello con independencia, del papel protagonista o no que hayan adoptado en su proposición. Además, supone una manifestación del derecho de defensa y del derecho a la prueba (art. 24.2 CE) que corresponde a ambas partes en condiciones de igualdad.

49 Pues no ha de presumirse, como norma inquebrantable, que la versión que ofrece el testigo propuesto por una parte va a ofrecer, efectivamente, un relato afín a los intereses de la misma. Así, el testigo puede, perfectamente, alterar su declaración llegado el día de exponer al tribunal. Puede ser por efecto de su mala memoria, de problemas emocionales o cognitivos, de ciertas presiones sufridas por la parte adversa, o, sencillamente, con la finalidad de decir la verdad.

De forma expresa, en el anterior sentido, se han pronunciado ordenamientos comparados. Así, en el sistema norteamericano y según prescribe la Regla Federal de Evidencia (c) se permite el uso de preguntas sugestivas durante el examen directo en algunos casos para desarrollar el testimonio del testigo, como el caso citado de que el propuesto se trate de un testigo hostil, o al preguntar a la parte contraria, o un testigo identificado por la parte contraria. También se permite ofrecer cierto auxilio al interrogado mediante el uso de preguntas sugestivas en los casos de testigos con problemas de lenguaje, o de menores de edad, etc. Y, además, se toleran las preguntas sugestivas cuando se trate de asuntos preliminares no disputados⁵⁰. Precisamente en el uso de dicho tipo de interrogantes nos empleamos a continuación.

3.2. Las preguntas sugestivas y las preguntas cerradas

Las preguntas sugestivas fueron genéricamente rechazadas por las legislaciones procesales, pero, hoy en día, encuentran justificación en ciertos casos. Para DÖHRING las preguntas sugestivas «...en vez de instar de una manera neutral a seguir haciendo indicaciones, insinúan una respuesta determinada (...) dejan entrever, con mayor o menor nitidez, cuál es la respuesta que el interrogador espera»⁵¹. Por su parte, CARRANZA Y ROSENBERG señalan que «las preguntas sugerentes son aquellas que intrínsecamente dirigen al testigo hacia una respuesta...»⁵².

Cuando la finalidad del interrogatorio es, precisamente, cuestionar a un testigo o su versión, apelando con ello a la mejor averi-

50 GOODE, Steven y GAY WELLBORN, Olin, *Courtroom Evidence Handbook*, West Publishing Co., West Group, Student Edition, 2003-2004, p. 186.

51 DÖHRING, Erich, *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pp. 52-57.

52 CARRANZA, Juan y ROSENBERG, Michael, *Oralidad y litigación civil. Herramientas desde la experiencia de Canadá*, CEJA, Santiago, 2018, p. 53.

guación de los hechos, la formulación de las preguntas ha de adecuarse para poder cumplir dicho papel. Así, mientras que cuando el interrogatorio tiene por finalidad representar en sí mismos los hechos, es conveniente que las preguntas se formulen preferentemente de manera abierta⁵³, sin embargo, cuando se trata de poner en duda al testigo o su testimonio sobre un aspecto concreto, se promueve la formulación de preguntas en formato cerrado⁵⁴. El motivo que se ha enarbolado por la doctrina –sobre todo internacional– es que este último tipo de interrogatorios precisa ir contrastando datos previos con el interrogado para desvelar el posible desajuste en el testigo o en su testimonio.

Así, los autores DUCE y BAYTELMAN, apoyan por el respaldo legal a la utilización de una técnica diferenciada cuando se trata del interrogatorio directo a cuando se trata del contra examen pues, aseguran, la distinción obedece a la aseveración de que el uso de las preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio realmente asegura un juicio contradictorio⁵⁵. También apunta PFEFFER URQUIAGA que es consustancial que se confronte al testigo con sus propios dichos y, por lo tanto, sea posible dirigirle preguntas sugestivas, pero bajo ciertas reglas

-
- 53 Las preguntas «abiertas» son las que solicitan del interrogado una información libre dentro de ciertas categorías (donde, cómo, cuando, quien, qué, etc.). Ejemplo: «¿Dónde estuvo Usted en la mañana del 12 de octubre?».
- 54 Las preguntas «cerradas» son las que solicitan del interrogado la mera afirmación o la negación respecto a una previa información suministrada, es decir, un «sí» o un «no» ante una afirmación previa. Ejemplo: «¿Estuvo Usted en la mañana del 12 de octubre en la oficina del Banco Financiadador de la calle Avenida?».
- 55 DUCE, Mauricio y BAYTELMAN, Andrés, *Litigación penal. Juicio Oral y prueba*, Op. Cit., p. 165. Afirman los autores que al sistema le interesa que ambas partes –tanto la fiscalía como la defensa– tengan amplias posibilidades de contravenir la prueba en condiciones de juego justo. Tanto si el testigo del fiscal está mintiendo, falseando, tergiversando, exagerando u omitiendo, como si lo está haciendo el testigo de coartada de la defensa, de ambas cosas es valioso que el sistema se entere.

cuya pertinencia valorará el juez⁵⁶. Va más allá KENNEY F. HEGLAND porque define las preguntas orientadoras como aquellas que sugieren la respuesta y afirma en tono didáctico que, en realidad, «las preguntas orientadoras no son preguntas, son enunciados fácticos con signos de interrogación»⁵⁷. Y más recientemente, CARRANZA y ROSENBERG plantean que, dentro de la técnica de preguntas de la contra examinación, han de formularse preguntas «sugerentes» y «propositivas»⁵⁸.

Ordenamientos comparados han asumido expresamente que «las preguntas sugestivas sólo se permitirán a la contraparte de quien ofreció al testigo, en conainterrogatorio» y también ante declaraciones hostiles a aquella parte que la propuso, como es el caso del CNPP de México⁵⁹, o al permitir la confrontación durante el conainterrogatorio, según prevé el CPP de Chile⁶⁰.

El derecho procesal civil español parece chocar en lo que respecta al uso de este tipo de cuestiones con la prohibición de formular preguntas sugestivas, una prohibición que en realidad no proviene de la ley procesal civil –que ni las admite ni las rechaza de manera expresa–. De hecho, autores como PALOMO VÉLEZ, asegura que la falta de clarificación legal de la regulación procesal española sobre las diferencias entre el interrogatorio principal y el conainterrogatorio podría afectar a la calidad de

56 PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago de Chile, 2006, p. 449.

57 HEGLAND, Kenney F, *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Editorial Helias-ta S.R.L., Buenos Aires (Argentina), 1995, p. 125.

58 CARRANZA, Juan y ROSENBERG, Michael, *Oralidad y litigación civil...*, *Op. Cit.*, pp. 61-62.

59 Código Nacional de Procedimientos Penales de México, arts. 373 y 375, respectivamente.

60 Código Procesal Penal de Chile, el art. 330, 2º Párrafo dispone: «En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, aquéllas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, ni las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos».

las decisiones judiciales, en tanto que el veto a las preguntas sugestivas en el contra examen conlleva una restricción al derecho a contradecir e interfiere en la calidad de la construcción de la decisión judicial⁶¹. Pero, a nuestro juicio, el problema que se ha planteado es, más bien, un desajuste terminológico que conceptual, pues se ha advertido la necesidad de realizar preguntas sugestivas con este tipo de finalidades cuando –según mantenemos–, realmente, hacen mención a las preguntas cerradas.

En este sentido, hay que destacar que el uso las preguntas sugestivas, a diferencia de la regulación procesal penal⁶², no se encuentra especialmente prohibido por la LEC. Sin embargo, su utilización ha sido rechazada por la doctrina y jurisprudencia, pero, concretamente, en atención a su falta de «claridad y precisión». Por ello, en nuestra opinión, hay que distinguir cual sea el contenido efectivo de la pregunta para averiguar si atenta contra la citada «claridad y precisión» del art. 368.1 LEC. En principio, se entiende sugestiva la pregunta que encierra el contenido de la respuesta que se quiere obtener. Individualmente considerado este concepto coincide con el de pregunta «cerrada». Pero, como hemos evidenciado anteriormente, la mera característica de que sea la persona profesional de la abogacía quien aporte la información a confirmar en la pregunta para que el testigo la confirme o la rechace no constituye, en sí misma, lo que sanciona el art. 368.1 LEC, sino que, para incurrir en dicha prohibición, la citada pregunta tendría, además, que producir una cierta confusión o falta de claridad, como cuando lo que se presenta en una pregunta «envuelta», es decir, aquella información con otras, o bien por contener inferencias⁶³.

61 PALOMO VÉLEZ, Diego, *La oralidad en el proceso civil...*, Op. Cit., p. 440.

62 Art. 709 LECrim determina: «El Presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes».

63 Por ejemplo, una pregunta que contiene inferencias es: «¿El vehículo X no activó la intermitencia y, por eso, se produjo el impacto del vehículo Y?»; contiene una deducción que no corresponde responder al testigo.

Fuera de estos casos, otro posible fundamento de la inadmisión de preguntas que, sin ser confusas, ofrezcan información al testigo, proviene más bien de las funciones que la LEC atribuye a cada fase del proceso y a cada sujeto. Porque, es en la oportunidad alegatoria, donde son las partes –y sus abogados– quienes cuentan con la licencia procesal de alegar todo aquello que entiendan favorable a sus pretensiones, pero, cuando la práctica de la prueba entra en juego, es en el testigo en quien recae la aportación del sustrato fáctico, tienda este a advenir o a desvirtuar lo manifestado previamente por las partes. Ante dicha configuración, si, durante el interrogatorio, las partes –o sus letrados– son los que, a través de sus propias preguntas, facilitan el relato de lo que el testigo y este se ciñe a confirmarlo mediante un lacónico «sí», la prueba testifical se desmerece, pues los sujetos pasivos pierden el papel que les corresponde como medio de prueba, y además, dicha práctica disipa la frescura y autenticidad que es deseable, con el influjo correspondiente en su nivel de credibilidad. Téngase en cuenta la obligación del testigo de responder por sí mismo que recoge el art. 370.2 LEC. Considérese que dicho desmerecimiento se presenta, principalmente, cuando la aportación de informaciones mediante la propia formulación de la pregunta se refiere directamente a las circunstancias fácticas que son objeto de prueba y, además, se concatenan las preguntas de este tipo. Pero, cuando el uso de dicho estilo y contenido interrogativo se aplica solo para superar ciertas reticencias⁶⁴, creemos que, en pos del principio de eficiencia procesal, se debe permitir este tipo de formulaciones –y, de hecho, se suelen consentir en la práctica–. Existen ordenamientos comparados que, expresamente, las validan, es el caso del CNPP de México⁶⁵.

64 Hay ciertos casos en que resulta necesario, para el buen fin y resultado de la práctica, aportarle al testigo ciertos datos o informaciones que se ha olvidado o se resiste a desvelar por vía de las preguntas abiertas, para su contraste o debida localización.

65 Código Nacional de Procedimientos Penales de México, en artículo 375 regula el caso de un Testigo hostil y dispone: «El Tribunal de enjuiciamiento permitirá al

También no encontramos inconveniente legal ni jurisprudencial que impida la utilización de este estilo cuando la pregunta no tiene por objeto los hechos en sí mismos sino su mejor averiguación. Nos referimos al uso de interrogantes sobre la aptitud o idoneidad del testigo, o sobre su imparcialidad o, incluso, aquellas que pretendan, sencillamente, averiguar su nivel de certeza o verosimilitud con preguntas sobre la llamada razón de ciencia del testigo. Aquí no se produce una invasión del interrogador en el papel del testigo –que es quién conserva su función de hacer constar los hechos– y, al mismo tiempo, se otorga a la parte de oportunidad de cuestionar la prueba mediante el contraste respecto a informaciones previas.

A la anterior función propia del derecho de defensa de las preguntas cerradas se suma una función purificadora de la prueba, aunque ciertos autores mencionan la utilidad de las preguntas sugestivas que, en realidad se refieren a las cerradas. Así, los autores chilenos DUCE Y BAYTELMAN alegan que, si es cierto que todo sentido del contra examen es probar la calidad de la información traída unilateralmente al juicio por el examen directo, entonces, es igual de cierto que debe probar cualquier cuestión que afecte a dicha calidad, haya sido cubierta o no por el examen directo⁶⁶. Para STRONG, existen cuatro factores de los cuales depende el valor de un testimonio: a) la *percepción* ¿pudo el testigo describir correctamente lo que describe?; b) la *memoria* ¿el testigo ha retenido en forma precisa lo que describió?; c) la *narración* ¿el lenguaje del testigo comunica lo percibido en forma?; d) la *sinceridad* ¿tiene el testigo algún interés en declarar falsamente?⁶⁷. Concreta, además, VIAL CAMPOS, que la credi-

oferente de la prueba realizar preguntas sugestivas cuando advierta que el testigo se está conduciendo de manera hostil».

66 DUCE, Mauricio y BAYTELMAN, Andrés, *Litigación penal. Juicio Oral y prueba*, Op. Cit, p. 212.

67 STRONG, John W., *McCormick on Evidence*, 5ª Edition, Student Edition, West Group, St. Paul, Minn., 1999, pp. 373-374.

bilidad de un testigo puede atacarse a partir de los siguientes temas: la inconsistencia con el resto de la evidencia, con sus declaraciones previas, con documentos en que haya participado el testigo, con su propia participación realizada en juicio, con el sentido común, con la lógica, con otras versiones presentadas en el juicio; también se pueden atacar las respuestas prejuiciosas; además, añade la posibilidad de detectar poca credibilidad por tener interés en el juicio, por su incapacidad para observar o percibir, por su incapacidad para recordar, por tener antecedentes anteriores, por haber realizado actos negativos anteriores, por omisiones⁶⁸. También, el autor colombiano DECASTRO GONZALEZ sobre el ámbito del contraexamen, quien razona, en el ámbito del proceso penal, que, dado que el testigo por el hecho de rendir su testimonio pide al jurado que le crea, entonces, quien lleva a cabo su conainterrogatorio tiene un derecho absoluto para retarlo en esa área⁶⁹. Por su parte, HEGLAND, desde una orientación rotundamente norteamericana y enmarcada en la plena cultura adversarial, ensalza con vigor la utilidad de las preguntas sugestivas al afirmar: «la mayoría de los interrogantes de una pregunta deben tener carácter orientador. Ayudan a controlar al testigo evasivo, ayudan a impulsar las cosas y permiten que uno exponga sus ideas clara y brevemente» y añade que las respuestas extensas pueden ser o no eficaces pero siempre desvían el impulso que el interrogador desea definir. Destaca que este tipo de cuestiones permiten suprimir cuestiones innecesarias que simplemente confunden la exposición⁷⁰.

Partiendo de esa función de algún modo inspectora o revisora que conlleva el conainterrogatorio, la utilización, entre otros métodos,

68 VIAL CAMPOS, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, Editorial Librotecnia, Chile, 2ª reimpresión 2009, p. 156.

69 DECASTRO GONZALEZ, Alejandro, «El conainterrogatorio», *Estudio sobre la prueba testimonial adversa en el proceso judicial*, Comlibros y Cía. Limitada, Colombia, 2005, p. 429.

70 HEGLAND, Kenney F., *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Op. Cit., p. 125.

de preguntas sugestivas – o, mejor dicho, cerradas– encuentra su justificación ya que, mediante el uso de este tipo de preguntas por aquel a quien le perjudica el testimonio prestado ya no existe el peligro de que el interrogador usurpe la función del testigo. Ante dicha situación ya no se presupone que el testigo propuesto por una parte cuente con una predisposición a asumir sin más las preguntas que le formule el abogado de la parte contraria: por tanto, no se presenta el riesgo potencial que conlleva el interrogatorio directo que hemos comentado de que casi sea el abogado quien declare, al resultar asumidas todas sus preguntas. Y, sin embargo, el sistema puede beneficiarse de las utilidades de las preguntas sugestivas –mejor llamadas cerradas–, como son la evitación de divagación, la concreción del examen y la superación de resistencias del testigo⁷¹. Obviamente, las preguntas cerradas efectivamente aportan la información al testigo, pero, en muchas ocasiones, pueden resultar absolutamente necesarias, unas veces para la economía procesal⁷² y otras para la eficacia procesal⁷³ y otras para el propio derecho de defensa⁷⁴.

71 FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, María José, «Estudio del contraexamen en el reciente proceso penal chileno con referencias al sistema español», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXVI, I/ 2014, p. 39.

72 Por ejemplo, para confirmar ciertos datos objetivos como: «¿Tiene Usted licencia para conducir?»; en ese caso, solo cabe razonablemente preguntar de forma cerrada pues la fórmula abierta podría hacer divagar el debate eternamente, por ejemplo: «¿qué autorización le faculta para conducir este vehículo?»; el testigo puede confundirse y contestar que le ha autorizado su jefe en lugar de decir que cuenta con licencia administrativa.

73 Por ejemplo, cuando se pregunta a alguien de forma abierta, pero presenta problemas de bloqueo, por el estado nervioso, déficits cognitivos, personalidades retraídas; en tales casos, la pregunta cerrada tiene su función.

74 Por ejemplo, ante un testigo que ofrece una información que perjudica la versión de la parte que le está preguntando, en tales casos, ha de permitirse cuestionar el relato ofrecido mediante técnicas de devaluación que requieren el uso de preguntas tipo cerrado, para contrastar ciertas informaciones previas.

Desde el punto de vista táctico, la utilización de estas preguntas junto a otras, como las abiertas o las semicerradas⁷⁵, posibilitan el diseño de un interrogatorio sistematizado y ordenado donde el interrogador toma el control de la dirección del cuestionario y, sobre todo, donde se le permite realizar la función de confrontación del testimonio y del propio testigo.

Volviendo a la regulación procesal civil de España, y ante la falta de prohibición, pero también de regulación de un sistema idóneo para contrastar informaciones con el testigo, y como conclusión, abogamos, por tanto, por la viabilidad dentro de los contornos de la LEC vigente de las preguntas de tipo cerrado, es decir, aquellas que aporten la información de sondeo al testigo, mientras las mismas reúnan una serie de requerimientos:

- 1º) Que sean planteadas con la adecuada claridad y precisión, es decir, cada una de las preguntas, comprenderá una sola circunstancia a constatar. En caso contrario, deberán ser catalogadas por lo que la jurisprudencia considera preguntas sugestivas, que deben ser rechazadas por inducir a error al testigo.
- 2º) Que no suplanten la función del testigo. Por tanto, no han de tener por directo objeto el sustrato fáctico litigioso y conocido por el testigo, salvo que, en curso del interrogatorio, se produzcan reticencias del testigo a atender favorablemente a las cuestiones abiertas previamente formuladas y exista una información o un dato relevante a contrastar.
- 3º) Que se dirijan a los temas que procuran una mejor averiguación de los hechos y con el fin de la confrontación. Es decir, interrogantes sobre la aptitud o idoneidad del testigo, o sobre su imparcialidad o, incluso, aquellas que pretendan, sencillamente, ave-

75 Son semicerradas las preguntas que plantean una alternativa preestablecida al interrogado a fin de que este escoja entre ellas.

riguar su nivel de certeza o verosimilitud con preguntas sobre la llamada razón de ciencia del testigo.

Constatada la experiencia profesional y el trabajo de campo en los tribunales españoles efectuado por SANTELICES ARIZTÍA, compartimos con él que «en la práctica, el uso de las preguntas sugestivas y compuestas resultó ser habitual a la luz de las observaciones de este autor. En cuanto a las preguntas sugestivas, el problema está en que éstas son usadas por quien presenta al testigo»⁷⁶. En cualquier caso, echamos en falta una regulación más exhaustiva que clarifique los casos en los que resulta perfectamente admisible la pregunta que contiene la información a sondear y aquellos en los que no.

4. Consideraciones y posibles mejoras de la regulación procesal respecto a las facultades de interrogación de las partes al testigo

Se observa que, con carácter general, la práctica de formulación de preguntas por los profesionales de las partes, con frecuencia, presenta falta de técnica específica y, por dicho motivo, la información que arroja el resultado de dicha práctica puede ser, desde luego, mejorada y depurada. El trabajo de campo de SANTELICES ARIZTÍA, revela importantes carencias. Así, este autor señala que «llama la atención los defectos de litigación en cuanto a la forma de interrogar –no a que no sean orales las audiencias– considerando el tiempo de implementación del modelo y cómo se mueve la máquina de tribunal», añade que «la mayoría de

76 SANTELICES ARIZTÍA, Fernando, *Contradicción, imparcialidad e intermediación...*, *Op.Cit.*, p. 222. Advierte el autor que lo anterior tiene más importancia porque la posibilidad de objetar preguntas no parece ser muy utilizada en la práctica, a pesar de que unas y otras, según la jurisprudencia analizada anteriormente, serían plenamente objetables.

las preguntas efectuadas por la parte que presentaba al testigo eran de carácter sugestivo, o bien preguntas compuestas». Observa este autor que «respecto al interrogatorio cruzado, por lo general eran muy breves y se limitaban en ocasiones a reiterar información que ya había sido entregada por el testigo, abundan las preguntas sugestivas o compuestas» pero, «no pareciera que las mismas se utilicen con el objeto de obtener una mejor información del testigo para que quede en conocimiento del tribunal sino más bien como un defecto de litigación. Señala el autor que le llama la atención que «no se apreció en ningún interrogatorio ni contrainterrogatorio que se hiciesen preguntas de acreditación o desacreditación del testigo o del testimonio, pareciendo conformarse las partes con las preguntas iniciales que realiza el juez casi de forma ritual»⁷⁷.

Desde nuestro punto de vista, esa situación dimana en buena parte de la falta de precisión legal, la cual genera una desigual aplicación práctica y gran incertidumbre sobre los umbrales efectivos del interrogatorio. Sostenemos que la ley procesal debería contener prescripciones más orientadoras e, incluso, más didácticas acerca de una serie de extremos. Así, en este trabajo hemos planteado que la auténtica conveniencia de realizar preguntas abiertas se refiere a cuando las mismas tienen por objeto las circunstancias del hecho litigioso, porque es ahí donde conviene la obtención de una información no condicionada del testigo, es más, su exigibilidad es mayor cuando quien realiza las preguntas es la parte a quien le va a favorecer la respuesta. Pero, incluso, cuando se interroga sobre dichos temas, puede ser necesario intercalar alguna pregunta tipo cerrado, bien para no eternizar el debate y economizar, bien porque se produce una reticencia y es preciso contrastar una información previa. Además, cuando la pregunta tiene por objeto comprobar las carencias o faltas de un testigo acerca de su propia idoneidad, o su grado de imparcialidad o del influjo de circunstancias que envolvieron

77 SANTELICES ARIZTÍA, Fernando, «Contradicción, imparcialidad e inmediatección...», *Op. Cit.*, p. 200.

la captación –como sucede frecuentemente en el caso del interrogatorio cruzado o contra examen–, entonces, resulta preciso utilizar preguntas cerradas porque, precisamente, es necesario contrastar las informaciones previas con las que cuenta el interrogador con las respuestas del testigo; ya no tiene aquí fundamento el veto a las preguntas cerradas puesto que el aporte de datos responde a mera idea de contraste, sin afectar a la representación del relato fáctico en discordia, que es lo único que, realmente hay que preservar que sea mayoritariamente narrado por el testigo sin orientación alguna. En consecuencia, sería conveniente contar con una habilitación legal a las partes para que puedan aplicar dicho interrogatorio diferenciado cuando se trata de preguntar para que el tribunal se represente eficazmente el relato en discordia que conoce el testigo a cuando, por el contrario, lo que se pretende es utilizar el turno de preguntas para buscar la desacreditación del testigo o de su testimonio.

En el primer caso, ante preguntas que pretendan proyectar la composición de los hechos controvertidos, debería ceñirse el uso de interrogatorios sugestivos, donde el sujeto activo se coloca, en realidad, en una posición de declarante, porque le suministra una y otra vez, la información cuya confirmación quiere obtener, sin dejarle margen alguno de exposición libre y espontánea, a través de la sucesión de preguntas cerradas, que contienen la información a confirmar y que solicitan la mera afirmación o negación. Y, como consecuencia de dicha restricción, habría de promoverse para dicha situación el interrogatorio preferentemente abierto, que deje margen al testigo para evocar con cierta libertad su narración. Sin embargo, en estos casos, el texto procesal debería tener cierta permisibilidad cuando la persona interrogada, en el curso del interrogatorio directo, irrumpe con una respuesta inesperada y perjudicial para la parte que lo propuso, entonces, habría de permitirse a dicha parte que aplique, respecto a tal circunstancia en particular, un interrogatorio cerrado, que le permita presentarle al testigo hostil ciertas informaciones que tengan por finalidad, precisamente, destapar una posible desacreditación de la asunción que el mismo haya podido manifestar.

En el segundo caso, cuando se trata de cuestionar al testigo o a su testimonio, la LEC debería otorgar licencia para que las preguntas se dirijan, precisamente, a contrastar ciertas informaciones con las que, quizá, cuente la parte a la que pueda perjudicar una determinada respuesta, mediante su turno de reacción, a través de la manifestación de la admisión o la negación de las mismas por el testigo. Este trato diferenciado se basaría en la distinta finalidad de las cuestiones y permitiría una mejor labor de acreditación del sustrato de hechos litigiosos, pues se configuraría a partir de un interrogatorio espontáneo y no condicionado del testigo y, a la par, permitiría el sustento legal suficiente para aplicar un interrogatorio frente a testimonios hostiles que dé la oportunidad de cuestionarlos o atenuar el efecto contrariamente pretendido.

Por otra parte, sería positivo que la institución legislativa estableciera una serie de pautas, como las siguientes:

- 1^a) Una más sistemática y no dispersa regulación de los requerimientos de las preguntas. De manera que el texto legal enunciara conjuntamente los siguientes: *a) Preguntas pertinentes. Sobre hechos y el objeto procesal. Sobre la costumbre.* Y que fije la importancia de la adecuada previa determinación de los hechos controvertidos pues, solo de este modo se puede averiguar la desconexión entre la pregunta y los hechos litigiosos ; *b) Preguntas útiles por ser hechos sobre los que exista conformidad en los procesos dispositivos; c) Preguntas necesarias: no reiterativas; d) Preguntas no prohibidas por la ley; e) Preguntas no ilícitas,* de manera que se perfile legalmente las definiciones de la jurisprudencia; *f) Preguntas formuladas de forma oral, salvo las excepciones legales; g) Preguntas claras y precisas,* de tal manera que especifique más este requisito y se demande que una misma pregunta ha de dirigirse a una sola proposición o circunstancia a validar, que contenga una construcción simple y evite términos ambiguos; *h) Preguntas carentes de valoraciones y de calificaciones,* de forma que se prohíban las invitaciones a asumir inferencias o juicios de valor ; *i) Preguntas referentes al ámbito de conocimiento del testigo.*

- 2^a) Dichos requerimientos deberían regularse de una forma más pormenorizada, conforme hemos ido exponiendo en el trabajo.
- 3^a) Y, además, dado que no se encuentran recogidos, deberían autorizarse de forma explícita las preguntas que tengan por objeto: *a) Preguntas que sondeen la idoneidad del testigo; b) Preguntas referentes a un posible motivo de tacha o imparcialidad; c) Preguntas referentes al ámbito de conocimiento del testigo: que abarquen su delimitación, no solo el saber sobre los hechos, sino también sobre la costumbre y sobre la razón de ciencia (esta última solo se contempla hoy como requerimiento de la respuesta, pero no de la pregunta); d) Preguntas referentes al grado de credibilidad (veracidad y verosimilitud) del testimonio; e) Preguntas referentes al grado de acreditación del testigo*⁷⁸.

5. Bibliografía

- AAVV, *El libro de estilo de la Justicia*, Muñoz Machado, Santiago (Dir.), RAE, CGPJ y Espasa, Barcelona, 2017.
- ABEL LLUCH, Xavier, «El interrogatorio de testigos. Esta doctrina forma parte del libro La prueba en los procesos de familia», en *La Ley*, 2573/2019, versión sin paginar.
- ABEL LLUCH, Xavier, «La audiencia previa: entre el deseo y la realidad», en *Revista del Poder Judicial*, nº 69, Primer Trimestre, 2003.
- ABEL LLUCH, Xavier, *Derecho probatorio*, J. M. Bosh, Barcelona, 2012.
- ABEL LLUCH, Xavier *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil español*, Bosch, Barcelona, 2005.

78 FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, María José, *Alcance y límites del interrogatorio de testigos en el proceso civil (con revisión de las tecnologías aplicadas)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2022, p. 187 y ss.

- BONET NAVARRO, José, *Litigación y teoría de la prueba*, Tecnos, Madrid, 2019.
- CARRANZA, Juan y ROSENBERG, Michael, *Oralidad y litigación civil. Herramientas desde la experiencia de Canadá*, CEJA, Santiago, 2018.
- CHOZAS ALONSO, José Manuel, *El interrogatorio de los testigos en los procesos civil y penal*, La Ley, Madrid, 2010.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho Procesal Civil*, t. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 4ª ed., Madrid, 1995.
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, «La valoración de la prueba testifical civil a examen (una revisión crítica del art. 376 LEC)», en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 39 /2016, 2016.
- DE PAULA PÉREZ, Alfonso, *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*, ed. Reus, 1968.
- DECASTRO GONZALEZ, Alejandro, «El contrainterrogatorio», en *Estudio sobre la prueba testimonial adversa en el proceso judicial*, Comlibros y Cía. Limitada, Colombia, 2005.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, T. II, Víctor De Zavalia, Buenos Aires, 1981.
- DÖHRING, Erich, *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.
- DUCE, Mauricio y BAYTELMAN, Andrés, *Litigación penal. Juicio Oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica e Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, «Artículo 281. Objeto y necesidad de la prueba Capítulo V de la prueba: Disposiciones Generales, en *Comentarios al Capítulo V de la Prueba*», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel; Rifá Soler, José María y Valls Bombau, José Francisco, Iurgium Atelier, Barcelona, 2000.

- FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, María José, «Estudio del contraexamen en el reciente proceso penal chileno con referencias al sistema español», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXVI, I/ 2014.
- FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, María José, *Alcance y límites del interrogatorio de testigos en el proceso civil (con revisión de las tecnologías aplicadas)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2022.
- GARCIMARTÍN ROMERO, Regina, «La noción de hecho», en *La prueba (I): Concepto, objeto y clases*, Base de conocimiento Iustel, versión sin paginar, en <https://www.iustel.com/v2/c.asp?r=910687&s=6&p=8.&Z=4&O=1§or=> ; fecha de consulta: 20/08/2023
- GOODE, Steven y GAY WELLBORN, Olin, *Courtroom Evidence Handbook*, West Publishing Co., West Group, Student Edition, 2003-2004.
- HEGLAND, Kenney F., *Manual de Prácticas y Técnicas Procesales*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires (Argentina), 1995.
- JIMÉNEZ CONDE, Fernando, JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Thomsom Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, versión sin paginar.
- MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 3ª ed., edit. Temis, Bogotá, 1997.
- PALOMO VÉLEZ, Diego, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2008.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago de Chile, 2006.
- PICATOSTE BOBILLO, Julio, «Algunas cuestiones acerca del interrogatorio de testigos (1)», *Diario La Ley*, nº 9686, Sección Tribuna, 1 de septiembre de 2020.

- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Tomo II, Atelier, Barcelona, 2008.
- SANTELICES ARIZTÍA, Fernando, «Contradicción, imparcialidad e intermediación en la ley de enjuiciamiento civil española. Algunos problemas para la consolidación de estos principios en la práctica», *Revista Ius et Praxis*, Año 18, nº 1, 2012.
- SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos*, Traducción Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1954.
- SOBA BRACESCO, Ignacio M., «El interrogatorio de testigos: las preguntas no admitidas», *Diario La Ley*, nº 9447, Sección Doctrina, 2 de Julio de 2019.
- STRONG, John W., *McCormick on Evidence*, 5ª Edition, Student Edition, West Group, St. Paul, Minn., 1999.
- VIAL CAMPOS, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, Editorial Librotecnia, Chile, 2ª reimpresión 2009.

No en nombre de la eficiencia...
o sobre la difícil justificación de
la conversión de los juzgados de
paz en oficinas de justicia en los
municipios y una propuesta *lege
ferenda* alternativa para el debate

*(Not in the name of efficiency... Or about the
difficult justification of the conversion of peace
courts into justice offices in the municipalities and
an alternative lege ferenda proposal for debate)*

Ixusko Ordeñana Gezuraga

Profesor Titular Derecho Procesal UPV/EHU
Juez de Paz de Sestao (Bizkaia)

RESUMEN: Eternamente cuestionada y olvidada por la doctrina, la justicia de paz vuelve a estar en el medio del debate, debido a la intención del Gobierno de hacerla desaparecer, convirtiendo los juzgados de paz (órganos jurisdiccionales) en Oficinas de Justicia en los Municipios (órganos administrativos). En esta coyuntura, se analizan los principales debates que, en la época de la Democracia, se han dado en torno a la justicia de base municipal. Apuntada, ahora, su falta de eficiencia, como argumento para hacerla desaparecer, se estudia especialmente este extremo. Ante la propuesta del Gobierno (la conversión de los juzgados de paz en Oficinas de Justicia en los Municipios), el autor presenta su propia propuesta de futuro para la justicia de paz, a modo de conclusión.

PALABRAS CLAVE: juzgados de paz, Oficinas de Justicia en los Municipios, eficiencia.

ABSTRACT: Eternally questioned and forgotten by doctrine, justice of peace is, once again, in the middle of the debate, due to the Government's intention to make it disappear, converting peace courts (jurisdictional bodies) into Justice Offices in the Municipalities (administrative bodies). At this situation, the main debates that, in the era of Democracy, have occurred around municipal-based justice are analyzed. As now its lack of efficiency has been pointed out as an argument to make it disappear, this extreme is especially studied. Given the Government's proposal (the conversion of peace courts into Justice Offices in the Municipalities), the author presents his own future proposal for peace justice, as a conclusion.

KEYWORDS: peace courts, Justice Offices in the Municipalities, efficiency.

Fecha de recepción: 24 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2024

No en nombre de la eficiencia... o sobre la difícil justificación de la conversión de los juzgados de paz en oficinas de justicia en los municipios y una propuesta *lege ferenda* alternativa para el debate¹

*(Not in the name of efficiency... Or about the
difficult justification of the conversion of peace
courts into justice offices in the municipalities and
an alternative lege ferenda proposal for debate)*

Ixusko Ordeñana Gezuraga

Profesor Titular Derecho Procesal UPV/EHU

Juez de Paz de Sestao (Bizkaia)

SUMARIO

1. Elementos iniciales: Contexto jurídico que pone a los juzgados de paz en la palestra, objetivo de la investigación y dinámica para su implementación. **2.** Lecciones del pasado para el futuro de los juzgados de paz. **2.1.** La importancia del análisis del pasado para acertar con el futuro. **2.2.** Sucinta mirada al pasado. **2.3.** Aprendizaje para el futuro. **3.** Radiografía del presente de la justicia de paz. **3.1.** La justicia menor y debates en torno a la misma. **3.2.** Regulación actual. **3.3.** Debates actuales superados **3.3.1.** ¿Es constitucional la justicia de paz? **3.3.2.** ¿Atenta a la división de Poderes el sometimiento de la justicia de paz a los Ayuntamientos? **3.3.3.** ¿Cabe la elección por el Ayuntamiento del titular del juzgado de paz? **3.3.4.** ¿Puede ser una persona no técnica en Derecho juez o jueza (aunque sea de paz)? **3.4.** Debate a superar: ¿son realmente los juzgados de paz ineficientes? **3.4.1.** Su ineficacia como causa para su transformación y elementos para su evidencia. **3.4.2.** Coste económico. **3.4.3.** Aportación al sistema. Beneficios intangibles de la justicia de paz. **3.4.4.** Nuestra conclusión: la falta de eficiencia no es argumento

suficiente para la transformación de los juzgados de paz. **4.** Propuestas de futuro. **4.1.** La propuesta del prelegislador: las Oficinas de Justicia en los Municipios. **4.1.1.** Configuración por el PLEOSPJ. **4.1.2.** Lectura subjetiva. **4.2.** Nuestra propuesta a modo de conclusión. **5.** Bibliografía.

1. Elementos iniciales: Contexto jurídico que pone a los juzgados de paz en la palestra, objetivo de la investigación y dinámica para su implementación

En el marco del Plan Justicia 2030 (en adelante, PJ 2030)² y, concretamente, en el Proyecto de Ley de Eficiencia Organizativa del Servicio

- 1 Esta investigación se ha realizado en el marco de tres proyectos de investigación: (1) Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado “Ejes de la Justicia en tiempos de cambio” (IP Sonia Calaza), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00, (2) “Transición Digital de la Justicia” (IP Sonia Calaza), Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y a la transición digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado por la Unión Europea: Next Generation UE, con REF RED 2021-130078B-I00 y (3) proyecto “Digitalización, Acceso a la Justicia y Vulnerabilidad de las personas mayores” (IP Ana Isabel Blanco García), de la Consejería de Educación y Universidades de la Generalitat valenciana, con REF CIGE/2022/104).
- 2 El Ministerio de Justicia presentó el “Plan de Justicia 2030”, en mayo de 2021. El PJ 2030 recoge un programa de trabajo, a 10 años, para impulsar el Estado de Derecho y el acceso a la justicia, en cuanto “palancas de transformación del País”, al tiempo que concreta el “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para el Servicio Público de Justicia”. Vid. el Plan de Justicia 2030: https://www.justicia2030.es/documents/107891/185900/justicia2030_dossier.pdf/eeb-cd1bd-29e7-5871-3d58-60bf5cbf9088?t=1621325866436, donde se acopia su

Público de Justicia (en adelante, PLEOSPJ)³, presentado en implementación de aquél, se apela a la escasa eficiencia de los juzgados de paz para postular su derogación y conversión en Oficinas de Justicia en los Municipios (en adelante, OJM). Se muda, con ello, el tradicional órgano jurisdiccional municipal servido por jueces y juezas legas —la forma más barata, conocida en la historia, para garantizar la presencia judicial en todos los municipios, como acreditaremos— en órgano administrativo. Ello pone en primera línea del debate científico-jurídico procesal la “justicia menor”⁴, cuestión que ha quedado, en los últimos años, fuera del interés de la doctrina, seguramente, por el cansancio provocado por la eterna agonía en la que vive la justicia de paz en nuestro país. Y es que, aunque a la sombra de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) y de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder

resumen ejecutivo y desarrollo. Vid. las líneas básicas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para el Servicio Público de Justicia en el siguiente link: <https://planderecuperacion.gob.es/>. Por su parte, el plan completo: https://www.mjjusticia.gob.es/es/AreaTematica/fondos-next_generation/Documents/Documento%20completo%20PRTR.pdf. Explicamos sus líneas generales, objetivos específicos y fuentes de inspiración, ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Educación para la desjudicialización o una experiencia piloto de coordinación entre el equipo docente y la tutoría de un centro asociado dirigido a fomentar las competencias necesarias para la investigación jurídica mediante el empleo de metodologías activas”, AAVV (Dr. ORDEÑANA GEZURAGA, I., CALAZA LÓPEZ, S.), *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 145 y ss.

- 3 Analiza sus líneas básicas, y las principales reformas que pretende, CASTILLO RIGBERT, F., “La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios”, AAVV (Dra. DÍAZ PITA, M.P.), *Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, Tecnos, Madrid 2022, pp. 21-44
- 4 Utilizan esta designación, entre otros muchos, GARCÍA RODRÍGUEZ, H., “De la justicia municipal a la justicia de paz”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2/1990 y PERDIGUERO BAUTISTA, E., “La planta y Demarcación judicial española. Su necesaria reforma”, *Diario La Ley*, núm. 7429/2010.

Judicial (en adelante, LOPJ) la justicia municipal ha disfrutado de la mayor estabilidad en su historia, nunca ha dejado de ser cuestionada. Es más, en periodos históricos anteriores, desde su surgimiento hasta la CE, tampoco ha sido pacífica su configuración y existencia. En sus casi 170 años de existencia, se ha debatido sobre su relación con los Ayuntamientos, la figura del juez o jueza de paz (laico o no técnico en Derecho), sus competencias, ámbito territorial,... En época de Democracia, se ha cuestionado, concretamente, la constitucionalidad de estos juzgados y su infracción de la división de Poderes, motivada por el estrecho nexo entre Ayuntamientos y juzgados de paz, reparando especialmente en la elección de la persona titular de estos juzgados por aquéllos. Particularmente, censurado ha sido, asimismo, que una persona no técnica en Derecho pueda ser juez o jueza de paz. Consideramos que estos debates, a día de hoy, están superados, sin perjuicio de que, ante la actualidad del tema, se requiere atención a los mismos, más si se quiere juzgar la posibilidad de futuro para estos juzgados que prevé el PJ 2030 (su conversión en órganos administrativos, las OJM). Lo vamos a hacer en las siguientes líneas, centrándonos en la falta de eficiencia de estos órganos, argumento principal empleado por el PLEOSPJ.

Sin embargo, el carácter científico y sistemático de esta investigación, requieren un paso previo y otro posterior. Así, antes de ahondar en los debates doctrinales en torno a los juzgados de paz, con preferencia, al último, relativo a su falta de eficiencia y, por tanto, de aportación al sistema de justicia, es imprescindible una mirada al pasado; es indispensable reparar en su surgimiento y evolución, en cuanto elementos que pueden ofrecer ideas para el futuro. Del mismo modo, y ante la última propuesta del prelegislador, mirando a tiempos venideros, pretendemos ahondar en la transformación de los juzgados de paz en OJM. Anunciando que condenamos la transformación, que consideramos verdadera involución, terminaremos nuestra investigación proponiendo una fórmula de futuro para los juzgados de paz, que pasa –lo anunciamos– por mantenerlos, si bien ampliando sus competencias y exigiendo el carácter técnico a sus titulares. Nos ponemos a explicar los distintos elementos que justifican nuestra tesis.

2. Lecciones del pasado para el futuro de los juzgados de paz

2.1. La importancia del análisis del pasado para acertar con el futuro

En cuanto todo es –también las instituciones y órganos jurídicos– lo que queda de lo que fue, es importante analizar su génesis y evolución, en cuanto fórmula para advertir bondades y debilidades que nos ayuden a buscar fórmulas de mejora *lege ferenda*. Lo vamos a hacer en las líneas siguientes, acompañando a un breve análisis del recorrido y los distintos momentos de la justicia de paz, hasta la CE, unas conclusiones claras que nos permitan alumbrar su futuro.

2.2. Sucinta mirada al pasado

Haciendo a un lado los *adsertoris pacis*, que aparecen en el Fuero Juzgo y en el *Liber Iudiciorum*, encargados de la conciliación, y los *viliocos* o *prepósitos*, a quienes competía la resolución de pequeñas disputas civiles e infracciones penales leves,⁵ tenemos que situar el origen de la justicia de nivel local en el siglo XI, época en la que se reconocía a los alcaldes, en cuanto representantes de la corporación municipal o concejo, potestad jurisdiccional dentro de los límites del territorio que gobernaban, apareciendo muy mezcladas las funciones propiamente jurisdiccionales y las ejecutivas.⁶ No fue hasta la Constitución de Cádiz

5 Los entienden origen remoto de la justicia municipal, DE ARCENEGUI, I., GARCÍA-GALÁN, E., *La nueva justicia municipal*, 2. ed., Instituto Editorial Reus, Madrid 1947, p. 18. También, ALBACAR LÓPEZ, J.L., “Problemática del juez lego”, *Revista del Derecho Judicial*, núm. 43-44/1970.

6 En aquél entonces, se utilizaba el término alcalde (del *al-cadi* árabe, que significa juzgar) para designar, en general, a los jueces, independientemente del ámbito territorial en el que ejercían su laboral. Estos alcaldes-jueces eran nombrados

de 1812 –que promulgó, por primera vez, la separación de poderes en el ordenamiento jurídico español–, cuando se sustrajo a los alcaldes y corregidores las funciones jurisdiccionales que habían detentado hasta entonces, otorgándoselas a los jueces de partido. Excepcionalmente, se reconoció al alcalde de cada pueblo, en los términos del mismo, “el oficio de conciliador”, exigiendo, al tiempo, a la ciudadanía que quería “demandar por negocio civiles o por injurias (...) presentarse a él con este objeto” (art. 282). Se convertía, así, en instancia extrajudicial previa a la vía judicial.⁷

Con el origen remoto mentado, los actuales juzgados de paz se instauraron en 1855.⁸ Concretamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil

por el rey, directamente o con participación del concejo, corporación municipal o cabildo; uno o dos cada año, conforme a la población de cada municipio. Aunque la ley les reconocía autoridad, sometiendo a ellos al resto de los ciudadanos, no detentaban competencias judiciales importantes: solventaban disputas civiles de valor inferior a 600 maravedies y en el ámbito penal únicamente podían realizar las primeras diligencias. Se les permitía encarcelar al inculpado y embargar sus bienes. Lo remarcan, SANTAYANA BUSTILLO, L., *El gobierno político de los pueblos de España. El corregidor, alcalde y juez y de ellos*, Madrid 1769, p. 169 y ss. y MOYA Y MOYA, M., “Justicia municipal”, *Revista de Derecho Judicial*, núm. enero-mayo 1962.

7 En este sentido, el art. 283 de la popularmente conocida como “Pepa” disponía que “el alcalde, con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención, y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará, en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial”. Esta configuración, sin duda, se mostró como la mejor forma de casar la ideología liberal y la tradición. Analiza la organización judicial española de esta época, CARRTERO PÉREZ, A., “La organización de la Administración de Justicia en 1808”, *Revista de Derecho Judicial*, núm. 20/1964 y del mismo autor, “La Administración de Justicia desde 1808 a 1833”, *Revista de Derecho Judicial*, núm. 21/1965.

8 Conviene remarcar, no obstante, que, en el periodo entre 1812 y 1855, razones económicas obligaron a atribuir a los alcaldes funciones jurisdiccionales, rompiendo la tendencia marcada con la Constitución de Cádiz. Luego, fue una senda

de 1855 creó el juicio verbal para solventar disputas de hasta 600 reales, atribuyendo su conocimiento a los juzgados de paz. Hasta entonces, sin embargo, este órgano jurisdiccional, con la denominación empleada por la ley ritualaria civil, no existía, por lo que, antes de su entrada en vigor –a principios de enero de 1856–, tuvo que crearse y ordenarse. Lo hizo el Decreto de 22 de octubre de 1855. Éste dibujó los cargos de juez de paz y su sustituto como honoríficos y obligatorios para dos años, tiempo en el que las personas que los ocupaban disfrutaban del mismo respeto y privilegios que los alcaldes. Estableció, asimismo, los requisitos para ambos cometidos: ser español con pleno ejercicio de los derechos civiles; vecino del pueblo; saber leer y escribir y detentar la capacidad exigida para ser alcalde o teniente de alcalde.⁹ Aunque no cabe duda

con pasos hacia delante y hacia atrás. En este sentido, si en el Trienio Constitucional, se volvió a reconocer a los alcaldes funciones jurisdiccionales, la ley de 3 de febrero de 1823, que reformaba el régimen del gobierno político de los pueblos y provincias, reforzó las funciones gubernativas de los alcaldes, al tiempo que debilitó las jurisdiccionales. Reflejo de ello, las decisiones que otorgaba el alcalde, en ejercicio de la función jurisdiccional a nivel municipal, podían recurrirse ante el juez del partido. En la misma dirección, el Real Decreto otorgado el 21 de abril de 1834, siguiendo la senda de la Constitución de Cádiz e intentado disgregar funciones jurisdiccionales y funciones gubernativas, dividió las provincias en partidos judiciales. Los jueces (alcaldes) ordinarios debían dejar de ejercer funciones jurisdiccionales, remitiendo los procesos pendientes a los jueces letrados de las cabezas del partido judicial (art. 3). Únicamente mantendrían funciones jurisdiccionales los corregidores y los alcaldes de los pueblos que no fueran cabeza de partido (arts. 4 y 5). Supuso un paso atrás en la separación de poderes pretendida los últimos años la Orden Real de 6 de diciembre de 1834, al devolver a los alcaldes funciones jurisdiccionales. Ahondó, en esta línea, el Decreto Real de 23 de julio de 1835, configurando los alcaldes como jueces de paz y ordinarios del pueblo (arts. 37-42). Concretamente, reconoció a los alcaldes y a los tenientes de alcalde, además de funciones conciliatorias, competencias civiles y penales. Lo relata, FONSECA, M., “Justicia municipal”, *Revista de Legislación*, núm. (año) 1890.

9 Ordenaba, igualmente, las incapacidades de aquéllos, su nombramiento por la Audiencia y la obligación de jurar la Constitución y las leyes y el legal ejercicio del cargo, ante la corporación municipal.

de que la intención del legislador, desde la creación de los juzgados de paz, fue la clara diferenciación entre funciones gubernativas y jurisdiccionales, en un principio sólo se les reconoció funciones civiles. Sería, posteriormente, una orden del 12 de noviembre del mismo año la que les atribuiría competencias penales. No obstante, la práctica mostró, en breve, muchas deficiencias en la elección de los jueces de paz (nombramientos meramente políticos, designación de personas no capacitadas para el cargo...). Por ello, la Orden Real de 2 de enero de 1856 suspendió los nombramientos realizados hasta el momento y atribuyó las competencias reconocidas a los jueces de paz en la LEC a los alcaldes. Muestra de los vaivenes políticos, meses más tarde, el mismo año 1856, una Orden Real de 28 de noviembre derogó la anterior y reinstauró el régimen anterior, remarcando la importancia de diferenciar funciones jurisdiccionales y gubernativas. Con ello no cesaron las críticas sobre la politización de la elección de los jueces de paz, sucediéndose diferentes Órdenes Reales encaminadas a poner fin a esta debilidad.¹⁰

Fue la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 la que separó la justicia municipal del Ayuntamiento y la integró en la justicia ordinaria.¹¹ Esta ley –que a pesar de nacer con vocación provisional estuvo

10 Así, la Orden de 16 de diciembre de 1856, de 9 de febrero de 1857 y 13 marzo de 1857. La Orden de 16 de abril de 1857, intentando distinguir las funciones jurisdiccionales de las ejecutivas, atribuyó a los jueces de paz únicamente funciones civiles. Con la misma intención, el Real Decreto de 22 de octubre de 1858 instauró un único juez de paz en cada municipio, si bien con dos sustitutos. Además, en su elección se preferenció a los que tuvieran formación jurídica. Por su parte, la Orden Real de 14 de octubre de 1864 elevó la duración del cargo de juez de paz, para desvincularlo de las elecciones municipales, de dos a cuatro años.

11 Esta ley pasó a la historia del Derecho procesal español por promulgar la independencia del Poder Judicial, convirtiendo la inmovilidad (arts. 221 y 234) y responsabilidad de los jueces (arts. 245 y 253) en elementos esenciales de su estatuto jurídico, en cuanto cauce para separar las funciones jurisdiccionales y las ejecutivas. Explica sus líneas generales, FAIRÉN GUILLÉN, V., “Algunos conceptos y principios fundamentales de la LOPJ de 1870”, AAVV, *El centenario de*

en vigor durante 100 años— previó para cada municipio un juzgado municipal o más, integrado cada uno de ellos por un juez, su sustituto, un fiscal, un secretario y un subordinado. El cargo del juez era para dos años, obligatorio (art. 31) y remunerado (art. 212). Aunque para ser juez era suficiente con saber leer y escribir, se priorizaba a los expertos en Derecho. El juez debía ser conciudadano del municipio. Lo elegían los presidentes de la Audiencia Territorial de entre los integrantes de una terna presentada por los Juzgados de Primera Instancia. Tras su nombramiento, el juez debía jurar su cargo (art. 189). Una vez en el mismo, conocía de las faltas que hasta entonces conocías los alcaldes (art. 271) y disputas civiles de hasta 250 pesetas.¹² Curiosamente, 15 días más tarde de entrar en vigor la mentada ley orgánica —el 15 de septiembre de 1870— una orden convirtió a los jueces de paz en jueces municipales, atribuyéndoles las mismas competencias.

En las siguientes cuatro décadas (1870-1907) dos fueron los elementos principales que acompañaron a la justicia municipal: su alta politización y el deseo de profesionalizar a los jueces que la servían¹³. La escasez de recursos económicos impidió el cumplimiento de este último anhelo, si bien, en cuanto solución intermedia, se priorizó para ocupar el cargo a los juristas.¹⁴ Del mismo modo, reflejo de la inconsistencia e insatisfacción

una gran obra legislativa, Valencia 1972, p. 50 y ss. Ya dos años antes, el Decreto de 7 de noviembre de 1868 había proclamado, en su exposición de motivos, que la imparcialidad debía guiar el nombramiento de los jueces de paz.

- 12 Obviamente, la atribución a estos jueces de las faltas que hasta entonces solventaban los alcaldes contribuyó a la separación de funciones ejecutivas y jurisdiccionales. Conviene remarcar que hasta entonces los jueces de ámbito municipal únicamente podrían conocer conflictos civiles de menos de 150 pesetas. Además, se les atribuyó potestad para realizar desahucios.
- 13 Repárese que ambos son elementos cuestionados, también, en la actualidad. Aludiremos a los mismos al analizar los debates actuales en torno a la justicia de paz.
- 14 Así, por ejemplo, el Real Decreto de 2 de junio de 1883 disponía que, en el juzgado municipal del lugar en el que se ubicaba la audiencia territorial o en aquéllos

del régimen previsto, los siguientes años se sucedieron abundantes proyectos para modificar la justicia municipal.¹⁵ Fue la ley de 5 de agosto de 1907 para la reforma de la Administración de justicia en los juzgados municipales la que dotó de cierta estabilidad a éstos.¹⁶ Conocida como la “Ley Maura” –presidente del Gobierno en aquél entonces–, la integraban 31 artículos y 4 disposiciones transitorias y mostraba expresamente su doble

asentados en los municipios en los que hubiera más de un juzgado, debía ocupar el cargo un abogado con experiencia de, al menos, 8 años o aquéllas personas que hubieran actuado como juez o fiscal en capitales de provincia durante, al menos, 2 años o servido en las audiencias como fiscal sustituto. Por su parte, el Real Decreto de 2 de junio de 1883 estableció el siguiente régimen de preferencias: primero, personas integrantes de la carrera judicial y fiscal; en segundo lugar, aquéllos miembros jubilados de la carrera mentada; a continuación, los que estaban preparando oposiciones para la judicatura y los licenciados en Derecho. Por último, se consideraba a los abogados en ejercicio.

15 El 18 de mayo de 1880, se presentó el proyecto de la Ley de Bases para la Organización de los Tribunales. Su base decimoquinta modificaba la justicia municipal, creando los juzgados de sección, que integraban a dos o más municipios; el 23 de abril de 1888, el Congreso informaba sobre un proyecto de ley remitido por el Senado, que autorizaba al Gobierno para unificar y armonizar la organización del Poder Judicial. Se preveían los juzgados municipales, integrados por un juez presidente y dos adjuntos. Cinco años más tarde, el 29 de mayo de 1893, se presentaba otro proyecto de ley en el Congreso sobre la materia. La base quinta ordenaba la justicia municipal: se preveía un tribunal integrado por un juez municipal y dos compañeros o co-jueces. En las capitales de provincia, se requería la condición de jurista y, en los demás destinos, se priorizaba este hecho. Dos proyectos sucesivos –el publicado en el Boletín del 19 de octubre de 1894 y el presentado el 21 de enero de 1895– proponían la creación de tribunales municipales. Los siguientes años se presentaron dos proyectos más, uno el 22 de diciembre de 1899 y otro en 1903. Mientras el primero –que pretendía modificar el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Jurado y la organización del Poder Judicial– se centraba, principalmente, en el nombramiento de los jueces de los juzgados municipales, el último configuraba un tribunal municipal integrado por un juez, dos jurados y un fiscal.

16 Recogía el proyecto que el Gobierno envió a las Cortes el 22 de mayo de ese año y estuvo casi 40 años en vigor, hasta la promulgación de la ley de justicia municipal de 1944.

objetivo: garantizar la independencia e imparcialidad de los juzgados municipales, liberando a los jueces municipales de cualquier atadura política, y casar la organización judicial con las leyes sustantivas. Con este fin, esta ley creó, en su artículo primero, dos órganos: los juzgados municipales y los tribunales municipales. Los primeros, se ubicaban en todos los municipios, y eran servidos por un juez, su sustituto, un fiscal y un secretario. Los segundos, por su parte, integrados por un juez y dos ayudantes, se asentaban en los lugares previstos por la ley. Se les reconocía distinto ámbito competencial; mientras los últimos conocían de disputas civiles entre 500 y 1500 pesetas y delitos en primera instancia (art. 18), a los primeros se les vetó la posibilidad de conocer de cualquier disputa –civil o penal–, limitando sus atribuciones a labores conciliatorias, preparatorias de juicio, ejecución de decisiones de los tribunales municipales y auxilio de otros juzgados y tribunales (art. 16).

Bajo el régimen previsto por la Ley Maura, el cargo de juez y fiscal municipal se configuraron como obligatorios (art. 9) y para cuatro años (art. 2). Asimismo, en busca de la independencia judicial absoluta, se creó una fórmula nueva para el nombramiento de los jueces municipales: los nombraban las salas de gobierno de las audiencias territoriales, con intervención de los Colegios de abogados y procuradores (art. 5), reclutándolos conforme a un orden de preferencia denominado “automatismo”. Se priorizaba a los funcionarios de la carrera judicial o fiscal; en su ausencia, a opositores a aquéllas; a continuación, a los abogados y a quien tuviera cualquier título académico. La última opción eran personas mayores de 25 años, que supieran leer y escribir, con buen nombre y arraigadas en el municipio (art. 3). No obstante, en la práctica, ocuparon el cargo de juez municipal personas integrantes de este último grupo, fracasando el sistema para su nombramiento, al quedar, una vez más, en manos de las fuerzas políticas.¹⁷

17 Ello, sin perjuicio de que se les impusiera un férreo régimen de incompatibilidades (art. 8). Cabe destacar que se vetó a los jueces y fiscales que servían en los juzgados municipales la posibilidad de ejercer como abogados. Fue un elemento muy

Desde la Ley Maura a la Ley de Bases de 1944, vieron la luz abundantes leyes en la materia, intentando todas ellas enmendar el fracaso del sistema de nombramiento de los jueces municipal para garantizar su independencia. Así, el Real Decreto del 4 mayo de 1917 derogó el sistema de prioridades para el nombramiento del juez municipal que disponía la ley de 1907 (art. 3), imponiendo la toma en consideración, para la elección de los jueces municipales, de su capacidad profesional y su arraigo y buen nombre en el municipio. Como garantía adicional, se exigía que el Ministerio de Justicia aprobara los nombramientos efectuados por las salas de gobierno de las audiencias territoriales.

Años más tarde, en los primeros momentos de la dictadura de Primo de Rivera, el Real Decreto de 6 de octubre de 1923 derogó los artículos 2 a 7 de la Ley Maura, los relativos al nombramiento de los jueces y fiscales municipales. Pocos días después, el Real Decreto de 30 de octubre puso patas arriba la justicia local: se eliminaron los tribunales municipales, atribuyendo sus competencias a los juzgados del mismo nombre,¹⁸ y se dejó el nombramiento de los titulares de estos últimos en manos del pleno de las audiencias territoriales, con asistencia del Colegio de Abogados y Procuradores.

Al albur de los vaivenes políticos, el Real Decreto Ley de 7 de diciembre de 1925 sobre renovación de jueces municipales, suspendió ésta con la intención de modificar la organización judicial en los próximos años. Sin embargo, el Decreto-Ley de 17 de diciembre de 1926 prolongó los cargos de los jueces municipales que debían finalizar el 31 de diciem-

controvertido, no faltando voces que, partiendo de que los jueces municipales no integraban la carrera judicial, postulaban que debía permitírseles el libre ejercicio de la profesión. Se hace eco de ello, COVOS GAVALA, R., *El juez de paz en la ordenación jurisdiccional española*, Ministerio de Justicia, Madrid 1989, pp. 103-108.

18 Obviamente, este cambio conlleva la desaparición de los ayudantes del juez municipal. Expone estos cambios y sus vicisitudes, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., "Un grave problema judicial y político: la Justicia Municipal", *Revista de los Tribunales y de la Legislación Universal*, núm. 20/1932.

bre de ese mismo año hasta que se reformara la justicia local. Por su parte, un año más tarde, el Real Decreto Ley de 14 diciembre de 1927 autorizó el nombramiento temporal de jueces y fiscales municipales, con total libertad, a los altos cargos judiciales sin intervención del Gobierno.

Recién instaurada la II República, la ley de 8 de mayo de 1931 estableció, en las poblaciones con menos de 12.000 habitantes, el sistema de elección popular para el nombramiento de los jueces municipales.¹⁹ En los municipios cabeza de partido judicial y en los pueblos de más de 12.000 habitantes, se seguían eligiendo conforme a la ley de 1907. Sin embargo, el sistema de elección popular también resultó un fracaso, por lo que, tres años más tarde, la ley de 27 de junio de 1934 lo derogó, instaurando el Decreto de 14 de julio de 1934 el sistema de nombramiento previsto en la ley de 1907 (art. 4). No duró mucho el régimen jurídico impuesto por el último pues, antes de que estallara la guerra civil, la ley de 2 de julio de 1936 lo abolió. Esta última derogó el sistema de preferencias para el nombramiento de los jueces municipales e instauró un triple método de designación: en las capitales de provincia y en las poblaciones con más de 30.000 habitantes el nombramiento correspondía, con absoluta libertad, al Ministerio de Justicia; en las capitales de partido judicial y en los municipios con más de 10.000 habitantes, se atribuyó esta competencia a las salas de gobierno de las audiencias territoriales; en los demás municipios, el nombramiento quedaba en manos de la junta de gobierno de la audiencia provincial, con asistencia de los jueces de primera instancia.²⁰

19 Como decía, su Exposición de Motivos, este sistema de elección pretendía fomentar “en las aldeas y ciudades poco populosas la conciencia de responsabilidad civil y un vivaz sentido de la ciudadanía”. Se prohibía el nombramiento de las personas que, a partir de 1923, hubieran sido jueces, fiscales, sus sustitutos, concejales o diputados provinciales. Los candidatos debían ser mayores de 25 años, estar inscritos en el censo electoral y cumplir los requisitos del art. 3 de la ley de 1907.

20 Reflejo de la alta politización que ha acompañado a la justicia municipal a lo largo de su historia, en los años en los que duró la guerra civil, se convirtió en

Finalizada la guerra civil, la ley de 8 de mayo de 1939, sobre renovación extraordinaria de los cargos de la justicia municipal estableció las normas para su nombramiento, derogando la ley de 2 de julio de 1936 y adecuando a la situación del momento la ley de 1907. Conforme a la orden de 14 de julio de 1939, que desarrolló aquélla, al presentar propuestas para el cargo de juez municipal, los jueces de primera instancia, además de la cualidad y condiciones de los candidatos, debían vigilar su adhesión al Movimiento Nacional.

Suspendido, por Orden de 2 de octubre de 1943, el nombramiento de cargos correspondientes a la justicia municipal hasta la reforma de ésta, por fin, llegó aquélla de la mano de la Ley de Bases de Justicia Municipal de 1944. Esta ley, que exigía decretos posteriores para su desarrollo, instauró, de nuevo, los juzgados de paz, en aquéllos lugares en los que no había juzgados municipales y comarcales. Con todo, la organización judicial resultante era la siguiente: los juzgados municipales se instauraron en las ciudades grandes y en los pueblos con más de 20.000 habitantes. Eran órganos técnicos y su titular un juez de carrera, un jurista que había superado la oposición pertinente. Los juzgados comarcales, por su parte, servían justicia en las comarcas, en territorios semiurbanos. Los titulares de estos juzgados no eran miembros de la carrera judicial, si bien debían probar su conocimiento técnico del Derecho.²¹ Ello, sin perjuicio de que, juzgados municipales y juzgados comarcales, organizados y servidos de manera diferente, detentaran si-

modelo el Decreto de 2 de septiembre de 1936 para la elección de funcionarios municipales: los jueces y fiscales contrarios al Movimiento Nacional podían ser removidos por las salas de gobierno de las audiencias territoriales y por las juntas de gobierno de las audiencias provinciales, en cualquier momento y sin necesidad de respetar las normas relativas a expedientes, sustituyéndolos por personas aptas para ocupar los cargos.

- 21 Luego, aunque se les exigía menos conocimiento que a los jueces municipales, debían ser Licenciados en Derecho y superar una oposición. Estos jueces comarcales no podían servir justicia en poblaciones con más de 20.000 habitantes.

milares competencias (base IX Ley de Bases Municipal de 1944). Por último, los juzgados de paz, servidos por jueces del mismo nombre, se ubicaban en zonas rurales. A estos jueces no se exigía conocimiento técnico especial alguno, sino moralidad e integridad. Los designaban las salas de gobierno de las audiencias territoriales, de entre una terna propuesta por jueces de primera instancia. Era un cargo gratuito, honorífico, de por vida y obligatorio, y sus competencias muy limitadas, atribuyéndosele funciones conciliatorias.²²

No cabe duda de que la Ley de Bases de Justicia Municipal de 1944 pretendió tecnificar y profesionalizar los juzgados de base municipal, si bien, una vez más, se encontró con el obstáculo económico, pues en aquél entonces existían 9000 municipios en España. Como resultada imposible pagar un juez técnico en cada uno de ellos, se optó por una solución parcial: la creación de juzgados comarcales, que no eran 9.000 sino 1.300. En este esquema, se mantuvieron los juzgados de paz, con funciones simbólicas, en cuanto forma de acercar la justicia a la ciudadanía. Es una idea que consideramos esencial para identificar el futuro de estos órganos jurisdiccionales a día de hoy.

Tras la promulgación de Ley de Bases de Justicia Municipal en 1944, los años siguientes, se hicieron pequeñas modificaciones en el régimen de los órganos previstos por aquélla.²³ En lo que respecta a

22 Ordenó las competencias de estos tres órganos jurisdiccionales el Decreto de 24 de enero de 1947, desarrollando la base IX mentada. Entre los Decretos que se aprobaron para complementar la ley, cabe destacar el de 19 de enero de 1945, que regulaba el sueldo y número de jueces municipales y fiscales; el de 24 de mayo del mismo año, relativo a jueces municipales, comarcales y de paz y el de 24 de enero de 1947, que ordenó las competencias civiles, penales y gubernativas de los tres órganos, además de las correspondientes al registro civil. Describe la situación de la justicia municipal de esta época, ARAGONESES ALONSO, P., "Justicia municipal", *Revista de Derecho Procesal*, enero-marzo/1950.

23 Por ejemplo, fueron varias las órdenes que se dictaron para disminuir el número de comarcas (la de 30 de noviembre de 1948, la de 20 de mayo de 1950 o la de 13 septiembre de 1951).

los juzgados de paz, de entre los decretos que se otorgaron –todos en la línea de la base IX de la ley de 1944-²⁴ podemos destacar el de 25 de febrero de 1949, que convirtió el cargo de juez de paz en perpetuo o de por vida, si bien reconociendo al Ministro de Justicia la facultad de remover a los que actuaran de manera parcial (art. 55), y el 19 de junio de 1969, que, por primera vez, reconoció a las mujeres la posibilidad de ocupar el cargo.

En los años siguientes, tras el fracaso del anteproyecto de la Ley Orgánica de las Bases de la Justicia de 1968,²⁵ el 28 de noviembre de 1974, se aprobó la Ley Orgánica de las Bases de la Justicia. El régimen orgánico previsto por esta última venía condicionado por el desarrollo poblacional y económico español; en el nuevo contexto social resultaba imprescindible la tecnificación de los jueces, limitando el rol del juez lego, del “hombre bueno”, a disputas sencillas de los ciudadanos. Los jueces de paz los nombraba la Sala de Gobierno de la audiencia territorial, entre empadronados en el municipio detentadores de buen nombre. Contaban con la asistencia del secretario del Ayuntamiento –si bien se preveía la atribución de esa función a los secretarios judiciales– para el desempeño de sus funciones, reconocidas en la ley de 8 de abril de 1967.²⁶

24 El de 24 de mayo de 1945, el de 25 de febrero de 1949, el de 24 de febrero de 1956, el de 11 de octubre de 1962 y el de 19 de junio de 1969.

25 En su base IX mostraba su intención de abolir los juzgados municipales y los comarcales. Los juzgados de paz se mantendrían en los municipios en los que no se ubicaran los juzgados de distrito. La competencia de estos últimos se dibujaba en la base XVII: podrían fallar y ejecutar disputas civiles de pequeña cuantía, ejercerían la jurisdicción voluntaria e investigarían y solventarían infracciones. En este esquema, los jueces de paz serían representantes de los jueces de distrito, pudiendo éstos, de oficio o a instancia de parte, dejar el conocimiento de cualquier caso en manos de aquéllos. Los jueces de paz actuarían en equidad, mediante juicios con escasa formalidad, protegiendo la igualdad y la audiencia de las partes.

26 En el ámbito civil, solventaban los pleitos en equidad, resultando sus sentencias recurribles en los juzgados de distrito, argumentando defecto formal, indefen-

Por último, la ley 11/1978, de 20 de febrero derogó la Ley Orgánica de las Bases de la Justicia de 1974, salvo la parte en la que se regulaban los juzgados de distrito. Consecuentemente, los juzgados de paz desaparecieron de la organización jurisdiccional española. Volvieron a aparecer con/en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que abolió los juzgados de distrito.

2.3. Aprendizaje para el futuro

Conscientes de que el análisis del pasado se puede hacer de muchas formas y con distintas finalidades, por lo que las deducciones, igualmente, pueden ser diferentes, quedan claras tres cosas en relación a nuestro objeto de estudio (los juzgados de paz):

- (1) durante su existencia siempre se ha pretendido la presencia judicial en todos los municipios, asignándoles competencias menores (especialmente, resolución extrajudicial de los conflictos y auxilio a otros órganos judiciales), debido a la falta de formación jurídica de sus titulares;
- (2) se han demostrado, al tiempo, como la forma más barata de garantizar la presencia judicial en todos los municipios, acercando la justicia a la ciudadanía,
- (3) durante toda su historia, ha sido constante el deseo de profesionalizar el primer nivel de la justicia y de proteger la independencia e imparcialidad de las personas titulares de los juzgados de paz.

Tomamos nota de todo ello para valorar la propuesta que hace el legislador en el PLEOSPJ y para presentar nuestra propia propuesta de futuro para los juzgados de paz.

sión o infracción de la equidad. Las disputas penales las solventaban aplicando el Derecho. Se reconocía a los jueces de distrito la facultad, de oficio o a instancia de parte, de delegar en los jueces de paz la resolución de los expedientes, y especialmente los actos de comunicación, ejecución y prevención.

3. Radiografía del presente de la justicia de paz

3.1. La justicia menor y debates en torno a la misma

Como apuntábamos al inicio de esta investigación, siguiendo la tónica del pasado, la justicia de paz es, actualmente, tremendamente cuestionada. Sin incidir en su régimen jurídico completo *lege data*, en este apartado, vamos a identificar las leyes que lo recogen y presentar los elementos más controvertidos que ordenan, en forma de interrogante. Al respecto, vamos a distinguir los que, a nuestro juicio, son debates superados (su constitucionalidad; su no infracción de la división de Poderes; la legitimidad de la elección de la persona titular del juzgado de paz por el Ayuntamiento y la imposibilidad de que, actualmente, pueda ocupar este cargo una persona no técnica en Derecho), del que pretendemos superar (la falta de eficiencia de estos órganos aludida por el PLEOSPJ). Todos ellos deben fundamentar y marcar el futuro de los juzgados de paz.

3.2. Regulación actual

La justicia de paz se regula, *lege data*, en el capítulo VI (“De los Juzgados de Paz”) del Título IV LOPJ (“De la composición y atribuciones de los órganos jurisdiccionales”) (arts. 99 a 103, ambos inclusive);²⁷ en la ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial (en adelante, LDPJ) (arts. 49 a 52, ambos inclusive y Disposición Transitoria (en adelante, DT) quinta, sexta y séptima);²⁸ en el Reglamento

27 Ordenan, concretamente, la ubicación (art. 99) y competencias (art. 100) de los juzgados de paz; la selección y nombramiento de su titular (arts. 101 y 102), sus derechos y cese (art. 103).

28 Los artículos mentados regulan la retribución de los jueces y juezas de paz (art. 49), la secretaría de los juzgados de paz (art. 50), el resto del personal (art. 51) y sus instalaciones y recursos materiales (arts. 51 y 52). Las DT hacen referencia a la situación de los secretarios judiciales y los jueces de paz con el cambio de normativa.

3/1995, de 7 de junio, de los jueces de paz, dictado por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), en ejercicio de la potestad que le reconoce la LOPJ (art. 110.2 k);²⁹ el Real Decreto 257/1993, de 19 de febrero, por el que se regulan las Agrupaciones de Secretarías de juzgados de paz;³⁰ la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)³¹ y el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, que promulgó la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo, LECR).³² Tenemos que citar, además, dos instrucciones: la Instrucción 4/2001, de 20 de junio, del Pleno del CGPJ, sobre el alcance y límites del deber de auxilio judicial que deben prestar los juzgados de paz y la Instrucción de 28 de mayo de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre funcionamiento y organización de los Registros civiles delegados a cargo de los juzgados de paz y su información.

Sin incidir en su contenido, (tanto del titular –elección y nombramiento del juez o jueza de paz, su estatuto,...– como del propio

-
- 29 Concretamente, regula el nombramiento de los jueces de paz (arts. 1-12, ambos inclusive), su capacidad y compatibilidad (arts. 13 a 16, ambos inclusive), derechos y deberes (arts. 17 a 19, ambos inclusive) y responsabilidad (arts. 30-32, ambos inclusive).
- 30 Esta norma, en desarrollo del art. 50 LDPJ (art. 1), regula las Agrupaciones de Secretarías de los juzgados de paz. En el ámbito de sus competencias, las CCAAs, también, han dictado normas sobre esta materia. Así, por ejemplo, el Decreto 411/1998, de 22 de diciembre, sobre justicia de paz, del Gobierno Vasco y el Decreto 75/1997, de 18 de marzo, por el que se regula el procedimiento de creación y modificación de las Agrupaciones de Secretarías de juzgados de paz en Cataluña.
- 31 La ley rituarial civil regula 4 cuestiones en relación a los juzgados de paz: su competencia en materia civil (art. 47), la recusación de los jueces de paz y los secretarios que sirven en estos juzgados (arts. 108 y 110), el auxilio judicial que corresponde a estos órganos (art. 170) y la apelación contra las decisiones dictadas por los mismos (art. 455), si bien este último no tiene sentido, en cuanto no cabe apelación contra las sentencias dictadas por los juzgados que nos ocupan.
- 32 Esta ley únicamente cita a los juzgados de paz en su art. 259, que les autoriza para recoger denuncias sobre delitos públicos.

órgano –ubicación, personal, competencias, relación con otros órganos judiciales, financiación,...),³³ por falta de espacio, como apuntábamos, nos centramos en los elementos más controvertidos de la configuración actual de la justicia de paz. Empezamos por aquellos elementos que, a nuestro juicio, dan lugar a una discusión doctrinal ya superada.

3.3. Debates actuales superados

3.3.1. ¿Es constitucional la justicia de paz?

No hay duda, a día de hoy, de la constitucionalidad de los juzgados de paz. Su no previsión expresa en la CE no resta legitimidad a la justicia laica municipal, en cuanto aquélla dejó la potestad de crear juzgados y tribunales en manos de una futura LOPJ (la vigente) (art. 122.1 CE) y ésta reconoce (art. 26 LOPJ) y configura (arts. 99-103 LOPJ) los juzgados de paz. A mayor abundancia, ello no impide –más, al contrario, facilita– su derogación, al resultar más fácil modificar la LOPJ que la propia CE. Luego, el legislador puede “transformar” los juzgados de paz en OJM. Otra cosa es que eso, sea acertado. A ello nos referiremos más adelante.

Del mismo modo, no advertimos problema mayor en que existan personas (en lo que nos interesa, jueces y juezas de paz) que ejercen la función jurisdiccional sin pertenecer a la única carrera judicial española. En la misma situación aparecen magistrados y magistradas suplentes y jueces y juezas sustitutos, sin que ello suponga la infracción del art. 117.1 CE o del art. 122 CE³⁴. Otra cosa, bien diferente, es que ello sea lo

33 Para un análisis sucinto sobre la cuestión, ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Una propuesta de futuro para la justicia de paz en el ordenamiento jurídico español en el marco del Derecho Jurisdiccional Diversificado a partir del análisis de su pasado y presente”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 44/2018.

34 En este sentido, PEDRAZ PENALVA, E., “Los jueces de proximidad (sobre el anteproyecto de ley orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de organización territorial de la Administración de Justicia”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 8/2006, habla de

óptimo. Además, en el caso de jueces y juezas de paz aparece su carácter no técnico. En todo caso, todas las personas que ejercen la función jurisdiccional (jueces y juezas de paz incluidos) deben ser independientes, inamovibles –aunque sea temporalmente–, responsables y actuar sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE)³⁵.

Debe, al tiempo, abandonarse la consideración de que la justicia de paz es una forma de participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia³⁶, alimentada por la condición de no técnico en Derecho de la persona titular de estos órganos³⁷. Al respecto, proclamamos que los juzgados de paz son órganos jurisdiccionales creados por la LOPJ (art. 26), parte de la organización judicial única española.

3.3.2. ¿Atenta a la división de Poderes el sometimiento de la justicia de paz a los Ayuntamientos?

Es indubitado, a todas luces, el estrecho vínculo entre juzgados de paz y los municipios que los cobijan: comparten territorio y población y, como norma general, la persona titular de este órgano jurisdiccional es elegido por el correspondiente Ayuntamiento (art. 101 LOPJ). Además, la determinación del edificio o inmueble sede del mismo corresponde

“la consumada rotura dada la coexistencia de los jueces profesionales con otros que no lo son, cual ocurre con los jueces de paz, jueces sustitutos y magistrados suplentes”

35 Incidimos en ello, ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Una patata caliente en la organización judicial española o sobre el futuro de la justicia de ámbito municipal (la llamada justicia de paz) en nuestro ordenamiento jurídico”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 14/2012.

36 Avalada por el propio CGPJ, *Boletín Informativo*, 1 julio 1981, pp. 58 y ss. En la doctrina, DAMIÁN MORENO, J., *Los jueces de paz*, UNED, Madrid 1987, pp. 196 y ss.

37 En nuestro apoyo, DE LA OLIVA, A., “Los jueces de paz en la LOPJ”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid-Revista jurídica general*, núm. 5/1985.

al Ministerio de Justicia o a la CCAA que tenga competencia en la materia, siempre a propuesta del Ayuntamiento respectivo (art. 10.1 LDPJ), ocupando, normalmente, espacios de éste. Igualmente, en los pueblos de menos de 7000 habitantes, salvo que integren una Agrupación de Secretarías de juzgados de paz, corresponde al Ayuntamiento designar a una persona como secretaria idónea, normalmente, entre su personal. No menos importante, compete a la Administración local, como norma general, proveer de bienes materiales a los juzgados de paz, y su mantenimiento³⁸, solicitando, al efecto, la subvención oportuna prevista en los presupuestos del Estado o de las CCAAs con competencia en la materia, que se modula en función del número de habitantes del municipio (art. 52 LDPJ).

En análisis crítico de este vínculo juzgado de paz-Ayuntamiento, y sin incidir en la elección de la persona titular del juzgado de paz —cuestión que abordaremos independientemente, en breve—, es indudable el lazo o enlace entre el órgano judicial y el administrativo³⁹. Aunque ello facilita la consideración de la justicia de paz como una justicia no independiente, luego, sometida al Ayuntamiento, infringiendo, al tiempo, el principio básico de separación de poderes que debe caracterizar la justicia de todo Estado de Derecho moderno⁴⁰, nos ayuda a superar el obstáculo la realidad que acontece con los jueces y juezas de carrera: es el Ministerio de Justicia y/o, en su caso, la Consejería de justicia de las CCAAs, con competencia en la materia —en todo caso, el Poder Ejecutivo—, el que les facilita los recursos materiales y

38 Solo excepcionalmente, se ordena, su dependencia, total o parcial, del Ministerio de Justicia o la CCAA correspondiente (art. 51.3 LDPJ).

39 En la doctrina, por todos, BONET NAVARRO, J., *Justicia de paz y alternativa*, Dykinson, Madrid 2014, p. 37. Antes, RODRÍGUEZ RIVERA, FE., “La tradicionalmente llamada justicia municipal. Realidad actual y futuro de los Juzgados de paz”, *Tapia*, núm. septiembre 1992.

40 Acopia las opiniones doctrinales, al respecto, DAMIÁN MORENO, J., *Los jueces de paz*, *op.cit.*, pp. 233 y ss.

personales que requieren para ejercer la función jurisdiccional. No se pone, por ello, en duda su existencia, configuración y/o actividad, bajo la idea de que sometidos, únicamente a la ley, independientes del resto de personas, agentes y Poderes (incluidos otros órganos judiciales y sus propios órganos de gobierno) son inamovibles y responsables (art. 117.1 CE).

3.3.3. ¿Cabe la elección por el Ayuntamiento del titular del juzgado de paz?

Bien distinto es nuestro juicio en torno a la figura de la persona titular del juzgado de paz. Al respecto, consideramos esencial distinguir su forma de elección y su falta de conocimiento técnico del Derecho, en cuanto cuestiones que nos merecen veredictos contrarios. En este apartado, nos fijamos en la primera, bajo la consideración de que no existe un sistema perfecto para la elección de jueces y juezas de paz –igual que ocurre con los de carrera⁴¹– superamos la traba consistente en su elección por los Ayuntamientos, distinguiendo su selección de su actuación sometidos únicamente a la ley. Al respecto, apelamos a la abstención y a la recusación (arts. 217-228 LOPJ), como elementos que garantizan la independencia judicial, también en el caso de jueces y juezas de paz.

Sin perjuicio de ello, y en coherencia con nuestra opinión sobre la formación que han de detentar *lege ferenda* los jueces y juezas de paz, postulamos que la forma excepcional de nombramiento vigente, es decir, el concurso de méritos organizado y decidido por el correspondiente Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) (arts. 101.4 LOPJ y 9-11RPJ), puede garantizar adecuadamente la independencia de aquéllos.

41 Por todos, recientemente, ESCUDERO MORATALLA, J.F., “La selección de los jueces en España”, *Diario La Ley*, núm. 9832/2021. También, antes, OLMEDO PALACIOS, M., “Selección de jueces y crisis”, *Diario La Ley*, núm. 7969/2012.

3.3.4. ¿Puede ser una persona no técnica en Derecho juez o jueza (aunque sea de paz)?

En sentido contrario, compartimos la opinión de la doctrina mayoritaria⁴² de que no puede existir, a día de hoy, con el nivel de desarrollo de la sociedad y de sus conflictos jurídicos (aunque sean de escasa cuantía!), si se quiere realmente ofrecer a la ciudadanía una verdadera tutela judicial efectiva (art. 24 CE)⁴³, una autoridad jurisdiccional que no tenga conocimiento técnico del Derecho.

Ello no quita para que –en cuanto forma históricamente acreditada de abaratar la justicia de base local– pueda existir un grupo de jueces y juezas (*lege ferenda*, de paz) que, con conocimiento jurídicos suficientemente acreditados, sean parte del Poder Judicial –temporalmente– sin pertenecer a la carrera judicial. Nuestra propuesta de futuro para estos juzgados pasa por este elemento.

3.4. Debate a superar: ¿son realmente los juzgados de paz ineficientes?

3.4.1. Su ineficacia como causa para su transformación y elementos para su evidencia

Como venimos apuntando, en el marco del PJ-2030, el PLEOSPJ alude a la falta de eficiencia de los juzgados de paz, en cuanto principal argumento para justificar su transformación en OJM. Al respecto, en primer lugar, conviene apuntar que, en el marco del PJ 2030, la mejora de la justicia –entendida, como la actividad y resultado jurisdiccional– se anuda con la eficiencia. Así, se ha superado el anhelo y obligación de la tutela judicial “efectiva”, que se centra en la satisfacción de los derechos

42 Entre una inmensa mayoría, PICÓ I JUNOY, J., “El juez de paz en España”, *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1/1997.

43 Tomando ello como objetivo de la actividad judicial y no la eficiencia que se predica actualmente.

del justiciable o la justiciable que acude a los tribunales (art. 24 CE), y se refuerza la “eficiencia” de la justicia, entendida ésta como prestación social (el servicio público de justicia), que sufragamos toda la ciudadanía y que se audita, reparando en los resultados concretos, a partir de su coste⁴⁴. Nosotros, no obstante, no compartimos el planteamiento, por dos razones principales. Por un lado, porque el concepto de “eficiencia”, parámetro típico de la empresa, es relativo, y por otro, porque, compartiendo la configuración de la justicia como servicio público⁴⁵,

44 Repárese que las tres leyes principales que prevé el PJ 2030 son relativas a la *eficiencia organizativa*, *eficiencia procesal* y *eficiencia digital*

45 Ya el pacto de Estado para la Justicia, suscrito el 28 de mayo de 2001, por el PSOE y el PP configuraba la justicia como «un servicio público capital», sin olvidar la dimensión de Poder de la justicia, pero haciendo hincapié en su carácter instrumental. Lo enfatiza, SÁNCHEZ MORÓN, M., «El pacto de Estado para la reforma de la justicia», *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. 13/2001. Justificaba, antes, CANALES ALIENDE, J.M., «El servicio público de la justicia: actualidad y perspectivas», *Política y sociedad*, núm. 20/1995, la utilización de la nueva configuración por tres razones: (1) por entender que la problemática de la justicia no es algo aislado, debiendo incluirse en el contexto más amplio de la modernización del Estado y de sus instituciones, «lo que implica una mejor calidad en las prestaciones y servicios públicos»; (2) porque es común identificar la justicia, personalizándola y patrimonializándola, con uno de sus actores (los jueces y las juezas), que, aunque importante, no es el único («con el injusto olvido de muchos otros actores intervinientes en el proceso»), y (3) porque el poder judicial y la justicia no es un fin en sí mismo, sino un medio, resultando, en última instancia, su justificación y finalidad, «como la de cualquier otro servicio público, la satisfacción de las demandas de los ciudadanos». En contra de su consideración como servicio público, OLIVEROS ROSELLÓ, M.J., «Sobre el “servicio público de justicia”», *Diario La Ley*, núm. 9888/2021. La autora postula «el carácter de mito» que tiene la denominación de servicio público «de difícil entendimiento pues confronta un eslogan político-social revestido de un alto grado de idealización, e instrumentación (...) que es marchamo de una lucha cronológica entre dos cabezas del poder, el ejecutivo y el judicial». A su juicio, «el servicio público no es una categoría dominante y menos la noción clave en torno a la que construir la Justicia». Antes, con argumentación parecida y poniendo al Poder Judicial en el centro del sistema judicial, FAIRÉN GUILLÉN, V., «“La justicia no es un servicio público”: examen provisional del proyecto de

creemos que su mera existencia ya es un valor incalculable, por lo que aporta al bien común, a la paz social y orden público⁴⁶, sin que sea tan trascendental cuantificar la cantidad de ocasiones en las que hacen uso de la misma la ciudadanía⁴⁷. Consideramos que, igual que valoramos unos buenos servicios sanitarios públicos –con el coste consiguiente– y queremos utilizarlos lo menos posible –sin perjuicio de que, con ello, no se amortice el gasto realizado por el Estado–, requerimos un servicio público adecuado de justicia para quien lo requiera y que el resto de los y las justiciables tengamos la tranquilidad de su existencia, para el caso de que lo necesitemos. No en vano, este servicio de justicia es la fuente suprema de la seguridad jurídica que persigue todo ordenamiento jurídico.

Con todo, y entrando en el juego del prelegislador, para saber si *lege data* la justicia de paz es eficiente, en nuestro ordenamiento jurídico, debemos mirar a su coste y a su resultado. Lo hacemos sin solución de continuidad, para sacar la conclusión pertinente.

3.4.2. Coste económico

No cabe duda de que la justicia de paz, tal y como está articulada, en nuestro ordenamiento jurídico (en todos los municipios salvo los cabeza de partido judicial, con jueces legos no profesionales, asistidos de

reforma procesal. (En situación parlamentaria de “enmiendas”), *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 39/2009. Realiza un examen exhaustivo, al respecto, PÉREZ ESTRADA, M. J., “La justicia, ¿un servicio público?”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57/2022.

46 Con todo, a la justicia, como valor supremo del ordenamiento jurídico español (art. 1 CE). Presentamos y relacionamos estos cuatro elementos como objetivos del Derecho, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La conciliación y la 1mediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para solventar el conflicto laboral*, Comares, Granada 2009, pp. 55-57.

47 En nuestro apoyo, aludiendo a «la contribución preventiva del sistema de justicia», DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M., RUEDA LÓPEZ, N., «¿Cómo debe medirse la producción del servicio de justicia?», *eXtoikos*, núm. 12/2013.

determinadas personas, ...) tiene un coste. Para calcularlo únicamente se deben sumar las partidas soportadas por el Estado –el correspondiente a las indemnizaciones de sus titulares y, en su caso, salvo que estén trasferidas a las CCAAs, el relativo al personal y a las subvenciones a los Ayuntamientos para su mantenimiento–, por las CCAAs –el correspondiente al personal transferido y a las ayudas a los Ayuntamientos para su mantenimiento– y por los Ayuntamientos, entendiéndose que éstos –si no siempre, muchas veces– hacen dispendios no reintegrados por las subvenciones mentadas. Aunque no dudamos de que su coste efectivo se puede medir, aunque lo hemos intentado, la complejidad de la operación (distintas Administraciones, coyunturas laborales distintas, organización muy heterogénea, ...) no nos ha permitido dar con la cifra concreta⁴⁸. Al respecto, entendemos que el legislador debería dar datos concretos y exactos sobre el coste de la justicia de paz si, aludiendo a su ineficiencia, se quiere justificar la conversión de estos juzgados en OJM.

3.4.3. Aportación al sistema. Beneficios intangibles de la justicia de paz

Es innegable que distintas reformas legislativas (especialmente reseñables la desaparición de las faltas penales y la desjudicialización del registro civil⁴⁹) han vaciados los juzgados de paz de competencias, por lo que, limitados a labores de auxilio de otros juzgados en materia

48 Nuestro esfuerzo queda patente ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La justicia de paz: nuevos tiempos, ¿nuevas(infra) estructuras? Disquisiciones ante la creación de las Oficinas de Justicia en los municipios en lugar de los juzgados de paz*, Bosch, Barcelona 2023, pp. 295-300.

49 Desaparecieron las faltas penales, competencia típica de los juzgados que nos ocupan, mediante la ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Por su parte, en cuanto al registro civil, fue esencial la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que lo desjudicializó. Sobre la trascendencia de esta norma, en general, y en relación a los juzgados de paz en particular, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La justicia de paz: nuevos tiempos, ¿nuevas(infra) estructuras? Disquisiciones ante la creación de las Oficinas de Justicia en los municipios en lugar de los juzgados de paz*, op.cit., pp. 126 y ss.

de comunicación y conciliatorias, no ejercen verdaderamente potestad jurisdiccional⁵⁰. Ello facilita, a priori, el reconocimiento de su falta de eficiencia, aunque tampoco impide –si se quisiera, realmente, poner fin a esta situación– dotarle *lege ferenda* de nuevas funciones (por ejemplo, en relación a los mecanismos extrajudiciales, que pretende reforzar el proyecto de ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (en adelante, PLEPSPJ)⁵¹).

Sin embargo, no avala esta falta de eficiencia, los datos que ofrece el CGPJ. La estadística judicial relativa a los juzgados de paz, segregando los datos por CCAAs, muestra que los 7700 juzgados de paz que existen en España resolvieron o participaron, el año 2022, más de 1.458.728

50 Por todos, GASCÓN INCHAUSTI, F., “La figura del juez de paz en la organización judicial española”, *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 8/2006.

51 Proyecto que, en implementación del PJ 2030, reconoce perseguir tres objetivos, anudados con los tres bloques de medidas que presenta: (1) la introducción y potenciación, en nuestro ordenamiento jurídico, de Medios Adecuados de Solución de Conflictos (en adelante, MASC), diferentes a la jurisdicción, (2) la reforma de la legislación vigente, para agilizar los procesos judiciales, mejorando su eficacia, con las máximas garantías, en los cuatro órdenes jurisdiccionales, con el fin de permitir a los juzgados y tribunales atender, en tiempo razonable, la tutela judicial que exige la ciudadanía y (3) la ordenación de las medidas imprescindibles para la transformación digital del servicio público de justicia, aspirando a la aceleración de la adaptación de la legislación española a las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Exponemos sus líneas básicas, ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Tres tristes tigres... o haciendo luz en relación a la negociación en el nuevo marco jurídico del sistema estatal de resolución de conflictos. La negociación como eje de todos los medios adecuados de resolución de conflictos, como mecanismo autónomo y como técnica”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, núm. 1/2023. Sobre la regulación de los MASC que contiene, AAVV (Dres CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I., SIGUENZA LÓPEZ, J.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023. También, AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., ORDEÑANA GEZURAGA, I.,), *Medios Adecuados de Solución de Controversias. Eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*, La Ley, Madrid 2023.

asuntos, entre juicios verbales civiles, actos de conciliación y exhortos civiles y penales⁵².

Más allá, y por encima de estos datos, consideramos el resultado de la actividad de estos juzgados aún más difícil de cuantificar, especialmente, porque, sin perjuicio de los casos concretos en los que, ciertamente, interviene, su mera existencia produce unos efectos o beneficios intangibles, tan importantes como la proximidad de la justicia a la ciudadanía, la contribución a la seguridad jurídica y nacional y al orden público. ¿Cuál es el precio de estos últimos en un Estado de Derecho?⁵³

52 Vid. CGPJ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Otros-organos-de-la-administracion-de-justicia/Juzgados-de-Paz/>

53 A nuestro favor, MARCOS GONZÁLEZ, M., “El acceso efectivo a la justicia y los Juzgados de Paz”, AAVV (Dr. ETXEBARRIA ESTANKONA, K., ORDENANA GEZURAGA, I., OTAZUA ZABALA, G.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 479. Remarca ESPARZA LEIBAR, I., “Sobre el potencial de la justicia de paz en España, en relación con el reforzamiento de la eficiencia y la correlativa legitimación social del Poder Judicial”, AAVV (Dr. ORDENANA GEZURAGA, I., ETXEBARRIA ESTANKONA, K.), *Presente y futuro de la justicia de paz en el ordenamiento jurídico español*, Universidad del País Vasco, Bilbao 2013, p. 43, que “los Jueces y las Juezas de Paz suponen de hecho, en relación con los aspectos más sensibles y necesitados de ello, una mejor, más próxima, inmediata y cercana, adaptación del Poder Judicial a la realidad cotidiana de una sociedad moderna. No estando, ni mucho menos, agotada su potencial aportación a dicha misión, lo que justificaría una revisión integral, finalista, de su estatus”. En sentido contrario, DAMIÁN MORENO, J., *Los jueces de paz*, *op.cit.*, p. 21, argumenta que “Los Juzgados de Paz tuvieron su razón de ser en un España desertizada, estéril y pobre, donde las distancias eran grandes y los medios de comunicación escasos. Acercar la justicia al justiciable constituía en sí uno de los objetivos prioritarios de los legisladores de la época”, si bien –sigue el autor– “hoy en día la situación ha cambiado notablemente”.

3.4.4. Nuestra conclusión: la falta de eficiencia no es argumento suficiente para la transformación de los juzgados de paz

En la línea de lo analizado, el desconocimiento del coste real de la justicia de paz –dato esencial para calificar de ineficiente su existencia y actividad–, y el valor de su actividad, no sólo (nada desestimable) el que reconoce el propio CGPJ, si no el más importante, el intangible consistente en acercar la justicia a la ciudadanía al tiempo que se garantiza el Estado de Derecho, la seguridad jurídica y el orden público, nos lleva a postular que la falta de eficiencia de los juzgados de paz no es argumento suficiente para su eliminación. Requerimos, al efecto, mayor argumentación por parte del legislador.

4. Propuestas de futuro

4.1. La propuesta del prelegislador: las Oficinas de Justicia en los Municipios

En este contexto, y aludiendo a la ineficiencia de los juzgados de paz –que nos ha resultado imposible de acreditar–, el PLEOSPJ⁵⁴ propone la “transformación” de los juzgados de paz en OJM. En las próximas líneas, nos fijaremos en primer lugar, en su configuración⁵⁵, para, a continuación, hacer una lectura crítica de la misma.

54 Nos basamos en el proyecto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, el 22 de abril de 2022. Versión visible: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-98-1.PDF

55 Para un estudio más completo de la pretendida organización, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La justicia de paz: nuevos tiempos, ¿nuevas(infra) estructuras? Disquisiciones ante la creación de las Oficinas de Justicia en los municipios en lugar de los juzgados de paz*, *op.cit.*, pp. 383-485.

4.1.1. Configuración por el PLEOSPJ

El PLEOSPJ regula escasamente la nueva estructura (en tres artículos y dos DT), además de recoger dos referencias en su EM.

Concretamente, el apartado IV EM justifica la necesidad de las OJM en cuanto “evolución” de los juzgados de paz y como fórmula para ofrecer una justicia más próxima, sostenible y de calidad, que aprovecha los beneficios derivados de las nuevas tecnologías. Alude, además, a la configuración de las OJM a partir de las secretarías de los juzgados de paz, que “sustituye a los Juzgados de Paz, cuya figura desaparece del ordenamiento”. Por su parte, el apartado VI EM dispone que el objeto del artículo único de la ley de eficiencia organizativa es, junto a la creación de los tribunales de instancia, la creación y constitución de las OJM.

El art. 439 ter LOPJ define OJM, ordena su ubicación y su ámbito territorial de actuación (municipio) y la dotación de instalaciones, medios instrumentales (a priori Ayuntamiento) e informáticos (Ministerio o CCAA) que requieren⁵⁶. Recuerda mucho a la ordenación vigente de la justicia de paz.

56 Su dicción literal:

- “1. Las Oficinas de Justicia en los municipios son aquellas unidades que, sin estar integradas en la estructura de la Oficina judicial, se constituyen en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia para la prestación de servicios a la ciudadanía de los respectivos municipios.
2. En cada municipio donde no tenga su sede un Tribunal de Instancia existirá una Oficina de Justicia, que prestará servicios en la localidad donde se encuentre ubicada.
3. Las instalaciones y medios instrumentales de estas Oficinas estarán a cargo del Ayuntamiento respectivo, salvo cuando fuere conveniente su gestión total o parcial por el Ministerio de Justicia o la comunidad autónoma con competencias asumidas en materia de Justicia. Los sistemas y equipos informáticos de las Oficinas serán facilitados por el Ministerio de Justicia o la comunidad autónoma respectiva en los casos que tengan asumidas las competencias en materia de Justicia”

El art. 439 quáter LOPJ enumera los servicios que van a ofrecer las nuevas estructuras ((1) actos de comunicación, (2) colaboración con Registro civil, (3) solicitudes de justicia gratuita, (4) solicitudes o gestiones a Gerencias territoriales del Ministerio de Justicia u órganos equivalentes de las CCAAs, (5) colaboración con unidades MASC, (6) espacios de coworking), en un listado abierto con una cláusula que abre sus actuaciones a “aquellos otros servicios que figuren en convenios de colaboración entre diferentes Administraciones Públicas”⁵⁷. Este último

57 Su dición literal: “En las Oficinas de Justicia en los municipios se prestarán los siguientes servicios:

- a) La práctica de los actos de comunicación procesal con quienes residan en el municipio o municipios para los que preste sus servicios, siempre que los mismos no se hayan podido practicar por medios electrónicos.
- b) Los que, en su calidad de oficina colaboradora del Registro Civil, se establezcan en la ley o por vía reglamentaria.
- c) La recepción de las solicitudes de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita y su remisión a los Colegios de Abogados y Abogadas encargados de su tramitación, así como las restantes actuaciones que puedan servir de apoyo a la gestión de estas solicitudes y su comunicación a los interesados.
- d) Las solicitudes o gestión de peticiones de la ciudadanía, dirigidas a las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia u órganos equivalentes en aquellas comunidades que tienen asumidas competencias en materia de Justicia.
- e) La colaboración con las unidades de medios adecuados de solución de controversias existentes en su ámbito territorial, en coordinación con la Administración prestacional competente.
- f) La colaboración con las Administraciones públicas competentes para que, en cuanto el desarrollo de las herramientas informáticas lo permita, se facilite a jueces, juezas, magistrados y magistradas, fiscales, letrados y letradas de la Administración de Justicia y al personal al servicio de la Administración de Justicia que no esté integrado en las relaciones de puestos de trabajo de dichas Oficinas, el desempeño ocasional de su actividad laboral en estas instalaciones, comunicando telemáticamente con sus respectivos puestos.
- g) Aquellos otros servicios que figuren en convenios de colaboración entre diferentes Administraciones Públicas”.

elemento nos da pie a pensar que cada OJM va a ofrecer servicios distintos, algo que infringiría la igualdad de la ciudadanía (art. 1 CE) en materia de justicia. Se presentan, además, especialmente en cuanto a sus funciones, las OJM de forma abierta, reconociendo que se les podrá atribuir otras funciones de las que se prevén inicialmente. Nos da mucho miedo, causa inseguridad jurídica y, en definitiva, no convence que los servicios que se anudan a una estructura que viene a sustituir a otra de tanta tradición, sean presentados y configurados aproximativamente. Del mismo modo, la comparación de funciones (o servicios) entre la nueva estructura y la de los juzgados de paz nos parecen similares, echando de menos en el PLEOSPJ servicios tan importantes que prevé el PJ 2030 para estas OJM, como “la información general del estado de tramitación de los procesos judiciales” o “la realización de cualquier gestión de índole procesal con cualquier órgano judicial”.

Por su parte, el art. 439 quinquies LOPJ regula los puestos de trabajo de las OJM, que se cubrirán por personal integrante de los Cuerpos de funcionarios y funcionarias al servicio de la Administración de Justicia, sin perjuicio de la posibilidad de que se incluya personal de otras Administraciones Públicas⁵⁸. Otra vez, nos percatamos de que se prevé una estructura muy similar a la actual (la posibilidad de que el mismo

58 Con el siguiente texto: “1. Los puestos de trabajo de las Oficinas de Justicia en los municipios, cuya determinación corresponderá al Ministerio de Justicia y a las comunidades autónomas con competencias asumidas, en sus respectivos ámbitos, se cubrirán por personal de los Cuerpos de funcionarios y funcionarias al servicio de la Administración de Justicia. En las respectivas relaciones de puestos de trabajo se podrán incluir determinados puestos a cubrir con personal de otras Administraciones Públicas, siempre que reúnan los requisitos y condiciones establecidas en aquellas.

En todo caso, la Secretaría de estas Oficinas de Justicia será desempeñada por personal del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, conforme se determine en la correspondiente relación de puestos de trabajo.

2. Los puestos de trabajo declarados compatibles de conformidad con el artículo 521.3 F) se integrarán en las relaciones de puestos de trabajo de las Oficinas de Justicia en los municipios y de las Oficinas judiciales del mismo partido judicial.

personal sirva en más de una OJM; o de que el Ayuntamiento ponga su personal a disposición de su correspondiente OJM,...), con alguna innovación en aras de la eficiencia (la compatibilidad de determinados puestos en una oficina judicial y en una OJM,...)

La DT quinta regula la fecha de implantación de las OJM (cuando constituyan los Tribunales de Instancia), previendo la transformación de “las actuales Secretarías de Juzgados de Paz o Agrupaciones de aquellas en los respectivos partidos judiciales (...) en Oficinas de Justicia en los Municipios”, y el correspondiente efecto en su personal, aludiendo especialmente a las personas que ocupan las Secretarías de los juzgados de paz. Por último, la DT sexta, prevé, en la misma fecha en la que se constituya cada OMJ, el “inmediato” cese de los jueces y juezas de paz.

4.1.2. Lectura subjetiva

En tono crítico, de lo general a lo concreto, en primer lugar, la configuración que se presenta de las OJM, prescindiendo del juez o jueza de paz, más que una “evolución” nos parecen una “revolución”, pues,

Los funcionarios o funcionarias de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia que ocupen tales puestos realizarán las tareas propias de la Oficina de Justicia en el municipio y del servicio común o unidad procesal de tramitación de la Oficina judicial al que pertenezcan, bajo la dependencia funcional del respectivo Director o Directora del servicio o unidad.

3. El Ministerio de Justicia o la comunidad autónoma con competencia en materia de Justicia, en atención a la población, podrán establecer áreas en que los integrantes de una misma relación de puestos de trabajo presten sus servicios en Oficinas de Justicia de varios municipios, siempre que éstas pertenezcan a un mismo partido judicial.

En estos casos, el Ministerio de Justicia o las mismas comunidades autónomas determinarán el régimen de atención de las expresadas Oficinas por el personal al servicio de la Administración de Justicia destinado en ellas. Además, el Ayuntamiento nombrará personal idóneo en cada una de estas Oficinas, el cual auxiliará al de la Oficina de Justicia en la prestación de los servicios que tuviere encomendados, a menos que su ejecución esté legalmente atribuida al personal de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia.»

en definitiva, lo que se hace es convertir un órgano hasta ahora judicial en un órgano administrativo, apuntando, además, sin complejo alguno, en el espíritu del PJ 2030, y en la búsqueda de la eficacia, que este nuevo órgano desarrollará funciones de auxilio judicial (no juzgadoras) y funciones administrativas, en aras de la “eficiencia interadministrativa”. Censuramos el cambio de naturaleza. A nuestro juicio es necesario un órgano judicial en todos los municipios, sin perjuicio de que “toque-mos” a su titular, y de que, obviamente, actualicemos y aumentemos sus competencias. La garantía del valor supremo justicia y la presencia de la autoridad judicial en todos los municipios españoles lo requiere.

Por otra parte, y en aras de la eficiencia, consideramos que no se puede debilitar, ni un ápice, la independencia judicial y la separación de poderes en nuestro Estado de Derecho. ¿Realmente, es acertado que en un mismo lugar se informe al ciudadano@ sobre una subvención y sobre el estado de una demanda? Luego, retomando la idea inicial, y tomando como punto de partida los propios juzgados de paz, mantenemos que, quizás es más adecuado hablar de una “involución” y de no de una “evolución”.

Además, y clave, esta conversión se dibuja o configura en un marco general diseñado por el PJ 2030, buscando la eficiencia organizativa, la eficiencia procesal y la eficiencia digital de nuestro sistema de justicia en conjunto. En este marco, la conversión de los juzgados de paz en OJM, es una pieza más, pero que se configura en atención al todo. En otros términos: la nueva configuración de los juzgados de paz, requiere, principalmente, la digitalización de la justicia o la regulación de las técnicas extrajudiciales, por ejemplo. Da mucho miedo que se empiece la casa por el tejado, es decir, que se conviertan los juzgados de paz en OJM (porque es lo fácil y lo rápido) cuando todavía no se han realizado el resto de reformas, que realmente son premisas para que la conversión esté justificada. En este sentido, entendemos que antes de dictarse la ley de eficiencia organizativa, se deben aprobar la ley de eficiencia procesal y eficiencia digital. Aumenta nuestro temor, en este sentido, el reciente Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación

mación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, que olvidándose de la sistemática del PJ-2030 y de su organización, introduce modificaciones en nuestros juicios civiles, penales, administrativos y laborales en busca de la eficiencia digital y procesal.

Del mismo modo, y mirando a la eficiencia organizativa, y al PLEOSPJ, no podemos dejar de considerar que el cambio radical que se propone en el sistema de justicia patrio reside, principalmente, en los juzgados de paz, prescindiendo de sus titulares y modificando su naturaleza (perdiendo un órgano judicial), pues con la creación de los tribunales de instancia, salvo pequeñas modificaciones (escasas correcciones y ajustes en materia de competencia) la organización judicial (órganos jurisdiccionales, titulares y competencias) queda como antes, sin perjuicio –que no es poco– de la estructuración pluripersonal que se dispone. Otro tanto podemos decir de la oficina judicial: aunque se pretende redefinir, realmente lo que se hace es poner en marcha la estructura previamente configurada en el año 2002, su organización, en unidades procesales de tramitación y servicios comunes, flexibles y adaptables, en un entorno digital.

Con todo, la nueva ordenación de las OJM nos recuerda mucho (si no todo) a la vigente de los juzgados de paz; parece que, derogando la figura del juez o jueza del paz, el resto (ubicación, personal, dependencia del Ayuntamiento, funciones....) queda muy parecido. Además, postulamos que se debería ordenar con más precisión una estructura que está llamada a cumplir una función importante y que viene a sustituir a un órgano judicial con tanta tradición.

Por lo demás, con la nueva ordenación, las OJM pasan a ser “unidades que, sin estar integradas, en la estructura de la Oficina judicial, se constituyen en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia” (art. 439 ter LOPJ). El PJ 2030 se refiere a ellas como “parte” “nueva terminal” de las oficinas de justicia. Luego, nos queda la duda de cómo se quieren realmente configurar. Deducimos que son unidades administrativas (de las ordenadas en el art. 439.1 LOPJ), si bien con

una regulación específica en cuanto a su ubicación, gestión, servicios y personal (arts. 439 ter-quinques LOPJ). Se configuran, además, como “nuevas ventanillas de entrada al servicio público para acceder a la justicia en el mundo rural”, pero luego se crean en todos los municipios. Tenemos claro que las necesidades y facilidades de acceso a la justicia de los pobladores del mundo rural y del mundo urbano no son las mismas. En este sentido, se nos antoja una pregunta: si prescindimos de los jueces y juezas de paz, ¿es necesario que núcleos rurales y urbanos cuenten con la misma infraestructura no propiamente jurisdiccional en la Administración de Justicia? El legislador omite, a nuestro juicio, que el acceso al municipio cabeza de partido judicial o a la capital de provincia, a día de hoy, no resulta igual de complicado ni costoso –ni siquiera contaminante– en todos los territorios de España.

Aunque pueda ser una cuestión menor, no sabemos cómo se llamarán las nuevas OJM: los tribunales de instancia, uno en cada partido judicial, con sede en su capital, tomarán su nombre (art. 84 LOPJ), mientras que *lege data* los juzgados de paz adquieren el nombre del municipio en el que se ubican y a cuyos habitantes sirven (art. 5 LDPJ). No se prevé algo parecido para las OJM en el PLEOSPJ, seguramente por la pérdida de rango de la nueva estructura (pasa de órgano jurisdiccional a unidad administrativa). Reconoce el Consejo de Estado, en su informe al PLEOSPJ, que la denominación “Oficinas de justicia en el municipio” no parece del todo afortunada, pues se confunde con el de “oficina judicial”.

Dos últimas reflexiones finales. Por una parte, a todo lo afirmado hay que sumar, que las ideas pueden ser buenas o, incluso, mejores, pero sin recursos, no hay nada. No tenemos duda –porque lo hemos visto desde dentro en nuestra condición de juez de paz durante más de 15 años–, de que una de las causas del funcionamiento tan cuestionado de los juzgados de paz ha sido la falta de recursos. Las OJM se crean sobre los medios materiales y personales de aquéllos y se siguen sometiendo a los Ayuntamientos en cuanto a sus estructuras, previéndose un sistema de financiación similar al que tienen los juzgados de paz. Luego, los financiamos mejor... o correrán parecida suerte. El papel lo aguanta todo, pero las mejoras cuestan... y no poco.

Además, y con todo, ¿serán más eficientes las nuevas OJM que los actuales juzgados de paz (objetivo último previsto en el PLEOSPJ)? Tal y como están ordenados en el PLEOSPJ y, a la espera de cómo se ordenen definitivamente, difícil lo entendemos.

4.2. Nuestra propuesta a modo de conclusión

España aparece dividida entre los que quieren abolir la justicia de paz y los que quieren mantenerla, aunque sea con modificaciones. Al respecto, es esencial recordar que los dos grandes partidos políticos del Estado (PP y PSOE) son de la misma opinión. El último lo ha manifestado, recientemente, en el PJ 2030 y en el PLEOSPJ. El primero (PP), por su parte, ya en el anteproyecto de ley orgánica del Poder Judicial del año 2014⁵⁹, en busca de “un alto grado de eficiencia y agilidad en el sistema judicial”, mantenía que “una clara apuesta por la profesionalización de la Administración de Justicia, debe conllevar la desaparición de los Jueces de Paz”.

En este marco, conociendo la justicia de paz, desde dentro, y conscientes de las necesidades de nuestro sistema de justicia, no somos partidarios de prescindir del órgano municipal jurisdiccional. A mayor abundancia, bajo ningún concepto le quitaríamos su naturaleza jurisdiccional. Luego, ¿cómo mejorarlo? Proponemos poner a su cargo a un profesor y profesora universitaria del Grado en Derecho (estudios universitarios que se ofrecen en casi todas las provincias españolas), con una dedicación parcial (15 horas a la semana), como titular, miembro temporal del Poder Judicial pero no de la Carrera judicial. Ello no quita, obviamente, que, transitoriamente, se aproveche la experiencia de los jueces y juezas de paz que llevan un tiempo en el cargo, en un marco jurídico definido y transparente, si bien con vocación de desaparecer y de que todas las personas titulares de los juzgados de paz sean profesores

59 Un análisis completo del mismo, BANACLOCHE PALAO, J., “Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 57/2014.

y profesoras universitarias. Al efecto, los propios TSJs, cada uno en su CCAA, deberían organizar un concurso de méritos, garantizando que se cubren todas las plazas.

Conscientes de que se ha dejado morir a los juzgados de paz, al tiempo que se han reducido sus competencias, las aumentaríamos, basadas en el auxilio judicial (no en el desempeño de juicios, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional) y en la resolución extrajudicial de conflictos, conforme a los servicios que prevé el art. 439 quáter LOPJ, reconociendo a todos los órganos jurisdiccionales, de base local, las mismas funciones de auxilio judicial. La digitalización de todos y cada uno de estos juzgados resulta, al tiempo, esencial, para, realmente, acercar la justicia a la ciudadanía.

Sobre estas bases, estamos abiertos al debate sobre la materia.

5. Bibliografía

AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V., ORDEÑANA GEZURAGA, I.), *Medios Adecuados de Solución de Controversias. Eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*, La Ley, Madrid 2023.

AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I., SIBUENZA LÓPEZ, J.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023.

ALBACAR LÓPEZ, J.L., “Problemática del juez lego”, *Revista del Derecho Judicial*, núm. 43-44/1970.

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., “Un grave problema judicial y político: la Justicia Municipal”, *Revista de los Tribunales y de la Legislación Universal*, núm. 20/1932.

ARAGONESES ALONSO, P., “Justicia municipal”, *Revista de Derecho Procesal*, enero-marzo/1950.

- BANACLOCHE PALAO, J., “Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 57/2014.
- BONET NAVARRO, J., *Justicia de paz y alternativa*, Dykinson, Madrid 2014.
- CARRETERO PÉREZ, A., “La organización de la Administración de Justicia en 1808”, *Revista de Derecho Judicial*, núm. 20/1964.
- CANALES ALIENDE, J.M., «El servicio público de la justicia: actualidad y perspectivas», *Política y sociedad*, núm. 20/1995.
- CARRETERO PÉREZ, A., “La Administración de Justicia desde 1808 a 1833”, *Revista de Derecho Judicial*, núm. 21/1965.
- CASTILLO RIGBERT, F., “La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios”, AAVV (Dra. DÍAZ PITA, M.P.), *Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, Tecnos, Madrid 2022.
- COVOS GAVALA, R., *El juez de paz en la ordenación jurisdiccional española*, Ministerio de Justicia, Madrid 1989.
- DAMIÁN MORENO, J., *Los jueces de paz*, UNED, Madrid 1987.
- DE ARCENEGUI, I., GARCÍA-GALÁN, E., *La nueva justicia municipal*, 2. ed., Instituto Editorial Reus, Madrid 1947.
- DE LA OLIVA, A., “Los jueces de paz en la LOPJ”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid-Revista jurídica general*, núm. 5/1985.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M., RUEDA LÓPEZ, N., «¿Cómo debe medirse la producción del servicio de justicia?», *eXtoikos*, núm. 12/2013.
- ESCUDERO MORATALLA, J.F., “La selección de los jueces en España”, *Diario La Ley*, núm. 9832/2021.
- ESPARZA LEIBAR, I., “Sobre el potencial de la justicia de paz en España, en relación con el reforzamiento de la eficiencia y la correlativa

- legitimación social del Poder Judicial”, AAVV (Dr. ORDEÑANA GEZURAGA, I., ETXEARRIA ESTANKONA, K.), *Presente y futuro de la justicia de paz en el ordenamiento jurídico español*, Universidad del País Vasco, Bilbao 2013.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., “Algunos conceptos y principios fundamentales de la LOPJ de 1870”, AAVV, *El centenario de una gran obra legislativa*, Valencia 1972.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., «”La justicia no es un servicio público“: examen provisional del proyecto de reforma procesal. (En situación parlamentaria de “enmiendas“), *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 39/2009.
- FONSECA, M., “Justicia municipal”, *Revista de Legislación*, núm. (año) 1890.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, H., “De la justicia municipal a la justicia de paz”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2/1990
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “La figura del juez de paz en la organización judicial española”, *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 8/2006.
- MARCOS GONZÁLEZ, M., “El acceso efectivo a la justicia y los Juzgados de Paz”, AAVV (Dr. ETXEARRIA ESTANKONA, K., ORDEÑANA GEZURAGA, I., OZAZUA ZABALA, G.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- MOYA Y MOYA, M., “Justicia municipal”, *Revista de Derecho Judicial*, núm. enero-mayo 1962.
- OLIVEROS ROSELLO, M.J., «Sobre el “servicio público de justicia”», *Diario La Ley*, núm. 9888/2021.
- OLMEDO PALACIOS, M., “Selección de jueces y crisis”, *Diario La Ley*, núm. 7969/2012.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La conciliación y la Imediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para solventar el conflicto laboral*, Comares, Granada 2009.

- ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Una patata caliente en la organización judicial española o sobre el futuro de la justicia de ámbito municipal (la llamada justicia de paz) en nuestro ordenamiento jurídico”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 14/2012.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Una propuesta de futuro para la justicia de paz en el ordenamiento jurídico español en el marco del Derecho Jurisdiccional Diversificado a partir del análisis de su pasado y presente”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 44/2018.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Educación para la desjudicialización o una experiencia piloto de coordinación entre el equipo docente y la tutoría de un centro asociado dirigido a fomentar las competencias necesarias para la investigación jurídica mediante el empleo de metodologías activas”, AAVV (Dr. ORDEÑANA GEZURAGA, I., CALAZA LÓPEZ, S.), *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, Tirant lo blanch, Valencia 2022.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La justicia de paz: nuevos tiempos, ¿nuevas(infra) estructuras? Disquisiciones ante la creación de las Oficinas de Justicia en los municipios en lugar de los juzgados de paz*, Bosch, Barcelona 2023.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Tres tristes tigres... o haciendo luz en relación a la negociación en el nuevo marco jurídico del sistema estatal de resolución de conflictos. La negociación como eje de todos los medios adecuados de resolución de conflictos, como mecanismo autónomo y como técnica”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, núm. 1/2023.
- PEDRAZ PENALVA, E., “Los jueces de proximidad (sobre el anteproyecto de ley orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de organización territorial de la Administración de Justicia”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 8/2006.

- PERDIGUERO BAUTISTA, E., “La planta y Demarcación judicial española. Su necesaria reforma”, *Diario La Ley*, núm. 7429/2010.
- PÉREZ ESTRADA, M. J., “La justicia, ¿un servicio público?”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57/2022.
- PICÓ I JUNOY, J., “El juez de paz en España”, *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1/1997.
- RODRÍGUEZ RIVERA, FE., “La tradicionalmente llamada justicia municipal. Realidad actual y futuro de los Juzgados de paz”, *Tapia*, núm. septiembre 1992.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «El pacto de Estado para la reforma de la justicia», *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. 13/2001.
- SANTAYANA BUSTILLO, L., *El gobierno político de los pueblos de España. El corregidor, alcalde y juez y de ellos*, Madrid 1769.

Arbitraje y *blockchain*

(*Arbitration and blockchain*)

Ayllen Gil Seaton

Profesora Lectora de Derecho Procesal
Universitat Oberta de Catalunya

RESUMEN: Durante la última década, la tecnología *blockchain* ha permitido el desarrollo de una amplia variedad de mecanismos de resolución de controversias. Este artículo examina, en particular, la aplicación de la tecnología *blockchain* en el ámbito del arbitraje, con un enfoque en los desafíos procesales que presenta. Uno de los aspectos más interesantes generados por la aplicación de *blockchain* en el arbitraje es la posibilidad de reconocimiento y ejecución de las decisiones ante los tribunales estatales, aspecto que es desarrollado críticamente al final de este trabajo.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, *blockchain*, nuevas tecnologías, reconocimiento y ejecución.

ABSTRACT: In the past decade, blockchain technology has given rise to several dispute resolution mechanisms. This article aims to specifically analyse the application of blockchain in arbitration and the procedural challenges that it presents. The use of blockchain in arbitration raises an intriguing possibility for recognising and enforcing decisions before state courts. This aspect will be critically explored at the closing paragraphs.

KEYWORDS: Arbitration, blockchain, new technologies, enforcement and recognition.

Fecha de recepción: 7 de marzo de 2024

Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2024

Arbitraje y *blockchain*¹

(*Arbitration and blockchain*)

Ayllen Gil Seaton

Profesora Lectora de Derecho Procesal
Universitat Oberta de Catalunya

SUMARIO

Introducción. **1.** *Blockchain* aplicada al arbitraje. **1.1.** Breve referencia a la tecnología *blockchain*. **1.2.** Arbitraje *on-chain*. **1.3.** Arbitraje basado en *blockchain*. **2.** Kleros: experiencia, límites y desafíos procesales. **3.** Desafíos de la resolución de disputas basadas en *blockchain*. **3.1.** Reconocimiento y ejecución de la decisión. **3.2.** Confidencialidad. **4.** Conclusiones.

Introducción

No es noticia nueva la notoriedad alcanzada por la tecnología *blockchain* durante la última década. Un ejemplo representativo del crecimiento del mercado asociado a la *blockchain* es lo que ha ocurrido a partir del lanzamiento de Ethereum, registrándose en enero del año 2024 1.961.144 transacciones en el *blockchain Ethereum*². Ello, unido al

1 Este trabajo ha sido realizado gracias a la Ayuda de la Fundación Privada Serra Domínguez. Asimismo, en el marco del proyecto de investigación: Proyecto I+D «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación.

2 Etherscan, Ethereum Daily Transactions Chart, disponible electrónicamente <https://etherscan.io/chart/tx>, última visita 23/03/2024.

incremento de los activos digitales basados en esta tecnología, genera un aumento en la atención por parte de diferentes sectores de la sociedad.

Un informe de la OMC, ya en 2017, establecía que “si los proyectos que están en desarrollo tienen éxito, *Blockchain* podría convertirse en el futuro de la infraestructura comercial y el mayor disruptor para la industria del transporte marítimo y el comercio internacional desde la invención del contenedor”³. Por su parte, el Foro Económico mundial ha predicho que en 2027 el 10% del PIB mundial provendrá de redes de *blockchain*⁴.

En particular, la tecnología *blockchain* se ha promocionado como una solución a una amplia variedad de problemas principalmente vinculados a la centralización de los registros y la resolución de controversias.

Así, actualmente existen numerosos “intentos” para desarrollar procedimientos basados en *blockchain*, que se supone deben brindar una resolución de disputas rápida, confiable y a prueba de manipulaciones.

Este artículo investiga las posibilidades que ofrece la *blockchain* en el arbitraje; los procedimientos de resolución de disputas basados en *blockchain* existentes actualmente y, en particular, los desafíos procesales que plantean los procedimientos y plataformas actuales.

El artículo se desarrolla en tres secciones. En primer lugar, se aborda el estudio de los elementos principales de la doble aplicación de la *blockchain* al arbitraje. En segundo lugar, se revisará detalladamente el protocolo desarrollado por Kleros para la resolución de controversias por medio de arbitraje. Todo ello con el objeto de examinar la eficacia de las decisiones contenidas en las plataformas de resolución de controversias basadas en *blockchain*; los desafíos que plantean su reconocimiento y

3 GANNE, E., *Can Blockchain revolutionize international trade?*, disponible electrónicamente en www.wto.org, última visita 24/06/2023.

4 WORLD ECONOMIC FORUM: *Technology tipping points and societal impact* (2015)

ejecución; y las limitaciones del procedimiento desde un punto de vista procesal. Por último, el artículo concluye definiendo algunos problemas concretos y planteando propuestas de solución y desafíos futuros.

1. *Blockchain* aplicada al arbitraje

1.1. Breve referencia a la tecnología *blockchain*

La idea de *blockchain* surgió por primera vez a finales de 2008⁵, a partir de aquí se construye una referencia a esta tecnología bajo la idea de la “descentralización”

Si bien no existe una definición única de esta tecnología, la doctrina especializada, ha distinguido entre una concepción amplia y otra estricta, del término *blockchain*⁶. Así, en un sentido amplio, la *blockchain* se ha utilizado para describir un conjunto de tecnologías que permiten que los ordenadores de una red de pares se pongan de acuerdo sobre los datos compartidos⁷. En un sentido estricto, el término *blockchain* se refiere a la estructura de datos que la red *Distributed ledger technology* de datos compartidos adoptará (en adelante, DTL). Como explica Delgado, en una estructura de datos de *blockchain*, los datos están organizados en una serie de bloques interrelacionados y cada uno de ellos, contiene una fecha y un enlace al bloque anterior, generando como resultado, una cadena de bloques⁸.

5 SATOSHI NAKAMOTO, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, 2008, disponible en :<https://ssrn.com/abstract=3440802> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3440802>, última visita el 4/12/2023.

6 DELGADO DE MOLINA RIUS, A. “Blockchain: concepto, funcionamiento y aplicaciones”, en REMOLINA, NYDIA (dir), *Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 38.

7 DELGADO DE MOLINA RIUS, A., ob. cit., p. 38.

8 DELGADO DE MOLINA RIUS, A., ob. cit., p. 38.

La tecnología *Blockchain* utiliza dos componentes centrales para crear un registro persistente y a prueba de manipulaciones de las transacciones entre las partes cuya identidad ha sido autenticada. El primero, mediante el denominado *hash function*⁹, que enlaza los bloques de las transacciones. El segundo, que permite autenticar la identidad de las partes asociadas con cada transacción¹⁰. De esta manera, los datos se almacenan en bloques que se vinculan entre sí creando una cadena, mediante *hashes*, que vinculan los bloques de transacciones. Así, el *hash* del bloque anterior se incluye en los datos cubiertos por el nuevo bloque. De esta manera, los bloques se encadenan de forma segura¹¹.

No es el propósito de este artículo entrar en una explicación pormenorizada de la tecnología en sí misma, pero a efectos introductorios, se proveerá de una breve referencia de algunas de las características principales de la tecnología *blockchain*¹²: descentralización, inmutabilidad y anonimato.

En primer lugar, como uno de los pilares fundamentales de la tecnología *blockchain* se destaca la descentralización. La descentralización se refiere al hecho de que ninguna figura de autoridad participará en la validación de las transacciones individuales en una cadena de bloques. En un sistema descentralizado basado en *blockchain*, al no existir un

9 PILKINGTON, M., señala: “A hash function is a mathematical algorithm that takes an input and transforms it into an output”. PILKINGTON, M., “Blockchain Technology: Principles and Applications”. en *Research Handbook on Digital Transformations*. OLLEROS, X. y ZHEGU, M., Edward Elgar, 2016, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2662660>

10 BACON J., MICHELS, J., MILLARD, CH., SINGH, J. “Blockchain Demystified. An introduction to blockchain technology and its legal implications”, en *Legal Studies Research Paper*, núm. 268, 2017, pp. 6-9.

11 VAN DER LINDEN, T.. “ODR and Blockchain”, en *International Journal on Online Dispute Resolution*, vol. 4, nº 2, 2017, p. 57.

12 Para una referencia sencilla sobre esta tecnología puede consultarse: ROSIC, A.: *What is Blockchain Technology: A Step-By-Step Guide for Beginners*, en <https://blockgeeks.com/guides/what-is-blockchain-technology/>, última visita 28/6/2023.

tercero, las dos partes de la relación interactúan entre sí directamente en un plano de igualdad.

Como sistema descentralizado, la información no es almacenada por una sola entidad, de hecho –se afirma– que todos en la red son dueños de la información¹³. Esto permite un sistema que no requiere de la supervisión de autoridades o instituciones centralizadas, quienes serían reemplazados por los denominados mineros anónimos¹⁴.

El segundo elemento clave de esta tecnología es la inmutabilidad derivada justamente de la descentralización, ya que el proceso de verificación, una vez registrada la transacción en la cadena, hace que la alteración prácticamente imposible o en algunos casos muy difícil¹⁵. Lo que se garantiza con esta tecnología es que cualquier modificación en la información registrada con un *hash* pueda ser detectada.

Un avance interesante en el reconocimiento la inmutabilidad a nivel judicial, es la decisión emitida por el Juzgado de Internet de Hangzhou en China, que reconoce la validez como medio de prueba del registro de información en una *blockchain*, ya que permite comprobar datos de forma segura, inmutable y verificable¹⁶.

13 ROSIC, A., ob. cit.

14 SABIH, R., What Is Blockchain?, disponible electrónicamente en <https://medium.com/@sabih811/when-and-where-blockchain-comes-9a2ffe59edea>, última visita 15/10/23.

15 Hago esta aclaración, ya que se han identificado casos en que algunos registros de *blockchain* públicas han sido modificados y se ha planteado por parte de la doctrina alguna reserva respecto a la inmutabilidad de la cadena de bloques. Ver en este sentido: OLIVA LEÓN, R. “Transformación digital y tecnología de la justicia”, en REMOLINA, NYDIA (dir), *Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 474. Sobre posibilidad de vulnerar la inmutabilidad en las *blockchain* privadas, ver: GREENSPAN, G., “The Blockchain Immutability Myth”, disponible en <https://www.coindesk.com/markets/2017/05/09/the-blockchain-immutability-myth/>, última visita 22/03/2023.

16 LEAL, Andrea, “Corte de China acepta registros en blockchain como evidencia en caso de demanda”, disponible en <https://www.criptonoticias.com/judicial/>

El tercer elemento consiste en que las transacciones basadas en *blockchain* se realizan por medio de un intercambio anónimo, salvo que el usuario decida identificarse. De este modo, los usuarios en “*public blockchain*” tienen la capacidad de ocultarse mediante la “criptografía asimétrica”¹⁷. Aunque es técnicamente posible identificar al usuario, se afirma que es tremendamente costoso e impracticable. Así, la mayoría de las transacciones en *Ethereum* se producen entre partes que carecen de ubicación, nombre e identidad, aumentando las complicaciones jurisdiccionales con respecto a la resolución de las disputas¹⁸.

Si esto así, y la tecnología *blockchain* es un ancla para la siguiente fase en las transacciones comerciales a nivel global, será inevitable el surgimiento de nuevos tipos de controversias y con ello, entonces, será necesario revisar los mecanismos de resolución de estas controversias.

En esta ocasión se abordará el estudio en particular del arbitraje, en el que se reconocen expresamente dos formas de aplicación de la tecnología *blockchain*, planteándose, por una parte, el arbitraje *off-chain* (basado en *blockchain*) y el arbitraje *on-chain*, en los términos que se referirán más abajo.

El arbitraje basado en *blockchain* parece una solución prometedora y práctica para los contratos inteligentes autoejecutables, así como también para aquellas controversias que tengan lugar “fuera de la cadena” en donde la tecnología *blockchain* puede emplearse como un instrumento, herramienta o protocolo dentro de los mecanismos de resolución de controversias ya conocidos.

corte-china-acepta-registros-blockchain-evidencia-caso-demanda/, última visita el 22/03/2023.

17 BUCHWALD, M., “Smart Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain-Based Arbitration”, *University of Pennsylvania Law Review* 168, núm. 5, 2020, p. 1377.

18 BUCHWALD, M., “Smart Contract Dispute Resolution...”, ob. cit., p. 1379.

En este sentido, por medio del *blockchain* se podrían incentivar y facilitar nuevas posibilidades de resolución de disputas, mediante la creación de mecanismos privados descentralizados¹⁹ y/o mediante la aplicación de la tecnología como una herramienta en el proceso de resolución de disputas. No obstante, como se verá, su implementación en la práctica plantea una serie de desafíos para constituirse en un mecanismo eficaz y eficiente de resolución de controversias.

Antes de entrar en el análisis propuesto se debe advertir que existen una gran cantidad de plataformas privadas de resolución de disputas, como *Aragon Network Jurisdiction*, *OpenLaw*, *Rhubarb*, *JUR*, *Delphi*, *OpenCour* y *Kleros* que ofrecen una jurisdicción descentralizada para la resolución de las controversias empleando la tecnología *blockchain*. Se trata de mecanismos que pretenden garantizar la obtención de una solución, sin la necesidad de depender de procedimientos tradicionales de resolución de controversias. Dada la diversidad de posibles diseños de estas plataformas, no es posible plantear un único análisis legal representativo de todas ellas, en cambio, se empleará como parámetro principal de revisión el caso de *Kleros*, sin perjuicio de otras referencias puntuales.

1.2. Arbitraje *on-chain*

En este supuesto la *blockchain* funciona como infraestructura que permite que el arbitraje se integre dentro de la cadena y con ello, la resolución de la controversia también se registrará en la cadena y podrá ser ejecutado de forma automática²⁰. En estos casos se utilizará un contrato

19 VAN DER LINDEN, plantea dos maneras distintas en que se ha utilizado la tecnología *blockchain* en los ODR, véase: VAN DER LINDEN, T., “ODR and Blockchain”, en *International Journal on Online Dispute Resolution*, vol. 4, núm. 2, 2017, p. 58.

20 TASENDE, I., “Blockchain y arbitraje: un nuevo enfoque en la resolución de disputas. Especial énfasis en *smartcontracts* y criptodivisas”, en *Revista de Derecho*, núm. 22, 2020, p. 149.

inteligente para automatizar la aplicación del mecanismo de resolución de disputas.

Estos mecanismos a menudo funcionan como “oráculos”, en donde el resultado del procedimiento de resolución de disputas se incorporará a un contrato inteligente, que a su vez dará efecto al resultado en la cadena de bloques. Si bien, en estos casos, se reconoce un cierto grado de automatización, la mayoría de estos sistemas dependen de la toma de decisiones humana y se basan en un marco teórico de juegos²¹, como se ilustrará en los apartados siguientes.

La mayoría de las plataformas privadas de resolución de conflictos ofrecen un protocolo de resolución de conflictos *on-chain*, y pueden desarrollarse de dos maneras: de forma automática, basándose en una tecnología predictiva, o bien, mediante un sistema de jurados.

Por ejemplo, en el caso del arbitraje de Kleros, la resolución de la controversia proviene de un grupo de jurados descentralizado capaz de tomar decisiones al aplicar un conjunto de reglas a preguntas que escalan en complejidad. En otros casos, la respuesta es más sencilla y hace referencia a la noción del “oráculo”, que es una fuente externa de información a la que un contrato inteligente puede hacer referencia y extraer inferencias, por tanto, la solución se obtiene utilizando una tecnología predictiva.

La automatización de la decisión por medio de un oráculo funciona de una manera simple, por medio de una fuente externa de información. A modo de ejemplo, piénsese en el contrato por el que un viajero compra un billete de avión codificado en un *smart contract*. Este *smart contract* puede utilizar los datos relacionados con la hora de salida

21 Por esta razón, se identifican como “resolución inteligente de disputas”. PALOMBO A., BATTAGLINI R. y CANTISANI L., “A Blockchain-Based Smart Dispute Resolution Method,” en DIMATTEO et al. (eds), *The Cambridge Handbook of Lawyering in the Digital Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 122.

y llegada del vuelo como un oráculo para determinar si el vuelo cumplió o no con el horario previsto. Si, sobre la base de esa información, parece que se produjo un retraso, el *smart contract* podría programarse para transferir inmediatamente una compensación al viaje²².

Este mecanismo puede fácilmente aplicarse al arbitraje, permitiendo la automatización del procedimiento. Simplemente se remitirá la decisión a un árbitro o tribunal arbitral, determinando el destinatario de los activos contenidos en la resolución dictada por el oráculo.

En términos generales, en las plataformas²³ de resolución de conflictos *on-chain*, será necesario que las partes prevean el arbitraje para la resolución de disputas y designen a la plataforma que lo desarrollará en el *smart contract*. Dependiendo de la plataforma de que se trate, ciertos elementos procesales podrán también ser especificados de manera previa, como por ejemplo: el número de jurados, la creación de una sub corte especializada, entre otros²⁴. Luego, la forma en que se iniciará el arbitraje, la selección de los jurados, como se procede la evidencia y su valoración y la posibilidad de apelación o no, también varía según la plataforma elegida.

Esta forma de solución de conflictos no está exenta de cuestionamientos. Si bien las distintas plataformas existentes funcionan de maneras diversas, en términos generales, persisten las preguntas en torno a la independencia y la imparcialidad de la decisión; la calidad de la toma de decisiones y su posterior ejecución. En la última sección de este trabajo se volverá sobre estas cuestiones.

22 ORTOLANI, P. “The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads”, *Uniform Law Review*, vol. 24, 2019, p. 439. Es inevitable, en este caso, cuestionar si efectivamente estamos ante un arbitraje en cadena o bien, otra forma de resolución de conflictos, aspecto que me limito a apuntar en esta oportunidad atendida la extensión de este trabajo.

23 Véase por ejemplo: OpenLaw, Rhubarb, JUR, Delphi, Matterum y Kleros.

24 BUCHWALD, M., “Smart Contract Dispute Resolution...”, ob. cit., p. 1386.

1.3. Arbitraje basado en *blockchain*

El supuesto planteado en el apartado anterior, puede funcionar en casos de volumen y/o baja cuantía; por ejemplo en conflictos de consumo, nombres de dominio o en casos de moderación de contenido gestionado por las plataformas en línea. Sin embargo, puede no ser adecuado para determinados conflictos que por su complejidad y/o cuantía obligan a las partes a acudir a un arbitraje o litigio tradicional. En estos casos, es muy probable que las partes de la controversia no acepten someter la decisión a un sistema de oráculos, o a un sistema en base a tecnología predictiva, o incluso, a un grupo de jurados sin formación jurídica.

Para estos casos, se proyecta un nuevo esquema en el contexto de la resolución de controversias, acudir a un arbitraje institucional o *ad hoc*, tal y como se conoce actualmente, pero con algunas particularidades, ya que el procedimiento se basaría en la tecnología *blockchain*.

Se plantea así la posibilidad de gestionar un procedimiento arbitral en términos más eficientes, en términos de costos y duración, y obtener un laudo arbitral que puede registrarse en la cadena y ser autoejecutable²⁵. Así, se obtendría un laudo que produce efectos *on-chain* y *off-chain*, susceptible de someterse a los procedimientos de ejecución tradicionales. De esta manera se ofrece obtener una decisión vinculante y ejecutable ante los tribunales estatales. Un ejemplo de plataforma con este esquema es Matterum²⁶.

A pesar del atractivo que supone obtener una decisión basada en *blockchain* y autoejecutable, su implementación en la práctica puede ser muy desafiante, principalmente porque los activos que aseguren

25 Un estudio pormenorizado sobre esta característica puede revisarse en: Tan, Jun Hong. "Blockchain "Arbitration" for NFT-Related Disputes", en *Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal)*, vol. 16, n° 1, May 2023, pp. 166-169.

26 <https://matterum.com/how-it-works/>, última visita 4/12/2023.

esta autoejecución deben permanecer congelados y disponibles hasta la obtención del laudo, de lo contrario no podría asegurarse la ejecución automática. Este supuesto, aunque posible, puede no resultar viable económicamente para todas las empresas o partes involucradas en la eventual disputa.

No obstante, aunque parece una opción difícil de aplicar masivamente, con la rápida evolución de la tecnología, la posibilidad de un arbitraje de estas características no debería descartarse.

Por último, también habría de considerarse la posibilidad de aplicar la tecnología *blockchain* en alguna etapa del procedimiento arbitral que contribuya a alcanzar la eficiencia de éste. Precisamente, Kleros ha planteado la posibilidad de utilizar la plataforma no como un sistema independiente sino como una herramienta para la resolución de disputas²⁷. De esta manera se plantea integrar el sistema de *blockchain* dentro de mecanismos como el arbitraje. Aquí, el desafío principal pasará por la capacidad de los operadores jurídicos y de las instituciones arbitrales de adaptar sus reglamentos y, en definitiva, de implementar estas herramientas en sus procedimientos.

2. Kleros: experiencia, límites y desafíos procesales

Esta plataforma ha sido escogida para su análisis por dos razones: en primer lugar, se trata de uno de los proveedores vigentes cuya plataforma se encuentra más desarrollada, en segundo lugar, ya que reciente-

27 VIRUES, M., “Accommodating Kleros as a Decentralised Dispute Resolution Tool for civil justice systems: Theoretical Model and case of application”, disponible electrónicamente en <https://ipfs.kleros.io/ipfs/QmfNrgSVE9bb17KzEVFoGf4KKA1Ekaht7ioLjYzheZ6prE/Accommodating Kleros as a Decentralized Dispute Resolution Tool for Civil Justice Systems – Theoretical Model and Case of Application – Mauricio Virues – Kleros Fellowship of Justice.pdf>.

mente, en un caso piloto, se ha obtenido el reconocimiento y ejecución de un laudo regido por el protocolo Kleros ante un tribunal nacional²⁸.

Kleros utiliza la teoría de juegos y la *blockchain* en un protocolo de arbitraje que señala como susceptible de ser aplicado a la resolución de controversias en diversas áreas como: el comercio electrónico, finanzas, seguros, viajes, comercio internacional, protección al consumidor, propiedad intelectual y academia.

Según se expresa en su página web²⁹, Kleros, en primer lugar, se ha configurado como un protocolo de resolución de conflictos en línea en el que todas las transacciones relacionadas con la plataforma deben involucrar inicialmente la criptomoneda *Ethereum*. En cuanto a la formación del consentimiento³⁰, éste quedará contenido en el contrato, ya que se debe prever dentro del *smart contract* la resolución de disputas por medio de arbitraje, y, por tanto, la parte contratante deberá registrar la existencia de la disputa³¹. Con ello, la controversia se dirigirá a Kleros.

La resolución de la controversia, en este caso, proviene de un tercero descentralizado conformado por un panel de jurados elegidos conforme a un procedimiento previsto en la propia plataforma. Este grupo de posibles jurados está compuesto por personas de todo el mundo que poseen un token patentado de Kleros, llamado *pinakion*. Las personas que quieran servir como jurados en cualquier tribunal de Kleros deben, entonces, tener este *pinakion*.

28 VIRUES, M., ob. cit.

29 <https://kleros.io/>

30 Me limito a proporcionar una breve referencia descriptiva, sin entrar a analizar la validez o no de la formación del consentimiento en este contexto. Puede consultarse en este sentido: BARCELÓ COMTE, R. “El impacto de la tecnología *blockchain* en la contratación privada: ¿hacia una contratación inteligente?”, en *IDP: revista d’Internet, dret i política*, n° 33, 2021.

31 GIL SEATON A., “ODR de consumo y Blockchain”, en *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*, Vlex, n°9, Julio, 2021.

De esta manera, un rasgo esencial en el protocolo de Kleros es la descentralización tanto en términos de territorio como personas.

Ahora bien, la plataforma en análisis ofrece diferentes servicios, uno de ellos es el arbitraje de Kleros. Kleros como un mecanismo de arbitraje, cuya decisión podrá ser reconocido legalmente como un laudo arbitral susceptible de ejecución. Se trata de un arbitraje que prevé el pago de una tarifa para compensar el trabajo de los “jurados”, para ello, el *smart contract* determinará qué parte pagará la tarifa de arbitraje recurriendo a diferentes reglas para su determinación. Para utilizar este arbitraje las partes deben designar a Kleros como tribunal arbitral para la resolución de las controversias que puedan surgir, definir además el tipo de tribunal y el número de jurados que lo compondrán. De esta manera, cuando surge la disputa, Kleros asigna aleatoriamente a un jurado de expertos, que analizarán la evidencia y votarán por un veredicto.

En este arbitraje, los jurados ya elegidos para la resolución de la controversia adoptan su decisión conforme a un procedimiento particular guiado por una combinación de criptoeconomía y teoría de juegos. En este punto, Kleros se basa en el *Schelling Point* para evitar que los miembros del jurado tomen decisiones arbitrarias y aleatorias. El *Schelling Point* se administra exigiendo que los jurados pongan algunas de sus tenencias de pinakion en custodia mientras se resuelve la disputa. A los jurados que están en la mayoría de decisión se les devolverán sus tokens en custodia y cualquier jurado que esté en la minoría perderá sus tokens para la redistribución prorrateada a los jurados mayoritarios. Tal como explica el fundador de la plataforma: la expectativa es que los miembros del jurado adopten decisiones fundamentadas e informadas y voten la respuesta verdadera, porque esperan que otros voten, también, por la respuesta verdadera. En este caso, el *Schelling point* es la honestidad³².

Después de evaluar la evidencia, los miembros del jurado comprometen su voto y recién cuando finaliza la votación, deben obligato-

32 https://kleros.io/static/whitepaper_es-fcff5e8e17ccc03edb35aee9e95a484c.pdf

riamente revelarlo. A partir de ese momento, Kleros, por medio de un *smart contract*, verificará que el voto coincide con el compromiso previo, pero todavía no será visible para otros miembros del jurado ni para las partes³³. Esto evita que el voto de un jurado pueda influir en los votos de los demás. Finalmente, se agregan los votos y se autoejecuta la decisión adoptada por mayoría de votos.

La circunstancia que la decisión sea autoejecutable no significa necesariamente que el resultado sea el esperado, y por tanto, una de las partes puede no estar satisfecha, y decidir apelar de la disputa para que se resuelva nuevamente. En Kleros, cada apelación sucesiva duplica el número de jurados y, por lo tanto, la tarifa de arbitraje inicial. Este sistema de duplicación de costos tiene como objetivo desincentivar la apelación excesiva.

El servicio de arbitraje de Kleros no está exento de críticas³⁴ y aunque son bastantes las preguntas que desde un plano estrictamente procesal pueden plantearse, en esta oportunidad el estudio se centrará solo en alguna de ellas, las que se plantearán como desafíos y que podrían perfectamente afirmarse respecto de prácticamente todas las plataformas existentes basadas en *blockchain*.

3. Desafíos de la resolución de disputas basadas en *blockchain*

3.1. Reconocimiento y ejecución de la decisión

Al igual como ocurre en el arbitraje en general, la pregunta por la ejecución del laudo es de vital importancia a la hora de elegir este mecanismo de resolución de conflictos y asegurar su eficacia.

33 https://kleros.io/static/whitepaper_es-fcff5e8e17ccc03edb35aee9e95a484c.pdf

34 METZGER, J., “Decentralized Justice in the Era of Blockchain”, en *International Journal of Online Dispute Resolution*, Issue 1-2, 2018.

El problema que se plantea con aquellas plataformas que emplean la tecnología *blockchain* para la obtención del laudo es la eventual marginación de los procedimientos de reconocimiento y ejecución.

La autoejecución de un laudo o la incorporación de un laudo en la cadena de bloques, podría poner en riesgo el control de valores, tales como el orden público, ejercido por los Estados por medio del procedimiento de reconocimiento. Ahora bien, aunque el laudo se ejecute automáticamente, debería entenderse siempre abierta la posibilidad de acudir a la justicia estatal para volver a discutir la controversia, de lo contrario se estaría limitando el acceso a la justicia de los ciudadanos.

Fuera de los casos en que se obtiene una decisión completamente automatizada, en un procedimiento basado en la tecnología de *blockchain*, sigue siendo una cuestión problemática definir si esta decisión puede ser objeto de reconocimiento y ejecución ante los tribunales estatales, conforme a la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

En este punto, es necesario diferenciar dos escenarios posibles: el primero, en el que deberá resolverse si el procedimiento objeto de análisis cumple con los requisitos para ser considerado un arbitraje y la decisión obtenida en el mismo puede calificarse como laudo arbitral para los efectos de su reconocimiento y ejecución; el segundo escenario, en el que pese a calificarse el procedimiento como arbitraje y su resultado como un laudo, el reconocimiento y ejecución del mismo sea denegado. Ambos escenarios se enunciarán brevemente en los párrafos siguientes.

En cuanto al primer escenario, si se consideran las principales características del arbitraje como: la voluntariedad de las partes de someterse a arbitraje, la flexibilidad del procedimiento, el tribunal arbitral que resuelve la controversia y el laudo arbitral vinculante, es posible que un procedimiento basado en *blockchain* cumpla con todas estas características³⁵ y, por

35 La afirmación no pretende ser una conclusión “general”, ya que va a depender de las características y tipos de procedimientos diseñados por las diferentes plata-

tanto, se pueda entender como un arbitraje y ser objeto de reconocimiento y ejecución.

Sin embargo, otros procedimientos *on-chain* (autoejecutables) podrían no satisfacer estos requisitos básicos y no producirán efectos jurídicamente vinculantes, excluyendo la posibilidad de reconocimiento y ejecución, obligando a plantear otras formas de control por parte de los Estados.

Centrando la atención en aquellos esquemas que pueden calificarse como arbitraje basado en *blockchain*, jurídicamente vinculantes y cuya decisión pretenda ejecutarse ante un tribunal nacional, hay dos aspectos que son realmente sensibles a la hora de calificar el procedimiento como arbitraje y la decisión como un laudo arbitral: la imparcialidad e independencia de los árbitros y las reglas o estándares conforme a los cuales se debe resolver la disputa.

Si se piensa en los esfuerzos realizados a nivel internacional³⁶ para asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros, resulta difícil no revisar bajo estos parámetros los arbitrajes basados en *blockchain*. De estos requisitos, uno de los aspectos más relevantes es asegurar la ausencia de interés financiero en el resultado del caso por parte de los árbitros.

Cuando se obtiene un laudo por medio de un tribunal de jurados o *árbitros*, normalmente se configura bajo un esquema basado en incentivos económicos para los poseedores de *tokens*. Así, los integrantes de ese “tribunal” obtienen una ganancia si optan por la decisión “correcta”. En estos casos, es evidente que la ganancia económica de quienes resuelven depende de cuál de las posiciones de las partes prevalezca³⁷, es

formas existentes.

36 Solo a modo de ejemplo: Art. 12 Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional; Directrices IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional; art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

37 ORTOLANI, P., “Chapter 21 Recognition and Enforcement of the Outcome of Blockchain-Based Dispute Resolution”, en *Blockchain and Private International*

decir, según cómo se resuelva la disputa podrán ganar o perder económicamente, resultando difícil asegurar la garantía de la independencia e imparcialidad.

Una circunstancia adicional pone todavía más en entredicho esta característica del arbitraje: la ausencia de reglas o estándares sustantivos para resolver la disputa.

Así, un aspecto podría poner en peligro el reconocimiento y la exigibilidad de las decisiones obtenidas en estos procedimientos es su descentralización. Y más concretamente, si acaso pueden considerarse como “laudos extranjeros” en los términos requeridos por la Convención de Nueva York.

Sobre este punto, en concreto en relación a la plataforma Kleros se ha sostenido que, al ser esencialmente descentralizado, sus decisiones no pueden ser adscritas ni relacionadas con ningún Estado en particular y, por exclusión lógica, ninguno de los Estados contratantes puede considerarlas extranjeras³⁸.

Ahora bien, lo realmente relevante no parece ser la descentralización o ausencia de normas jurídicas en la decisión, si no la falta de voluntad expresa de las partes en orden a definir el marco sobre el cual se va a resolver la controversia. Al igual como ocurre en el arbitraje tradicional, no debería existir un inconveniente para que las partes acuerden que la decisión sea resuelta conforme a la equidad u otros estándares, lo importante es pactarlo previamente.

En el mismo sentido, Ortolani, concluye que cuando el mecanismo de resolución de disputas basado en *blockchain* se resuelve *ex aequo et bono*, para que pueda ser calificado como arbitraje –al menos bajo los

Law, Brill | Nijhoff, Leiden, The Netherlands, 2023, p. 660.

38 VIRUES, M., ob. cit.

estándares de la Ley Modelo— debe existir un acuerdo expreso de las partes en este sentido³⁹.

Por tanto, si la decisión obtenida en un arbitraje basado en *blockchain* proviene de un grupo de árbitros, que resuelven por medio de un procedimiento estandarizado, aplicando normas jurídicas u otros estándares expresamente pactados, como la equidad, podrían considerarse como arbitrajes y sus decisiones como laudos arbitrales susceptibles de ejecución ante los tribunales estatales.

El cuanto al segundo escenario planteado, es decir, aquellos casos en que los procedimientos puedan ser considerados como arbitraje y sus decisiones como laudos arbitrales, existen una serie de circunstancias que podrían conducir a una denegación del reconocimiento y ejecución del laudo. Escapa a los fines de este trabajo hacer un análisis exhaustivo de todos los motivos posibles, por lo que únicamente se presentarán brevemente aquellos que resultan más relevantes en materia de *blockchain*.

En virtud del Artículo V (1) (a) de la Convención de Nueva York, el reconocimiento y ejecución, los laudos podrían ser denegados si no existe un acuerdo o convenio arbitral válido. Como en cualquier arbitraje la voluntad de someter la controversia a este mecanismo de solución de controversias debe ser clara, independiente de la forma en que conste. Por tanto, cualquiera de las plataformas que provea un sistema de arbitraje basado en *blockchain* deberá ser capaz de demostrar la clara intención de las partes de resolver la controversia por medio de un arbitraje vinculante, de lo contrario, es muy probable que su reconocimiento y ejecución sea denegado.

Otro posible motivo de impugnación dice relación con la necesidad de motivar las decisiones adoptadas. De conformidad con el artículo 31(2) de la Ley Modelo, un laudo debe motivarse, a menos que las par-

39 ORTOLANI, P., “Chapter 21 Recognition and...” ob. cit., p. 661.

tes acuerden no motivarlo, por lo que es un aspecto que deberán tener en cuenta las plataformas de arbitraje basadas en *blockchain*.

Por lo general, los proveedores de servicios de arbitraje *Blockchain* no exigen estrictamente que los jurados razonen sus decisiones. En el caso de Kleros «deben dar a las partes una declaración de los motivos en los que se basa la decisión», y «están obligados a proporcionar un breve texto explicando su voto»⁴⁰, por lo que en ese caso podría entenderse cumplido el requisito de la motivación de la decisión. En todo caso, habrá de valorarse caso a caso.

Otro motivo por el cual podría negarse el reconocimiento y ejecución de estos laudos arbitrales, dice relación con la posible vulneración de las garantías procesales de las partes. De conformidad al art. V (2) (b) las partes podrían alegar esta vulneración bajo el motivo de infracción del orden público, por infracción del debido proceso, o bien, de conformidad con el art. V (1) (b) cuando señala que la parte “de otro modo sería incapaz de presentar su caso”.

Determinar la vulneración en este caso, dependerá de cada supuesto en concreto y de cómo se hayan configurado los estándares mínimos del procedimiento arbitral. No obstante, hay algunas características que se han identificado en los procedimientos basados en *blockchain* que pueden aportar una idea en este sentido.

Dentro de la dialéctica del proceso y, también del arbitraje, la idea básica es que dos partes tienen la oportunidad de formular sus pretensiones, exponer sus intereses, acreditar sus afirmaciones y argumentos ante un tercero y, a su vez, tienen la oportunidad de formular alegaciones respecto de las pretensiones de la otra parte. De esta forma, ambas partes, en igualdad de condiciones tienen incentivos para exponer todos los hechos necesarios para que el tercero se pronuncie de acuerdo con el

40 THE KLEROS HANDBOOK OF DECENTRALIZED JUSTICE 271, 2020, <https://kleros.io/book.pdf>.

derecho sustantivo pertinente⁴¹. En las plataformas objeto de estudio los litigantes tienen una oportunidad mínima para definir el objeto de la controversia. Si bien el formato difiere según la plataforma de que se trate, cada aplicación exige que ambas partes carguen alguna versión de una «declaración de hechos», normalmente por escrito, limitándose la posibilidad de una audiencia oral.

En cuanto a la proposición y práctica de la prueba, esta normalmente está limitada, en cuanto a medios y forma de producción⁴², por lo que podría eventualmente vulnerarse el derecho a la prueba.

Después de analizar las diferentes limitaciones observadas en cuanto al posible reconocimiento y ejecución de las decisiones obtenidas en procedimientos basados en *blockchain*, es importante destacar que hay soluciones y medidas de mejora posibles, tanto para obtener el reconocimiento y ejecución como para evitar la denegación de la ejecución. Quedará por ver, entonces, como se desarrolla en la práctica por los tribunales.

3.2. Confidencialidad

Particularmente relevante en el arbitraje es la confidencialidad que puede proporcionar el procedimiento a las partes. La tecnología *blockchain* permite la transferencia de datos de forma segura y resuelve la problemática generada cuando el conflicto involucra a partes de diferentes jurisdicciones cuyas normativas en materia de protección de datos también son diversas. En este sentido, aquellas plataformas que emplean una *blockchain* privada autorizadas son la solución óptima para brindar un mayor nivel de privacidad y confidencialidad a los partici-

41 Bjorling, E., “In the procedural surroundings of consumer protection: Online dispute resolution, the adversarial principle, and tendencies toward settlement”, en *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 13, n° 2, 2019, pp. 311-338.

42 BUCHWALD, M., ob. cit. p. 1388

pantes en el proceso de arbitraje, ya que solo se compartirá e intercambiará la información con aquellos que estén autorizados para acceder.

Con todo, en determinado contextos, por ejemplo en los litigios relacionados con las NFT, en que puede existir un acuerdo de arbitraje entre las partes, la privacidad puede resultar vulnerada. En este caso, hay dos acuerdos posibles que podrían poner en juego la privacidad de las partes involucradas: el primero entre las partes en la transacción; y, el segundo, entre las plataformas de negociación y sus usuarios⁴³. Cuando un hacker accede a la cuenta de un usuario sin autorización y transfiere todos los activos de las cuentas de ese usuario a su monedero privado, obviamente no existirá un acuerdo de arbitraje entre el hacker y la plataforma de negociación, y, mucho menos, entre la víctima y el hacker, vulnerándose completamente la privacidad y cualquier acuerdo de confidencialidad de las partes del conflicto inicial.

Asimismo, hay ocasiones en que la ventaja de la privacidad y confidencialidad podría vulnerarse cuando se transmite la información o cuando se plantea la posibilidad de revisión de la decisión de un arbitraje basado en *blockchain*. Ya sea que se trate de un laudo obtenido por tecnología predictiva o por medio de un sistema de jurados, la idea de someterlo a la revisión de un tercero centralizado vulnera algunas de las ventajas que ofrecen las plataformas de resolución de conflictos que emplean la tecnología *blockchain*, como por ejemplo la confidencialidad y privacidad.

Por último, al igual como ocurre en el arbitraje institucional o ad hoc, la confidencialidad no puede ser asumida como un rasgo inherente al arbitraje, sino que requiere de una adecuada regulación o acuerdo entre las partes que establezca claramente aquello que se mantendrá confidencial, quienes están obligados a resguardarlo y las consecuencias de su incumplimiento.

43 Tan, Jun Hong, "Blockchain "Arbitration" for NFT-Related Disputes", en *Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal)*, vol. 16, n° 1, 2023, p. 170.

4. Conclusiones

Las tecnologías disponibles ofrecen una oportunidad sin precedentes para fomentar el desarrollo de los mecanismos de resolución de controversias y, en concreto, del arbitraje. Este artículo ha analizado la interacción de la *blockchain* con dos modelos de arbitraje que pretenden agregar valor a los procesos de resolución de conflictos y, en definitiva, hacer de estos procedimientos opciones más eficientes.

Uno de los modelos estudiados, el arbitraje *on-chain*, tiene como principal característica el potencial de autoejecución dentro de la cadena, evitando la necesidad de recurrir a procedimientos de ejecución tradicionales ante tribunales estatales. Estos procedimientos, al mismo tiempo que crean alternativas más rápidas para las partes, ponen en duda la aplicabilidad de los procedimientos de reconocimiento y ejecución estatales.

El segundo modelo, de arbitraje basado en *blockchain*, pretende unir lo mejor del arbitraje tradicional y las ventajas de la tecnología aplicada al procedimiento, permitiendo que sus decisiones puedan ser autoejecutadas, pero también puedan producir resultados fuera de la cadena.

La posibilidad de obtener el reconocimiento y ejecución de una decisión obtenida en un arbitraje basado en *blockchain* ha obligado a revisar cómo estas decisiones interactúan con los requisitos establecidos en la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de los laudos. Sin perjuicio, de las particularidades que deben tenerse en cuenta en cada caso, de las principales limitaciones reconocidas para obtener el reconocimiento y ejecución prácticamente todos podrían resolverse en el convenio arbitral o con la correcta configuración del procedimiento en las plataformas respectivas.

Por todo lo anterior, la interacción en el futuro de la tecnología de *blockchain* con el arbitraje y los procedimientos de reconocimiento y ejecución de los laudos podría aumentar, pese a la incertidumbre actual.

Quizás es realista imaginar que, en un futuro cercano, las principales instituciones arbitrales considerarán adaptar sus reglas actuales a las necesidades del arbitraje de contratos inteligentes y las partes opten por estas formas de solución de controversias con mayor frecuencia.

De momento, la información sobre la aplicación práctica de estos mecanismos es escasa, y la respuesta de los tribunales estatales no conocida. Contribuir en este sentido, es una de las exceptivas de este trabajo.

La cadena de custodia: configuración jurídica y estado actual de la cuestión

(Chain of custody: its legal construction and current status)

Andrea Jamardo Lorenzo

Doctora en Derecho. Derecho Procesal
Universidad de León

RESUMEN: Fruto de razones diversas, constituye la cadena de custodia una realidad compleja cuyo interés no ha hecho sino crecer con el tiempo. Siendo el fin último del presente trabajo dar respuesta al interrogante de cómo ha de ser entendida ésta en nuestro ordenamiento jurídico en el momento presente, se realiza un examen minucioso de la construcción jurisprudencial de la figura y de su evolución en las diversas etapas que cabe diferenciar. Asimismo se expone la perspectiva doctrinal acorde a dichas etapas, concluyendo con una serie de reflexiones y propuestas de *lege ferenda*.

PALABRAS CLAVE: cadena de custodia; configuración legal; desarrollo jurisprudencial; mismidad de la prueba; propuestas de *lege ferenda*; prueba tecnológica.

ABSTRACT: The chain of custody is, due to different reasons, a complex reality whose interest has only grown over the years. The ultimate aim of this paper is to provide an answer to the question of how it should be understood the chain of custody in our legal system. To this purpose, a precise analysis of its case law construction and evolution of the figure in different stages is made. The doctrinal approach according to these stages is also presented, concluding with a series of reflections and *lege ferenda* proposals.

KEYWORDS: chain of custody; case law development; digital evidence; legal framework; *lege ferenda* proposals; sameness of evidence.

Fecha de recepción: 11 de marzo de 2024

Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2024

La cadena de custodia: configuración jurídica y estado actual de la cuestión

(Chain of custody: its legal construction and current status)

Andrea Jamardo Lorenzo

Doctora en Derecho. Derecho Procesal
Universidad de León

SUMARIO

1. El heterogéneo y fragmentario marco normativo como base. **2.** Construcción jurisprudencial de la figura de la cadena de custodia y evolución. **2.1.** Primera etapa: El origen de la cadena de custodia. **2.2.** Segunda etapa: El avance en algunos puntos específicos. **2.3.** Tercera etapa: La consolidación de los elementos esenciales de la cadena de custodia. **3.** Incorporación de la perspectiva doctrinal al debate. **3.1.** La doctrina científica frente a la tesis de la mismidad de la prueba en el marco conceptual de la cadena de custodia. **3.2.** La doctrina científica frente a la vertiente formal: la cadena de custodia como garantía de la prueba. **3.2.1.** La corrección de la cadena de custodia. **3.2.2.** Posibles contingencias en su desarrollo y las consecuencias jurídicas de su ruptura. **3.2.3.** Impugnación de la cadena de custodia y carga de la prueba. **3.2.4.** Cadena de custodia y valoración de la prueba. **3.3.** La doctrina científica frente a la vertiente material: los actos que integran la cadena de custodia. **4.** Algunas reflexiones y propuestas. **4.1.** Una reflexión en torno a la cadena de custodia tecnológica. **4.2.** Análisis prospectivo-legal de la figura de la cadena de custodia. **4.2.1.** Valoración crítica de la regulación proyectada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. **4.2.2.** Algunas propuestas de *lege ferenda*. **5.** Conclusiones. **6.** Bibliografía.

1. El heterogéneo y fragmentario marco normativo como base

La tarea de afrontar un estudio sobre la institución de la cadena de custodia se percibe muy oportuna en la actualidad y ello considerando especialmente la situación de orfandad legal o, si se prefiere, la ausencia de una regulación procesal expresa y unitaria.

Efectivamente, no puede afirmarse una absoluta orfandad legal, por cuanto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) es posible identificar una regulación indirecta de la cadena de custodia. En tal sentido se predica su carácter fragmentario, el cual deriva directamente de esta ausencia de regulación expresa y se manifiesta en atención a las diversas referencias indirectas y sectoriales que contiene nuestra LECrim. A su vez, la heterogeneidad emana de la pluralidad de textos normativos que regulan ciertos aspectos de la cadena de custodia, haciendo hincapié en que esto se produce no sólo desde el plano legal—donde las referencias son, en efecto, escasas— sino y fundamentalmente desde la perspectiva reglamentaria e institucional.

Esta situación normativa impulsó directamente la actividad jurisprudencial de cara a la construcción jurídica de esta figura, hecho que—asimismo— ha causado la profundización de los esfuerzos doctrinales en los últimos años. Y es que precisamente la pertinencia de un estudio científico sobre la cadena de custodia se concreta suficientemente en base a estos tres aspectos esenciales en el estado actual de la cuestión y determinantes en su estudio: primero, la ausencia de regulación expresa en la materia; segundo, la respuesta que han ido ofreciendo nuestros juzgados y tribunales a lo largo de los años; y tercero, la inquietud sobre la materia generada también en la doctrina científica.

Y es aquí donde ha de realizarse una aclaración previa respecto de la estructura de este trabajo. La exposición del mismo parte de un exhaustivo análisis jurisprudencial, imprescindible éste por razón del origen jurisprudencial de la construcción jurídica de la cadena de custo-

dia. Es por ello importante subrayar que el trabajo efectuado constituye una minuciosa tarea de análisis de la construcción jurisprudencial y no de mera recopilación. Oportuno es adelantar que el resultado de esta construcción concluyó en la formulación de una serie de etapas que responden a la elaboración de un esquema propio que estructura la evolución jurisprudencial en materia de cadena de custodia.

El papel de la jurisprudencia fue, por tanto, decisivo en la construcción jurídica de esta figura. Y es natural que haya adoptado un papel excesivamente activo a causa de la situación normativa, aunque ciertamente la tarea de remediar la problemática derivada de la ausencia de regulación corresponde, desde luego, al legislador.

Pese a la situación normativa o, quizás, gracias a ella en cierto modo, la cadena de custodia es una de las instituciones procesales que obtiene una atención considerable por parte de la doctrina hoy en día. Otra de las causas de su apogeo responde al alto grado de desarrollo jurisprudencial alcanzado. Y es que también la ciencia procesalista ostenta un papel fundamental en su construcción jurídica, al menos a fin de subrayar las preocupaciones e inconvenientes que surgen ante un escenario como el actual y que han de ser resueltas con prontitud. Pero la profundización doctrinal en la temática es relativamente reciente, lo que sin duda la sitúa de algún modo ante una llegada tardía.

Verdad a medias es la observación acerca de la llegada tardía de los estudios doctrinales en la materia. Si bien es cierto que la doctrina científica se ha mantenido generalmente al margen hasta fechas recientes, tampoco podemos negar los esfuerzos realizados, aunque superficiales, por diversos autores con anterioridad al despunte actual¹. Sin

1 MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 376-377; GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 309 y ss. En ambos trabajos, los autores vinculan la cadena de custodia con la prueba preconstituida y dedican una breve reflexión a la figura de la cadena de custodia.

embargo, el tratamiento ofrecido entonces comúnmente se localizaba en apartados de obras cuyo fin principal era otro. Pero no por ello debemos obviar su importancia. Si bien la complejidad de la temática demanda ahora un tratamiento sólido y profundo de la materia.

Volviendo sobre el marco normativo, ha sido dicho anteriormente que la cadena de custodia no dispone hasta el momento de una regulación procesal expresa. A pesar de lo anterior, lo cierto es que sí existe cierta voluntad legislativa y quizá una regulación al efecto se haga realidad próximamente. Ciertos hechos sucedidos a lo largo de los últimos años en el plano legislativo respaldan esta afirmación. Me estoy refiriendo, en concreto, a los dos intentos –ahora frustrados– de incorporar en la LECrim la tan esperada regulación procesal expresa. Sucedió esto con los Anteproyectos de LECrim (en adelante ALECRim) de 2011 y 2020. Aunque no han aportado todavía el éxito legislativo que merece la institución de la cadena de custodia, estos dos hitos reflejan una realidad innegable: la cadena de custodia está presente en los intereses legislativos contemporáneos.

Sin embargo, su configuración actual en la LECrim no va más allá de una regulación muy indirecta. Sin ir más lejos, en nuestra ley procesal penal solamente hay una referencia expresa a la cadena de custodia. Referencia, por otro lado, que no arroja claridad alguna sobre la figura analizada². Es por ello que examinar la regulación de la cadena de custodia en la LECrim debe realizarse sobre la base de ciertos preceptos

2 En el año 2010 se introduce el término cadena de custodia en la LECrim a través de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Curiosamente esta introducción proviene de una reforma operada en el CP (aunque con incidencia, claro está, en la LECrim). La introducción del término cadena de custodia en la LECrim (en su art. 796.1.7º) se efectúa vinculándola al ámbito de la seguridad vial y, en concreto, a las pruebas de alcoholemia y detección de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor. Se limita a la introducción del término sin mayores especificaciones, estableciendo únicamente, y en relación con las citadas pruebas de detección de

que, de forma indirecta, guardan relación, pero que distan mucho de solucionar esta situación de orfandad legal.

No resulta excesivamente complicado localizar esta regulación indirecta de la cadena de custodia, toda vez que se trata de una institución procesal indudablemente ligada a la fase de investigación criminal—escenario en el que se despliega gran parte de la actividad que la compone— y que, en concreto, guarda estrecha relación con las diligencias de investigación y las fuentes de prueba. Muy sucintamente, estas previsiones generalmente aluden, por un lado, al deber de documentar el modo en que se producen los hallazgos de las fuentes de prueba y el modo en que se practican las diferentes diligencias de investigación; y, por otro lado, al deber de ofrecer a las fuentes de prueba un tratamiento que garantice su integridad o conservación. Estas disposiciones se plasman en la LECrim en modos muy diversos y empleando terminología variada, incorporándose principalmente en artículos relativos al cuerpo del delito, a las diligencias de investigación o a propósito de las actuaciones de la policía judicial, entre otros.

Al margen de la esfera legal reviste gran importancia la perspectiva reglamentaria e institucional de la cadena de custodia. Desde este enfoque se examina normativa de muy diversa naturaleza que, en mate-

drogas tóxicas y sustancias estupefacientes, lo siguiente: “que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia”.

También en la esfera legal, aunque no estrictamente procesal, se produce recientemente una alusión a la cadena de custodia en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, en relación con la práctica forense disponible, accesible y especializada, donde se establece lo siguiente: “Las muestras biológicas y evidencias que se recojan por el centro sanitario se conservarán debidamente para su remisión, garantizando la cadena de custodia y del modo más inmediato posible, al Instituto de Medicina Legal. El plazo y demás condiciones de conservación se determinará mediante protocolos científicos por los organismos competentes”. No obstante, la claridad que esta disposición arroja sobre la figura vuelve a ser irrelevante en el contexto de su construcción jurídica, más allá de advertir que el legislador mantiene presente la cadena de custodia.

ria de cadena de custodia, ofrece algunas reglas de actuación a propósito del tratamiento ofrecido a las fuentes de prueba localizadas durante las investigaciones criminales³. Se trata de una serie de normas de naturaleza reglamentaria, protocolos de actuación y demás normativa de carácter institucional donde la cadena de custodia ha alcanzado una notable presencia y mayor desarrollo en algunos casos.

En este contexto es fundamental hacer referencia al papel de las directrices que, a propósito de las facultades y competencias investigadoras del Ministerio Fiscal (en adelante MF) –y en conexión con la cadena de custodia–, haya emitido la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) en forma de circulares e instrucciones de obligado cumplimiento. La función de éstas responde a la propia esencia constitucional del MF (art. 124 CE) y, en concreto, a su condición de órgano único para todo el Estado que ejerce sus funciones bajo el principio de unidad de actuación (tanto en un sentido orgánico como funcional), lo que se traduce en la necesidad de coordinar la actuación homogénea de todos sus miembros. Conocer la postura del MF en torno a la cadena de custodia requiere de un examen y una valoración desde la óptica de estas instrucciones y circulares, lo que nos permitirá obtener una visión global de la línea de actuación del MF en la materia. Esto es, juegan un papel importante pero limitado a la unificación de criterios en materia de cadena custodia a propósito de la actuación del MF. Sin embargo, no podemos perder de vista el valor que adquirirían de materializarse el escenario proyectado en diversos textos prelegislativos según el cual se otorga la dirección de la investigación al MF.

En el escenario actual, no obstante, ya son diversas las pautas emitidas –aunque en contextos muy concretos– por la FGE⁴. Desde un

3 Para más información sobre este tipo de normativa, *vid.* GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Civitas, Navarra, 2016, pp. 50 y ss.

4 Respecto de aquellas instrucciones y circulares que establezcan algunos criterios de actuación dirigidos al Ministerio Fiscal en materia de cadena de custodia,

enfoque tecnológico es especialmente destacable la Circular 5/2019, de 6 de marzo, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, donde además se examina la cadena de custodia en un apartado dedicado al efecto. De conformidad con la circular, son dos las condiciones que deben reunir los dispositivos informáticos desde la óptica de la cadena de custodia: las garantías de identidad e integridad –entendiendo identidad como la equivalencia entre el dispositivo incautado y el que posteriormente configura la prueba y, por otro lado, integridad como la ausencia de alteraciones en los datos que conforman el contenido dispositivo—. A propósito de lo anterior, la circular ofrece algunas soluciones para acreditar las garantías de identidad e integridad de las fuentes de prueba.

Son otros muchos los instrumentos que integran el marco normativo de la cadena de custodia bajo el prisma reglamentario y muy difícilmente pueden ser reseñados en su totalidad en unas pocas líneas. Esta pluralidad de protocolos, manuales o guías de actuación constituyen la normativización de la cadena de custodia en su vertiente material, esto es, son normas de carácter procedimental que componen –a fin de cuentas– un procedimiento de manipulación de las evidencias afectante a su condición práctica y técnica. Al hilo de lo anterior, sostiene GUTIÉRREZ SANZ que justamente son las ciencias forenses las que mayor influencia tienen sobre “el desarrollo sectorial de las técnicas de recogida, custodia y análisis”⁵, lo que –añado– implica el enfoque material de esta institución procesal.

Quizá una de las normas reglamentarias más completas, a pesar de su ámbito de aplicación ciertamente limitado, sea la Orden JUS/1291/2010, de 13 mayo, por la que se aprueban las normas para la

podemos enumerar las siguientes: Instrucción 7/2004, de 26 de noviembre; Instrucción 5/2012, de 26 de noviembre; Circular 2/2012, de 20 diciembre; Circular 1/2013, de 11 de enero; Circular 1/2019, de 6 de marzo; Circular 5/2019, de 6 de marzo o la Circular 2/2022, de 20 de diciembre.

5 GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal*, *op. cit.*

preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses⁶. Lo completo de esta orden deriva de la exhaustividad y detalle con que se recogen las exigencias procedimentales para todas aquellas personas que intervienen en la cadena de custodia en su concreto ámbito de actuación. Además, en palabras de CABEZUDO BAJO, esta norma recoge gran parte de los aspectos de carácter científico-tecnológico que inciden en la obtención de las muestras de ADN⁷. Otra norma dictada a propósito de las muestras de ADN es la norma ISO/IEC 17025:2017, que recoge ciertas previsiones para el contexto de los laboratorios de análisis de ADN.

No podemos dejar de mencionar el Manual de Criminalística para la Policía Judicial, editado por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior en el año 2017, en el que se incorpora una sección dedicada a la cadena de custodia de las muestras o evidencias. Este manual está específicamente dirigido a la policía judicial y los peritos especializados en criminalística. En síntesis, establecen unos puntos mínimos que han de cubrir para garantizar el respeto a la cadena de custodia y unas recomendaciones en el modo de actuar, previsiones relativas

6 Esta orden del Ministerio de Justicia nace con la vocación de actualizar a su predecesora del año 1996 (la Orden del Ministerio de Justicia de 8 de noviembre de 1996 por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología), ahora derogada. En esta orden ministerial ya se aludía a la cadena de custodia, incluso a pesar del contexto temporal, en los siguientes términos: “Debe existir un documento anejo al envío de muestras, que acredite la observación en todo momento de la ‘cadena de custodia’, desde la toma de muestras hasta su recepción en el INT. Se propone como modelo el que figura incluido como anexo (...) pudiendo ser válido cualquier otro documento, siempre que quede constancia firmada de todas las personas bajo cuya responsabilidad hayan estado las muestras”, todo ello en relación con la documentación preceptiva para la remisión de las muestras objeto de análisis por parte del Instituto Nacional de Toxicología.

7 CABEZUDO BAJO, M. J., *Propuestas para una regulación armonizada de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica-tecnológica de probabilidad en el proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 95 y ss.

al correcto empaquetado de las evidencias o a la identificación de todas y cada una de las muestras.

Muy oportuno se revela el estudio de algunos sistemas de Derecho comparado, también a consecuencia del escenario de orfandad legal en el que se sitúa la cadena de custodia en el ordenamiento jurídico español. El análisis de otras experiencias jurídicas resulta fascinante y provechoso, pero, además, contribuye a una comprensión más exhaustiva e integral de la institución procesal de la cadena de custodia, lo que sin duda favorece el alcance de soluciones coherentes para nuestro sistema procesal.

Y es que la construcción jurídica de la cadena de custodia en nuestro país se produce con años de retraso con respecto a otros ordenamientos jurídicos ajenos. Esto ocurre principalmente con respecto al sistema jurídico de Estados Unidos⁸ (en adelante EEUU) –productor de la figura de la cadena de custodia–, pero también con diversos ordenamientos iberoamericanos. En general, son estos últimos los que se sitúan a la vanguardia legislativa en materia de cadena de custodia⁹.

8 Con carácter general, la cadena de custodia en EEUU está regulada en la regla 901 de las *Federal Rules of Evidence*. En su texto original, la regla 901(a) establece lo siguiente: “*In General. To satisfy the requirement of authenticating or identifying an item of evidence, the proponent must produce evidence sufficient to support a finding that the item is what the proponent claims it is*”. Vid. ROTHSTEIN, P. F., *Federal Rules of Evidence*, 3ª ed., Thomson Reuters, Eagan, 2021, pp. 1014 y ss., ofrece una visión detallada de los ejemplos contenidos en la Regla 901(b), completando cada uno de ellos con diversas referencias a la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses. Especialmente revelador resulta que el autor hace referencia a la cadena de custodia en los siguientes términos: “*Insuring that the real item of physical evidence is the same as that offered at Trial or for testing*”, lo que naturalmente evoca a una de las características fundamentales de la cadena de custodia en España: la mismidad de la prueba.

9 Ilustra esta afirmación muy especialmente el ordenamiento jurídico colombiano, con regulación expresa de la cadena de custodia desde el año 2000, con la aprobación del Código de Procedimiento Penal del año 2000 –expedido mediante la Ley 600 de 2000–, convirtiéndose en uno de los grandes referentes en la materia,

Muy al contrario de lo que ocurre en el contexto europeo, en el que los distintos ordenamientos jurídicos de la Europa continental presentan una situación normativa muy similar a la española. Este es el caso, por ejemplo, del modelo italiano, en el que la construcción de la cadena de custodia en su *Codice di Procedura Penale* se observa a través de una regulación muy indirecta. De este modo, en el estado actual de su normativa procesal, algunos aspectos relacionados con la cadena de custodia están regulados, indirectamente, en el contexto de las investigaciones, muy en particular a propósito de las funciones investigadoras de la policía judicial y del Ministerio Público italiano¹⁰.

Distinta es la situación de la cadena de custodia en Reino Unido, principalmente debido la pertenencia del ordenamiento jurídico británico a la familia jurídica del *common law*. A pesar de ello, existen diversas normas que regulan algunos aspectos propios de la cadena de custodia, como el *Police and Criminal Evidence Act* del año 1984 y de aplicación principalmente en Inglaterra y Gales¹¹; o las *Criminal Procedure Rules*, donde se contienen ciertas reglas sobre la prueba pe-

regulación expresa que mantiene su actual Código de Procedimiento Penal del año 2004 (arts. 254 a 266), en el que se contiene un capítulo dedicado enteramente a la cadena de custodia (incorporado en el Título I –la indagación y la investigación–; a su vez, en el Libro II –técnicas de investigación de la prueba y sistema probatorio–). Vid. Vid. LEMUS SOLER, D. J., “Cadena de custodia en el ordenamiento jurídico colombiano a la luz de la Ley 906, ¿ficción o realidad?”, *Revista Iter ad Veritatem*, núm. 12, 2014, p. 125.

- 10 Aunque tampoco puede obviarse la incorporación, sobre la base del Convenio de Budapest, de ciertos preceptos vinculados con la cadena de custodia tecnológica, que muy oportunamente examina BARTOLI, L., “La catena di custodia del materiale informatico: soluzioni a confronto”, *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 33, 2016, pp. 145-162. Ocurre esto a raíz de la reforma del código procesal penal italiano del año 2008.
- 11 Sin perjuicio de ciertas previsiones de aplicación a todo Reino Unido. En el caso de Escocia e Irlanda del Norte, ambos tienen sus propios cuerpos normativos en la materia: Escocia se rige por el *Criminal Procedure Act* de 1995; e Irlanda del Norte, en cambio, por el *Police and Criminal Evidence Order* del año 1989.

ricial (*expert evidence*) o cuestiones relativas a la admisibilidad de las pruebas, entre otras¹².

No se puede finalizar un estudio de la cadena de custodia sin aludir a su estado actual en el contexto de la Unión Europea (en adelante UE). Tampoco en este ámbito se presenta una configuración normativa deslumbrante, circunstancia acorde con la realidad europea. Naturalmente en el contexto de la Unión, el examen habrá de realizarse desde dos escenarios diferenciados: primero, en la órbita de la cooperación judicial en la UE; segundo, desde la perspectiva de la Fiscalía Europea¹³.

En el primero de los escenarios, tiene especial consideración la Orden Europea de Investigación (en adelante OEI). Tratándose de un instrumento que opera en el entorno de la investigación penal y la obtención de fuentes de prueba, naturalmente se manifiesta presente la problemática derivada de la cadena de custodia. Aunque no existen normas específicas para el mantenimiento de la cadena de custodia, por ello, es necesario que los Estados implicados se pongan de acuerdo a fin de ejecutar la OEI del mejor modo posible para asegurar la cadena de custodia y evitar de ese modo las fatales consecuencias que su ruptura pudiese ocasionar¹⁴.

12 VALMAÑA OCHAITA, S., “La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica”, en *op. col.* Figueroa Navarro (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, pp. 186-190.

13 Una revisión de la situación de la cadena de custodia en el ámbito de actuación de la Fiscalía Europea puede consultarse en JAMARDO LORENZO, A., “La cadena de custodia en la órbita europea: Algunas reflexiones en torno al estado de la cuestión en las investigaciones de la fiscalía europea”, en *op. col.* Suárez Xabier y Vicario Pérez (dirs.), *Cooperación judicial internacional a la luz de las nuevas tecnologías: Riesgos, utilidades y protección de derechos fundamentales*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 227 y ss.

14 Uno de los supuestos más comunes es la diligencia de entrega vigilada. Lo fundamental se produce cuando España actúa como Estado de emisión. Ocurre aquí que el Estado de ejecución no está obligado a seguir la normativa española, si bien ambos Estados podrán ponerse de acuerdo a fin de cumplir pequeñas for-

A la vista de lo expuesto, resulta imprescindible aunar los esfuerzos doctrinales de cara a una mejor comprensión de esta institución. Para ello es preciso perfilar el eje central que ha de guiar la dirección de la investigación y que se concreta en el siguiente cuestionamiento, el cual se ha formulado de forma intencionadamente simple en los siguientes términos: ¿Cómo ha de ser entendida la cadena de custodia en nuestro ordenamiento jurídico?

2. Construcción jurisprudencial de la figura de la cadena de custodia y evolución

De sobra conocido es que la cadena de custodia es una figura de carácter extrajurídico, de modo que no es original del marco procesal¹⁵. Igualmente conocido es su origen jurisprudencial. No sólo eso, sino que nuestros juzgados y tribunales, en particular el Tribunal Supremo (en

malidades y exigencias procedimentales mínimas, a fin de evitar la pérdida de validez de la diligencia en el Estado de emisión. En tal sentido, el Estado de ejecución podrá aceptar estas cuestiones cuando las peticiones formuladas no sean contrarias a su ordenamiento jurídico. En materia de cadena de custodia, señala LARO GONZÁLEZ que es crucial el acta que levanten los agentes, donde se debe indicar la descripción del continente y también del contenido, “asi como las características concretas del material de la remesa, por ejemplo, el peso, el envoltorio, el color, etc., las personas intervinientes en cada momento y lugar, el tiempo que hayan permanecido en posesión de las mismas, y aquellas circunstancias que sean relevantes para su preservación”. Asimismo, la autora recalca la importancia de cumplir con las exigencias de cadena de custodia a fin de evitar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. En definitiva, la coordinación entre autoridades policiales y judiciales es esencial en la ejecución de entregas vigiladas en aras a garantizar la plena eficacia de la medida. Vid. LARO GONZÁLEZ, E., *La Orden Europea de Investigación en el Espacio Europeo de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 261 y ss.

15 LÓPEZ VALERA, M., *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 17.

adelante TS), han moldeado los elementos esenciales de la cadena de custodia en nuestro ordenamiento interno, produciendo una verdadera construcción jurídica de esta figura.

A raíz de una evolución que ha ido progresando a lo largo de décadas, esta construcción jurisprudencial y su evolución pueden clasificarse en atención a tres etapas independientes: la primera, relativa al origen de la cadena de custodia; la segunda, relativa al avance en algunos puntos específicos; y la tercera, relativa a la consolidación de la cadena de custodia como figura jurídico-procesal¹⁶.

Ha sido el meticuloso y reflexivo análisis de los rasgos distintivos que inspiran a cada una de las decisiones judiciales el que me condujo –podríamos decir por necesidad– a la formulación de las etapas arriba mencionas, muy particularmente en atención al grado de desarrollo de la figura de la cadena de custodia en función de los criterios jurisprudenciales empleados. En tal sentido, la ordenación de la evolución jurisprudencial en tales etapas no fue fruto tanto de una decisión, sino más bien una consecuencia necesaria. Esto justifica precisamente la afirmación siguiente: se trata de una tarea de construcción y no de mera recopilación. Diferencia ésta importante, pues solo al ir avanzando en la elaboración del trabajo fue posible advertir la importancia de esta tarea en toda su dimensión.

Seguidamente se examinarán cada una de las etapas jurisprudenciales apuntadas en las líneas precedentes.

2.1. Primera etapa: El origen de la cadena de custodia

El origen de la construcción jurisprudencial de la cadena de custodia responde a su introducción en el proceso como una necesaria res-

16 Este esquema responde a la construcción jurisprudencial elaborada y estructurada en JAMARDO LORENZO, A., *La cadena de custodia: análisis sistemático* [Tesis Doctoral], Universidad de León, 2023, pp. 45 y ss.

puesta a los continuos cuestionamientos de las defensas respecto de la identidad de la prueba pericial, circunstancia que exige una respuesta adecuada y motivada por parte de nuestros juzgados y tribunales. Desde su origen hasta el momento actual, nuestros tribunales han ido perfilando el término cadena de custodia hasta alcanzar su actual consideración de figura jurídico-procesal independiente y vinculada, principalmente, al ámbito del proceso penal.

La construcción jurisprudencial de la institución se inicia en el ámbito del tráfico de drogas y, en concreto, en el terreno de la investigación policial de estos tipos delictivos. De esta forma, el término cadena de custodia es, en realidad, un término inicialmente empleado por la policía judicial¹⁷ en la investigación de los delitos de tráfico de drogas, con el que se hacía referencia a la sucesión de actos por los que transcurre la sustancia intervenida hasta ser analizada para determinar su condición, pesaje, pureza y riqueza de la droga¹⁸, así como su posterior incorporación como medio de prueba al juicio oral.

A pesar de las dificultades de cara a delimitar temporalmente cada una de las etapas, puede sostenerse que la primera se corresponde con el ámbito temporal comprendido entre los años noventa –los inicios– hasta aproximadamente el año 2003. En esta, se comprenden, asimismo, dos fases independientes entre sí: por un lado, los antecedentes

17 Por parte de la doctrina se habla también de *cadena de custodia policial*, en tanto que son los funcionarios de la policía judicial (y especialmente la policía científica) los encargados de custodiar aquello que ha sido localizado durante la investigación policial de los presuntos hechos delictivos. FIGUEROA NAVARRO, C., “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”, *La Ley Penal*, núm. 84, 2011. Al respecto y entre otras, la SAP CA 103/2003, Sección 3ª, de 7 de noviembre, ECLI:ES:APCA:2003:2005, hace referencia a la cadena de custodia en los siguientes términos: “lo que policialmente se denomina cadena de custodia”, lo que evidencia sus orígenes policiales.

18 Por ejemplo, la SAP M 77/2003, Sección 3ª, de 29 de enero, ECLI:ES:APM:2003:1113.

jurisprudenciales sin expresa mención del término cadena de custodia; y por otro, las primeras referencias jurisprudenciales expresas al término cadena de custodia. Ha de aclararse que la inclusión de ambas categorías en esta primera etapa responde a lo inferido del estudio del material jurisprudencial, pues la única diferencia sustancial que se desprende del contenido de unas y otras resoluciones es, precisamente, la ausencia o la inclusión del término cadena de custodia.

Dicho lo anterior, puede decirse que lo característico de esta primera etapa es el escaso desarrollo jurídico de la cadena de custodia, lo que se traduce en la ausencia de definiciones y en la inexistencia de posiciones jurisprudenciales en cuanto a los efectos jurídicos de su quiebra.

Muy especialmente hay que mencionar a las Audiencia Provinciales (en adelante AAPP) de Madrid y Sevilla, como pioneras en la construcción jurisprudencial de la cadena de custodia en nuestro ordenamiento interno. En particular, con la SAP M 418/1998, de 16 de abril, se produce un hito fundamental en la construcción jurisprudencial: se localiza la primera referencia expresa a la cadena de custodia por parte de nuestros tribunales. En concreto se habla de “cadena de custodia razonable”, sin que exista explicación posterior sobre el significado de tal expresión. Refleja esto la realidad de la cadena de custodia en aquel entonces, sin que exista todavía una verdadera significación jurídica, más allá de un vínculo con la verosimilitud de la prueba (muy importante éste, y que será profundizado posteriormente por nuestros tribunales). Sin embargo, al momento de esta resolución, la “cadena de custodia razonable” parece ser una mera apariencia de regularidad en el transcurso de los actos desde la obtención hasta la incorporación de la prueba.

Con la SAP SE 440/1998, de 11 de julio, se alude a la continuidad de la cadena de custodia y, por primera vez, se examina la posibilidad de su ruptura, a propósito de unas irregularidades en relación con la descripción de la sustancia intervenida. Y así lo confirma el tribunal al exponer: “la discrepancia es cierta y no existe prueba adicional alguna que garantice la continuidad de la cadena de custodia de lo aprehendido y ponga de manifiesto que se trata de un simple error material”.

Muy en relación con el deber de documentación como medio de acreditar la regularidad de la cadena de custodia, así como la posibilidad de subsanar ciertos errores en base a las testificales de los intervinientes en la misma, se presentan las STS 936/1998, de 13 de julio, y la SAP SE 687/1998, de 16 de noviembre. Mientras que la SAP M 1503/1998, de 31 de diciembre, empieza a mostrarse, quizá, más crítica y constructiva que sus precedentes. En este caso, la AP introduce un elemento crucial, y que posteriormente se asentará jurisprudencialmente, y que alude a la “presunción de legalidad de la actuación administrativa” (que podemos traducir como la presunción *iuris tantum* de veracidad que acompaña a la institución de la cadena de custodia, a propósito de las actuaciones realizadas por organismos oficiales).

Durante los años siguientes, con especial presencia de las AAPP de Madrid y Sevilla¹⁹, la cadena de custodia va adquiriendo –poco a poco– una notable presencia jurisprudencial. Aunque el tratamiento, desde el punto de vista jurídico, continúa siendo insuficiente, ciertos aspectos ya incorporados previamente empiezan a reiterarse en las sucesivas resoluciones jurisprudenciales: por un lado, lo relativo a la acreditación de la regularidad de la cadena de custodia mediante la documentación de la misma o las testificales de sus intervinientes²⁰; por otro, la alusión a las “sucesivas secuencias de la cadena de custodia” empieza a consolidar²¹, reflejo de que –ya desde su concepción más inicial– los

19 Sin ir más lejos, en el año 1999 por ejemplo, únicamente las AAPP de Madrid y Sevilla examinan la cadena de custodia en las siguientes resoluciones: SAP M 254/1999, Sección 3ª, de 21 de junio, ECLI:ES:APM:1999:8750; SAP M 297/1999, Sección 4ª, de 18 de junio ECLI:ES:APM:1999:8614; SAP M 703/1999, Sección 17ª, de 28 de octubre, ECLI:ES:APM:1999:13977; SAP SE 134/1999, Sección 4ª, de 23 de septiembre, ECLI:ES:APSE:1999:3384.

20 SAP M 297/1999, Sección 4ª, de 18 de junio, ECLI:ES:APM:1999:8614; SAP M 703/1999, Sección 17ª, de 28 de octubre, ECLI:ES:APM:1999:13977; SAP V 472/2000, Sección 3ª, de 31 de julio, ECLI:ES:APV:2000:5243.

21 Por ejemplo, la SAP M 703/1999, Sección 17ª, de 28 de octubre, ECLI:ES:APM:1999:13977.

tribunales entienden la cadena de custodia como una sucesión de actos. Otro hecho a destacar es la ruptura del ámbito material al que se circunscribía, inicialmente, la cadena de custodia con ocasión de la STSJ CAT 1/2000, de 31 de julio²².

No podemos finalizar el examen de esta primera etapa sin antes referirnos a uno de los antecedentes clave en la materia, que tiene lugar en el año 2003 y de la mano del Tribunal Constitucional (en adelante TC): la STC 170/2003, de 29 de septiembre, considerada por la doctrina científica como una resolución de referencia en materia de cadena de custodia²³. Aun cuando no alude al término, su vinculación es innegable y ésta ha sido posteriormente reconocida por el propio TC con ocasión de la STC 281/2006, de 9 de octubre²⁴.

22 Otros ejemplos de desconexión entre este ámbito delictivo y la cadena de custodia son la SAP M 234/2000, Sección 3ª, de 7 de julio, ECLI:ES:APM:2000:10372; SAP V 472/2000, Sección 3ª, de 31 de julio, ECLI:ES:APV:2000:5243; o la SAP CA 492/2001, Sección 8ª, de 23 de noviembre, ECLI:ES:APCA:2001:3062.

23 Al respecto, DEL POZO PÉREZ, M., “La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, 2013, p. 12; MARTÍNEZ GALINDO, G., “Problemática jurídica de la prueba digital y sus implicaciones en los principios penales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022, p. 32. Conviene aclarar que la doctrina científica no ha sido la única en tratar la STC 170/2003 como si se tratase de una sentencia que examina la figura de la cadena de custodia, sino que también la propia jurisprudencia de nuestros juzgados y tribunales ha caído en tal confusión. Al efecto, la SAP B 132/2009, Sección 2ª, de 25 de febrero, ECLI:ES:APB:2009:1719, hace referencia a esta STC como precursora en la vinculación entre ruptura de la cadena de custodia y vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, afirmando que la STC 170/2003, de 29 de septiembre, “otorgó el amparo precisamente por ‘rotura de la cadena de custodia’ en cuanto (...), ante una rotura de la ‘cadena de custodia’ de una prueba, resulta prácticamente imposible defenderse en el caso de que los Tribunales estén dispuestos a validarla y sirva como prueba de cargo” (FD 2º).

24 Al abordar una cuestión relativa a la cadena de custodia, el propio TC remite directamente a la ya citada –y de sobra conocida– STC 170/2003. Precisamente, la STC 281/2006 es la primera referencia expresa en la jurisprudencia del TC en

En síntesis, diversos errores producidos durante la investigación de los hechos (en relación con la custodia policial y el control judicial de los elementos intervenidos) impedían determinar, de entre diversos investigados, a quién pertenecían unos elementos informáticos incautados. Información necesaria para determinar la autoría de un delito contra la propiedad intelectual. Ocurre en este caso que, en primera instancia, los acusados son absueltos por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Zaragoza, sin embargo, la Audiencia Provincial (en adelante AP) de Zaragoza estima el recurso ante ella interpuesto y dicta sentencia de condena.

Cuando el caso llega ante el TC, dicta el siguiente pronunciamiento: “Declarar vulnerado el derecho de los recurrentes a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por falta de cumplimiento de las garantías procesales exigibles en la incorporación del material intervenido al proceso”. Esta vulneración se producía al haber fundamentado la AP de Zaragoza una sentencia condenatoria con base en unos elementos de prueba que, dado el incumplimiento de las garantías procesales exigibles en su incorporación al proceso, no podía ser considerado como prueba de cargo válida. Por lo tanto, apreciado el vínculo de ésta con la cadena de custodia, el TC asienta el siguiente criterio: cuando se haya producido la ruptura de la cadena de custodia a causa de irregularidades graves, la valoración de la prueba por parte del tribunal sentenciador puede incurrir en la vulneración de derechos fundamentales (en adelante DDFF) de contenido procesal (en concreto, el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE) cuando ésta sea considerada prueba de cargo. Criterio, posteriormente, reiterado en la STC 281/2006.

materia de cadena de custodia. Empero, esta vinculación no viene dada únicamente por el reconocimiento expreso del TC al efecto, sino que deriva principalmente del propio contenido de la STC del año 2003, cuyo análisis refleja un evidente nexo entre la referida sentencia y la cadena de custodia.

2.2. Segunda etapa: El avance en algunos puntos específicos

La segunda etapa del desarrollo jurisprudencial de la cadena de custodia –cuya delimitación temporal comprende, aproximadamente, los años 2004 a 2009–, se corresponde con el periodo en el que nuestros juzgados y tribunales empiezan a otorgar cierta relevancia jurídica a la cadena de custodia²⁵. Circunstancia que se manifiesta en un aumento en el uso del término, así como en la aparición de las primeras conceptualizaciones y en una superficial concreción de las consecuencias jurídicas derivadas de su quiebra.

Partimos de un concepto inicial que señalaba los orígenes extra-jurídicos de la cadena de custodia, afirmándose por parte de nuestros Tribunales que se trata de una *figura tomada de la realidad a la que se tiñe de valor jurídico* (en particular, la SAP GI 320/2005, de 17 de marzo)²⁶. Inicialmente empleado por la policía judicial²⁷ en la investigación de los delitos de tráfico de drogas, una de sus primeras conceptualizaciones aludía a la sucesión de actos por los que transcurre la sustancia inter-

25 Cierto es, no obstante, que a pesar de los avances todavía resulta posible localizar resoluciones carentes de interés para la construcción jurídica de la institución. Por ejemplo, la SAP BI 251/2004, Sección 1ª, de 15 de abril, ECLI:ES:APBI:2004:783, en la que se analizan “posibles dudas en la cadena de custodia”, sin que se desarrolle el motivo. Refleja, una vez más, la situación jurídica del momento en relación con la cadena de custodia.

26 Se alude por primera vez a la cadena de custodia como figura tomada de la realidad a la que se tiñe de valor jurídico en la SAP GI 320/2005, Sección 3ª, de 17 de marzo, ECLI:ES:APGI:2005:509. Posteriormente, este modo de aludir a la cadena de custodia fue cogiendo fuerza: SAP B 132/2009, Sección 2ª, de 25 de febrero, ECLI:ES:APB:2009:1719; STS 1190/2009, Sala de lo Penal, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7710; entre otras.

27 En la SAP CA 103/2003, Sección 3ª, de 7 de noviembre, ECLI:ES:APCA:2003:2005, todavía se hace mención a la cadena de custodia en los siguientes términos: “lo que policialmente se denomina cadena de custodia”. Esto es indicativo de que, en el año 2003, todavía no estaba completamente integrado el concepto en nuestro ordenamiento jurídico, aunque empezaba a coger fuerza.

venida hasta ser analizada para determinar condición, pesaje, pureza y riqueza de la droga. Así, se introduce el término en el proceso penal partiendo de una concepción inicial muy vinculada a la fiabilidad de la prueba pericial que, no obstante, ha ido evolucionando a lo largo de los años hasta alcanzar una construcción más rigurosa de la figura de la cadena de custodia, la cual ya ha dejado atrás esta primera vinculación en exclusiva a la prueba pericial derivada de los análisis de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En este punto, conviene señalar que –si bien con anterioridad ya se habían localizado resoluciones ajenas a este ámbito delictivo–, la segunda etapa es crucial en la desconexión definitiva entre éste y cadena de custodia.

De este modo, el concepto empieza a delinearse en un sentido más actual, en concreto, como una sucesión de actos desde la obtención de la fuente de prueba y hasta su aportación al juicio oral, aludiendo ya a su afección a la fiabilidad de la prueba pericial²⁸. En cuanto a la documentación de la cadena de custodia, ésta empieza a ser entendida como un deber²⁹ y no ya como una mera opción de cara a una posterior acreditación de su regularidad. Deber que, no obstante, no puede derivar en una exigencia excesiva que impida la valoración de la prueba aun cuando existan otros mecanismos para la acreditación de la cadena³⁰.

28 STS 925/2008, Sala de lo Penal, de 26 de diciembre, ECLI:ES:TS:2008:7258.

29 Se puede citar, como ejemplo de este punto la STS 1365/2003, de 17 de octubre, Sala de lo Penal, ECLI:ES:TS:2003:6395; ATS 640/2004, Sala de lo Penal, de 29 de abril, ECLI:ES:TS:2004:5408A; SAP M 77/2003, Sección 3ª, de 29 de enero, ECLI:ES:APM:2003:1113.

30 En relación con esto, la SAP CA 103/2003, Sección 3ª, de 7 de noviembre, ECLI:ES:APCA:2003:2005, analiza un supuesto en el que se efectúa una pericial dactiloscópica, con total ausencia de documentación en relación a la inspección ocular en la que se efectuó la recogida de los vestigios. En este sentido la AP Cádiz estima que la ausencia de documentación podría haberse suplido con la declaración del agente policial encargado de la inspección, no obstante, esta circunstancia no ha podido ser acreditada al no poder aportar datos este agente respecto a la diligencia practicada. Otros ejemplos los aportan la SAP M 47/2008, Sección 3ª, de

No podemos finalizar la exposición de esta etapa sin mencionar la STC 281/2006, de 9 de octubre. Por primera vez, el TC enuncia la posibilidad de que la cadena de custodia interfiera en los DDFF de contenido procesal de las personas implicadas en un proceso, aceptando la posibilidad de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por razón de la valoración de una prueba sobre la cual se haya acreditado la ruptura de la cadena de custodia.

2.3. Tercera etapa: La consolidación de los elementos esenciales de la cadena de custodia

Por último, la tercera etapa –desde el año 2010 hasta la actualidad– se corresponde con aquella en la que la cadena de custodia ultima su consideración como figura jurídica autónoma e independiente y, de esta forma, nuestros juzgados y tribunales comienzan a ofrecer una definición más elaborada de la misma, así como a construir con mayor acierto las consecuencias vinculadas a su ruptura.

El hito jurisprudencial que da inicio a esta etapa y, en consecuencia, fundamental en la consolidación jurisprudencial de la cadena de custodia es la producción del término mismidad de la prueba. Esto es, la identidad procesal entre fuente y medio de prueba.

Sucedía esto entre finales del año 2009 e inicios del 2010 con las SSTs 1190/2009, de 3 de diciembre, y 6/2010, de 27 de enero. Sin dejar de mencionar la SAP Barcelona 132/2009, de 25 de febrero, pues ha sido identificada como la primera sentencia en aludir a la mismidad a propósito de la cadena de custodia. En suma, mismidad de la prueba se identifica como uno de los elementos definidores de la cadena de custodia. Y quizá uno de los más relevantes, pues encarna el fin en sí mismo: la cadena de custodia busca garantizar la mismidad de la prueba en aras a afianzar su valor probatorio.

1 de enero, ECLI:ES:APM:2008:2744, en la que una documentación insuficiente es correctamente subsanada mediante la testifical de los agentes intervinientes.

A la luz de la evolución en esta tercera etapa, albergan un papel determinante, por un lado, la configuración de la cadena de custodia como un sistema formal de garantía (pudiendo señalar muy especialmente la STS 1045/2011, de 14 de octubre). Y, por otro lado, adquiere un papel asimismo determinante el desarrollo jurisprudencial relativo a las consecuencias de la ruptura de la cadena de custodia, marcando un hito destacable en este sentido la STS 587/2014, de 18 de julio (sentencia del conocido caso Bretón), con ocasión de la cual nuestro Alto Tribunal formula un sistema gradual de incorrecciones en relación con la cadena de custodia, en virtud del cual se distingue entre meras irregularidades en su desarrollo, de carácter subsanable, e irregularidades graves con afección a la verosimilitud de la prueba.

En la actualidad, sin embargo, se puede concluir que actualmente el concepto jurisprudencial de la cadena de custodia es independiente a cualquier tipo delictivo, guardando relación con las fuentes de prueba y con las diligencias de investigación, con carácter general.

En suma, y de acuerdo con la conceptualización jurisprudencial alcanzada, la cadena de custodia puede definirse como el “conjunto de actos que tiene por objeto la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, debiéndose cumplir una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba. La integridad de la cadena de custodia garantiza que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá el juicio del tribunal es lo mismo”³¹; esto es, garantiza la mismidad de la prueba³². Y, por consiguiente, se trata de un “sistema formal de garantía que

31 Al respecto y entre otras, STS 201/2022, Sala de lo Penal, de 3 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:918.

32 SSTs 1190/2009, Sala de lo Penal, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7710; 6/2010, Sala de lo Penal, de 27 de enero, ECLI:ES:TS:2010:542.

tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias³³. No siendo prueba en sí misma, “la infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial”³⁴.

De la construcción jurisprudencial de la cadena de custodia podemos destacar, en síntesis, las siguientes características: en primer lugar, es una figura de carácter instrumental³⁵ que no goza de valor probatorio, siendo su objetivo el de garantizar la mismidad de la fuente de prueba desde que es recogida hasta que es analizada; en segundo lugar, no es prueba en sí misma y se configura como un presupuesto de fiabilidad, en consecuencia, afectante a la verosimilitud de la prueba³⁶ y no a su validez;

- 33 Al respecto, la SAPB 132/2009, Sección 2ª, de 25 de febrero, ECLI:ES:APB:2009:1719, recoge ciertas recomendaciones para la toma de muestras de drogas incautadas y, en relación con la cadena de custodia, se establecen unas pautas que deben regir el correcto desarrollo de la cadena de custodia y, entre ellas, cabe destacar la necesidad de informe detallado (en el caso concreto, se habla de “descripción, numeración, pesaje, embalaje, origen, características externas, apariencia, fotos, etc.”, así como de “adoptar las medidas oportunas para garantizar la cadena de custodia en la transmisión de la sustancia o muestras”). Se manifiesta, por tanto, a través de ese *informe detallado* la necesidad de documentar los actos que integran la cadena de custodia, a fin de facilitar su posterior acreditación.
- 34 Así se recoge en la sentencia del famoso Caso Bretón, la STS 587/2014, Sala de lo Penal, de 18 de julio, ECLI:ES:TS:2014:3086; SAP TF 325/2014, Sección 2ª, de 7 de julio. ECLI:ES:APTF:2014:1112.
- 35 SSTs 1190/2009, Sala de lo Penal, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7710; 129/2011, Sala de lo Penal, de 10 de marzo, ECLI:ES:TS:2011:1308; 1/2014, Sala de lo Penal, de 21 de enero, ECLI:ES:TS:2014:53; SAP V 310/2015, Sección 2ª, de 30 de marzo, ECLI:ES:APV:2015:1944; SAP GR 23/2018, Sección 1ª, de 26 de enero, ECLI:ES:APGR:2018:256; SAP AV 69/2022, Sección 1ª, de 2 de junio, ECLI:ES:APAV:2022:159.
- 36 SAP B 132/2009, Sección 2ª, de 25 de febrero, ECLI:ES:APB:2009:1719; SAP M 70/2011, Sección 29ª, de 14 de julio, ECLI:ES:APM:2011:9546; SAP BI 17/2013, Sección 6ª, de 20 de marzo, ECLI:ES:APBI:2013:2054; STS 777/2013, Sala de lo Penal, de 7 de octubre, ECLI:ES:TS:2013:5677; STS 726/2017, Sala de lo Penal,

en tercer lugar, la cadena de custodia se manifiesta como una sucesión de actos que transcurren desde la obtención de la fuente de prueba y hasta su incorporación como medio de prueba al juicio oral, por lo que nace el deber (subsancable) de documentación del procedimiento señalado³⁷; y, en último término, la irregularidad de la cadena de custodia no implica, por sí misma, ni vulneración de DDFP ni ilicitud de la prueba³⁸.

3. Incorporación de la perspectiva doctrinal al debate

3.1. La doctrina científica frente a la tesis de la mismidad de la prueba en el marco conceptual de la cadena de custodia

Asentada ya la relevancia jurídica de la cadena de custodia, la doctrina científica fue incorporándose progresivamente al debate, concentrando sus esfuerzos en la persistente búsqueda de un concepto adecuado. De ahí que la construcción dogmática del concepto se perciba

de 8 de noviembre, ECLI:ES:TS:2017:3957; STS 918/2022, Sala de lo Penal, de 3 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:918; entre otras.

37 Al respecto, la SAPB 132/2009, Sección 2ª, de 25 de febrero, ECLI:ES:APB:2009:1719, recoge ciertas recomendaciones para la toma de muestras de drogas incautadas y, en relación con la cadena de custodia, se establecen unas pautas que deben regir el correcto desarrollo de la cadena de custodia y, entre ellas, cabe destacar la necesidad de informe detallado (en el caso concreto, se habla de “descripción, numeración, pesaje, embalaje, origen, características externas, apariencia, fotos, etc.”, así como de “adoptar las medidas oportunas para garantizar la cadena de custodia en la transmisión de la sustancia o muestras”). Se manifiesta, por tanto, a través de ese *informe detallado* la necesidad de documentar los actos que integran la cadena de custodia, a fin de facilitar su posterior acreditación.

38 Al respecto, resulta muy ilustrativa la STS 587/2014, Sala de lo Penal, de 18 de julio, ECLI:ES:TS:2014:3086, entre otras, donde se recogen las consecuencias que pueden derivarse de la ruptura de la cadena de custodia, en función de la gravedad de las irregularidades producidas en la misma.

de una forma derivada y posterior a la construcción previa realizada por nuestros tribunales. Siguiendo las pautas temporales de la evolución jurisprudencial, es posible sostener que la verdadera incorporación generalizada de la doctrina al debate se produce ya iniciada la tercera etapa. Sin perjuicio de lo anterior, existen aportaciones durante las dos etapas previas cuyas reflexiones también son contundentes.

Una de estas aportaciones parte de MORENO CATENA, quien, en el año 2004, se refirió a la cadena de custodia como un procedimiento de documentación sobre el camino seguido por la fuente de prueba, exponiendo que “implica una descripción del objeto, de su estado original, del lugar donde se encontró, la identificación de quienes lo han tenido en su poder, las operaciones que se han realizado con él, etc.”. Pero, además, es importante señalar que el autor examinó la figura desde la perspectiva de una garantía en la conservación de la prueba preconstituida³⁹. Poco tiempo después, GUZMÁN FLUJA aludía también a la cadena de custodia en el contexto de la prueba preconstituida, destacando ya en el año 2006 algunos de los aspectos que ahora se consideran esenciales en materia de cadena de custodia⁴⁰. Así, identifica la finalidad de la cadena de custodia e incorpora la expresión “mediante la garantía

39 Conviene señalar, al efecto, que el epígrafe destinado a la cadena de custodia (“Garantías en la conservación. La «cadena de custodia»”), se encuentra dentro del punto “Incorporación de la actividad instructora al juicio oral. La prueba preconstituida”. *Vid.* MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 376-377.

40 Lo expone en los siguientes términos: “La cadena de custodia tiene el objetivo de evitar que la prueba sea alterada, contaminada, o que se cometa un error en la identificación de los objetos, sustancias, documentos, o cualquier otro elemento relacionado, directa o indirectamente, con el o los hechos que se desean probar. Es, pues, el procedimiento a través del cual se establece una relación directa de la fuente de prueba con la escena del crimen o con el momento en que la prueba es aprehendida, mediante la garantía de que es la misma la que está en el juicio oral que la que se halló durante la instrucción, que es el mismo original”. *Vid.* GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, op. cit., pp. 309 y ss.

de que es la misma” (la prueba), que evoca muy directamente al término –de creación posterior– mismidad de la prueba.

Hoy en día es especialmente notable el reconocimiento que la doctrina procesalista otorga a la institución de la cadena de custodia, que alcanza la aquiescencia de su papel fundamental en el proceso y, en particular, en relación con la actividad probatoria. Es oportuno señalar, además, que la progresiva trascendencia de la cadena de custodia está ligada, sin duda, a la creciente notoriedad de la prueba científica en los últimos años⁴¹.

Volviendo sobre la base de la construcción dogmática de la cadena de custodia, hay que decir en este sentido que surgen definiciones dispares que, si bien todas respaldan unas mismas líneas generales, lo cierto es que difieren en algunos aspectos específicos de la terminología empleada. De esta forma, conviene señalar que doctrinalmente se ha seguido la concepción de la cadena de custodia desde una doble perspectiva⁴².

En primer lugar, puede ocurrir que las definiciones ofrecidas resuelvan poner el acento sobre la vertiente material de la cadena de custodia. Desde este enfoque, la cadena de custodia es entendida como una sucesión de actos procedimentales⁴³, donde todas las actuaciones

41 FIGUEROA NAVARRO, C., “El aseguramiento de las pruebas y cadena de custodia”, *op. cit.* Por ese motivo, resulta lógico que en un principio la cadena de custodia se encontrase vinculada a la prueba pericial en exclusiva.

42 GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, *op. cit.*, pp. 25 y ss., plantea esta doble perspectiva al identificar la cadena de custodia, por un lado, con el “proceso técnico específico de ocupación, custodia y análisis para asegurar la indemnidad e identidad de la trazabilidad de las fuentes de prueba” y por otro, como un “instrumento procesal imprescindible para otorgar verosimilitud a la prueba pericial y por tanto determinante en su valoración”.

43 Por ejemplo, puede ser entendida, en palabras de FIGUEROA NAVARRO, como un “procedimiento, oportunamente documentado, que permite constatar la identidad, integridad y autenticidad de los vestigios o indicios delictivos, des-

integrantes de este proceso deben de permanecer interconectadas entre sí⁴⁴ (en virtud del principio de tracto sucesivo). Resulta común, desde el prisma material, que se identifiquen los actos que integran esta vertiente como inherentes a la propia definición⁴⁵ y, asimismo, que se subraye su condición de procedimiento documentado⁴⁶. De modo que se concibe como una reconstrucción cronológica de la historia de una prueba material, desde el origen de la misma hasta su incorporación al juicio oral, y ello como manifestación de la credibilidad de su identidad⁴⁷.

de que son encontrados hasta que se aportan al proceso como pruebas”. Vid. FIGUEROA NAVARRO, C., “El aseguramiento de las pruebas y cadena de custodia”, op. cit. O, en términos similares, como un “conjunto de medidas que se deben adoptar a fin de preservar la identidad e integridad de las muestras, huellas o vestigios que pueden ser fuente de prueba de la comisión de un delito, como requisito esencial para su posterior validez probatoria”. Vid. DEL OLMO DEL OLMO, J. A., “Las garantías jurídicas de la toma de muestras biológicas para la identificación de la persona imputada mediante el ADN”, en *op. col.* Abel Lluch, Picó I Junoy, y Richard González (dirs.), *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 1550-1552.

- 44 MESTRE DELGADO, E., “La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos”, en *op. col.* Figueroa Navarro (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 69.
- 45 GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, op. cit., pp. 25 y ss. define la vertiente material de la misma como el “conjunto de prácticas de carácter material que tienen como finalidad recoger vestigios o efectos materiales dejados en el lugar del delito, custodiarlos, analizarlos y garantizar su mismidad”. Es especialmente importante la referencia a la mismidad, muy propia de la vertiente formal.
- 46 En similares términos a las definiciones anteriores, RICHARD GONZÁLEZ, M., “La cadena de custodia en el proceso penal”, *Diario la Ley*, núm. 8187, 2013; y FIGUEROA NAVARRO, C., “El aseguramiento de la pruebas y cadena de custodia”, op. cit., aportan una definición que otorga el carácter de documentado al procedimiento de la cadena de custodia.
- 47 Similares apreciaciones efectúa MERKEL, L., *Derechos humanos e investigaciones policiales. Una tensión constante*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 71, donde sos-

Aunque ciertamente estas definiciones no son desacertadas en ningún caso, sí encuentro algunos inconvenientes a la hora de ofrecer acepciones de este tipo. Inconvenientes, no obstante, que derivan de la idea de cadena de custodia que se propondrá en este trabajo y que no es otra que su identificación como garantía de la prueba –volveremos sobre ello más adelante–. Lo determinante aquí es que, partiendo de la percepción garantista de esta institución, la identificación de la noción principal de la cadena de custodia como un “procedimiento” o un “conjunto de medidas” devalúa su esencia como figura jurídica. Como he señalado, no se pueden calificar como enteramente desacertadas en tanto que identifican la finalidad de la cadena de custodia y contemplan su contenido procedimental de un modo acertado. Sin embargo, el inconveniente reside en la exaltación de la vertiente material de la cadena de custodia como elemento definidor, no siendo ésta la dimensión de mayor relevancia a nivel procesal.

Desde una segunda perspectiva se contempla la vertiente formal o procesal (en una línea muy similar a la elaboración jurisprudencial⁴⁸), entendiendo la cadena de custodia como un instrumento procesal indudablemente vinculado y al servicio de la fiabilidad de la prueba⁴⁹. Lo característico de la dimensión procesal de la cadena de custodia reside en la identificación del elemento definidor central con uno de los rasgos propios de su ámbito formal, esto es, orientar el concepto de cadena de custodia, ante todo, con su vertiente garantista. Con frecuencia se iden-

tiene que el término cadena de custodia hace referencia a la “reconstrucción del origen y la historia de una prueba física, después de su identificación”.

48 Recordemos que jurisprudencialmente se ha venido entendiendo la cadena de custodia como un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias y que afecta directamente a la verosimilitud de la prueba.

49 GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, op. cit., pp.26-30.

tifican aspectos de su vertiente formal –la identificación de su finalidad procesal, principalmente⁵⁰– que giran en torno a su también enfoque material, muy en particular sobre la base de la sucesión de actos que integran la cadena de custodia. Ahora bien, no se ha de considerar lo anterior como una desventaja en absoluto. Al contrario, pues lo ideal es integrar, de forma independiente, ambas perspectivas –material y formal– en la definición de la institución, ya que ambos prismas conforman la cadena de custodia como ha de ser entendida hoy en día⁵¹.

50 Por poner algún ejemplo, RICHARD GONZÁLEZ la ha definido como el “conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la custodia de las evidencias obtenidas en el curso de una investigación criminal, que tienen por finalidad garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba”. Vid. RICHARD GONZÁLEZ, M., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, *op. cit.*; en similares términos, DEL POZO PÉREZ sostiene que es el “procedimiento, convenientemente documentado, controlado, que se aplica a los indicios, trazas, objetos y vestigios materiales relacionados con el delito, desde su localización hasta su valoración por los encargados de administrar Justicia y que tiene como fin constatar la identidad, integridad y autenticidad de los mismos, garantizando y acreditando que lo recogido y analizado es lo mismo que lo que se somete a juicio”. Vid. DEL POZO PÉREZ, M., “La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial”, *op. cit.*

En una línea algo diferenciada respecto de las anteriores, todavía puede apreciarse cierta vinculación con la prueba pericial. En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES define la cadena de custodia como un “procedimiento documentado a través del cual se garantiza que lo examinado por el perito es lo mismo que se recogió en la escena del delito y que, dadas las precauciones que se han tomado, no es posible el error o la contaminación y así, es posible el juicio científico del perito que, tras su ratificación en juicio, adquirirá el valor de prueba”. Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba de ADN en el borrador de código procesal penal”, *Diario La Ley*, núm. 8213, 2013.

51 Así lo defiende, postura que comparto, GUTIÉRREZ SANZ afirma que “para poder elaborar un concepto de cadena de custodia, habremos de partir de una doble perspectiva. Por un lado, la de proceso técnico específico de ocupación, custodia y análisis para asegurar la indemnidad e identidad de la trazabilidad de las fuentes de prueba y por otro, como instrumento procesal imprescindible para otorgar verosimilitud a la prueba pericial y por tanto determinante en su valoración”. El mayor inconveniente de estas afirmaciones es que vincula nueva-

Muy sucintamente, puede sostenerse que la producción doctrinal, en general, pone el acento en los siguientes caracteres: en primer lugar, se vincula al proceso penal y, en concreto, a la obtención de fuentes de prueba durante la investigación criminal; en segundo lugar, se trata de un instrumento procesal al servicio de la identidad, integridad y autenticidad de las fuentes de prueba⁵²; en tercer lugar, se manifiesta como un conjunto de actos⁵³ iniciados con la obtención de la fuente de prueba y

mente cadena de custodia y prueba pericial. Más adelante y con mayor profundización, la autora concreta una definición propia y sostiene que la cadena de custodia es una “concatenación de actos de recogida, custodia y análisis de los vestigios obtenidos en una investigación penal, realizados por personal cualificado con la diligencia debida para garantizar la indemnidad y la identidad entre los vestigios aprehendidos y los que son la fuente de prueba sobre las que lleva a cabo la actividad probatoria. La integridad de la cadena de custodia debe estar suficientemente documentada o poder ser acreditada mediante cualquier medio que fehacientemente manifiesta que en ningún momento se ha producido una quiebra en esa conexión interna entre los diversos actos que la conforman”. Vid. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, op. cit., p. 30.

- 52 MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 454-455, relaciona la cadena de custodia con las garantías en la conservación de las pruebas. En este sentido, sostiene que la cadena de custodia implica “una descripción del objeto, del lugar donde se encontró, la identificación de quienes lo han tenido en su poder, las operaciones que se han realizado con él, etc.”, debiendo igualmente determinarse “con precisión los lugares en que ha estado depositado o custodiado y la persona o institución bajo cuya responsabilidad se ha encontrado”. De esta forma, se vuelve a la misma consideración ofrecida, y detallada ya en este trabajo, por otros autores que han estudiado la materia. Se vuelve a hablar de los actos e información que hará de documentarse. Relevancia sobre la documentación de la cadena de custodia como método para asegurar el buen desarrollo de la misma.
- 53 DEL POZO PÉREZ ha diferenciado el procedimiento de la cadena de custodia en dos etapas (muy vinculadas a la prueba pericial): una primera etapa que transcurre desde la obtención de la fuente de prueba hasta su traslado al laboratorio encargado de su posterior análisis, e integrada por las fases de recogida, embalaje y transporte de la fuente de prueba; y una segunda etapa que transcurre desde la recepción en el laboratorio y hasta su remisión a la autoridad judicial, abarcando

que finalizan con su introducción al proceso como medio de prueba; y, finalmente, su innegable vínculo con la valoración de la prueba.

En último término, también se ha de señalar la actitud crítica adoptada por la doctrina procesalista. Como no puede ser de otro modo, son muchos los autores que exponen la necesidad de una regulación sistematizada y completa sobre la recogida, custodia y análisis de las evidencias⁵⁴, que contemple las exigencias propias para el correcto desarrollo de la cadena de custodia, así como las consecuencias derivadas de la ruptura de la misma. Este sector doctrinal –en el que me incluyo– insiste en la necesidad de propiciar una regulación que permita asentar los principios y características de la cadena de custodia en nuestro sistema procesal, de forma que se evite perjudicar la seguridad jurídica, –y añadido– profundizando en la dualidad que la configura, de modo que sea definida y tratada en función de sus dos manifestaciones (formal y material), pero siempre enfatizando su identidad procesal.

Una adecuada propuesta conceptual clara y concisa ha de excluir algunos aspectos que, si bien han de ser tenidos en cuenta como caracteres específicos de la cadena de custodia, no entran, sin embargo, dentro de su concepto. Y ha de incorporar los siguientes enunciados: la cadena de custodia es una garantía del derecho a la prueba, propia del proceso del siglo XXI. Desde su vertiente formal, constituye la garantía

la fases de recepción, tratamiento para la investigación (donde se realizan los oportunos estudios y análisis que se incluirán en el informe pericial), embalaje y transporte hasta la sede judicial (teniendo como objetos vinculados el oficio de remisión a la autoridad judicial y el informe pericial resultante). *Vid.* DEL POZO PÉREZ, M., *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Sepín, Madrid, 2014.

- 54 EIRANOVA ENCINAS, E., “Cadena de custodia y prueba de cargo”, *Diario la Ley*, núm. 6863, 2008; FIGUEROA NAVARRO, C., “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”, *op. cit.*; RICHARD GONZÁLEZ, M., “La cadena de custodia en el proceso penal español”, *op. cit.*; ESPÍN LÓPEZ, I., “La cadena de custodia en el proceso penal. Propuestas en relación con el análisis y custodia de la prueba digital”, *La Ley Penal*, núm. 151, 2021.

de la mismidad de la prueba, cuya acreditación se alcanza –precisamente– mediante la corrección de la cadena de custodia; desde su vertiente material, la cadena de custodia constituye el conjunto de actos que se inician con la obtención de la fuente de prueba material y finalizan con su introducción en el juicio oral a través del medio de prueba oportuno.

Se desprenden de la definición aportada ciertos caracteres que integran el concepto de cadena de custodia y que, necesariamente, han de ser desarrollados por separado. Me estoy refiriendo a los términos *mismidad de la prueba y corrección de la cadena de custodia*.

El término mismidad de la prueba requiere de una explicación detallada dada su relevancia. Como se ha adelantado en el apartado dedicado a la tercera etapa de la construcción jurisprudencial, en efecto, se trata de un término asentado y consolidado por el TS. La mismidad hace referencia a la garantía de la incolumidad de la prueba, esto es, la garantía de que la prueba no ha sufrido daños ni alteraciones, que se mantiene incólume desde su obtención, lo que se traduce en que la prueba es lo mismo desde su obtención y hasta su posterior análisis e introducción en juicio. La constante de “ser lo mismo” es, precisamente, lo que jurisprudencialmente se ha venido denominando como mismidad de la prueba⁵⁵.

Hoy en día, la mismidad de la prueba ha alcanzado una extraordinaria relevancia en materia de cadena de custodia, pues el concepto jurisprudencial gira en torno a ésta. De ahí que el concepto aportado en este trabajo proyecte la cadena de custodia como la garantía de la mis-

55 En virtud de la STS 1119/2009, Sala de lo Penal, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7710; entre otras, el TS alude a la mismidad en los siguientes términos: En relación a la cadena de custodia el problema que plantea (...) es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la «mismidad» de la prueba”.

midad de la prueba, de modo que la mismidad se materializa como un elemento indispensable para el entendimiento esta institución procesal.

Afirmado lo anterior, sorprende el hecho de que la doctrina científica haya obviado en numerosas ocasiones la especial trascendencia del término mismidad al analizar la figura de la cadena de custodia⁵⁶. Ahora bien, ello no implica que los procesalistas españoles hayan ignorado las cuestiones inherentes a esta mismidad, sino que han acudido a éstas a través de otros términos (autenticidad, identidad, integridad, inalterabilidad, indemnidad, inmutabilidad o incolumidad acostumbran a ser los más comunes). Todos ellos son manifestaciones de la llamada mismidad de la prueba.

En este contexto, ha de tenerse en cuenta que, a la hora de entender este concepto, es obligado otorgarle al mismo un significado jurídico y, en particular, vinculado con la cadena de custodia, esto es, atendiendo a su finalidad. Por ende, muy sucintamente, partimos de que la cadena de custodia busca acreditar la equivalencia procesal entre las fuentes de prueba material obtenidas en la investigación criminal y los medios de prueba aportados al juicio oral en su virtud.

56 Bajo el contexto anterior, partimos de un escenario doctrinal algo confuso en el que parte de la doctrina ha recibido el concepto jurisprudencial sin reservas, adoptando una idea lo suficientemente literal como para generar fisuras en el término a nivel procesal. Al respecto de lo anterior, LÓPEZ VALERA define la mismidad de la prueba como la “garantía o certeza de que lo que se traslada y analiza es idéntico en todo momento, o que las evidencias sujetas a los principios procesales de intermediación, publicidad y contradicción de las partes para constituirse en prueba a juicio de los juzgadores, es lo mismo en todo momento”. Vid. LÓPEZ VALERA, M., *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*, op. cit., pp. 24-25. También GARCÍA MATEOS, J. A., “Cadena de custodia vs. mismidad”, en op. col. Oliva León y Valero Barceló (coords.), *La prueba electrónica: validez y eficacia procesal*, Juristas con futuro, Zaragoza, 2016, pp. 131 y ss., quien rechaza la tesis de que la cadena de custodia garantiza la mismidad de la prueba o, en palabras del autor, “el principio de mismidad”. Esta aseveración la defiende en base a la idea de que la mismidad de la prueba quiebra automáticamente cuando la evidencia se altera, con independencia del tipo de alteración sufrida, incluso tratándose de una modificación derivada del análisis pericial y perfectamente documentada.

Es preciso matizar que analizamos esta equivalencia exclusivamente a efectos procesales. Esto se traduce en que resulta indiferente si el concreto objeto que va a ser introducido al juicio oral a través del oportuno medio de prueba ha mutado a lo largo del proceso (ya sea su aspecto, su peso, el estado en el que se encontraba, etc.), siempre que se haya garantizado que —a pesar de las modificaciones o alteraciones sufridas por el devenir de las actuaciones procesales pertinentes— el medio de prueba se corresponde con la fuente obtenida durante la investigación criminal. El ejemplo más evidente es la muestra de droga que varía su pesaje tras el correspondiente análisis pericial sobre la misma. Dicho de otro modo, la fuente de prueba no debe forzosamente mantenerse invariable e idéntica en el tiempo, pues ésta no es la finalidad de la actividad probatoria, en términos generales, ni de la cadena de custodia, en particular. En suma, es irrelevante que la fuente de prueba haya sufrido alteraciones materiales por causa de las actuaciones procesales a las que haya sido sometida, cuando se ha podido acreditar su mismidad a través de la corrección de la cadena de custodia. Por lo que la mismidad de la prueba se corresponde con la acreditación formal de los aspectos arriba señalados (autenticidad, identidad, integridad, inalterabilidad, indemnidad, inmutabilidad o incolumidad), en tanto que los entendemos como manifestaciones específicas de la misma. Implica, en consecuencia, la contraposición entre la mismidad material y la mismidad formal de la prueba.

Por otro lado, por lo que se refiere, en segundo lugar, a la expresión corrección de la cadena de custodia, su análisis es efectuado en el apartado siguiente.

3.2. La doctrina científica frente a la vertiente formal: la cadena de custodia como garantía de la prueba

3.2.1. La corrección de la cadena de custodia

La expresión corrección de la cadena de custodia, como su propia literalidad indica, hace referencia al correcto desarrollo de la cadena de custodia. A nivel jurídico significa que no ha habido problemas procesales en su desarrollo y, por tanto, se ha garantizado la mismidad de

la prueba. La apreciación de este escenario procesal implica, en suma, que la prueba ha alcanzado un grado de fiabilidad adecuado que tendrá su reflejo en sede de valoración. Éste es el escenario procesal idílico, al menos, desde el punto de vista de la Administración de Justicia, pues implica que la investigación ha transcurrido con normalidad.

Basándonos en la presunción *ius tantum de veracidad que afecta a la cadena de custodia*, oportuno es destacar que acreditar su corrección es, en principio, innecesario para las partes procesales⁵⁷. Distinto escenario se produce ante la impugnación de la misma, sobre motivos fundados, pues ante esta situación sí resulta pertinente –para la parte interesada– concentrar sus esfuerzos en acreditar su corrección. De modo que la dificultad que encuentra en acreditar, en su caso, la ruptura de la cadena de custodia como método para cuestionar la fiabilidad de la prueba y, en consecuencia, afectar a su valoración.

Nuevamente se observa como punto negativo la ausencia de normativa expresa, en este caso, que regule las exigencias mínimas que ha de cumplir la corrección de la cadena de custodia. A pesar de no ser preceptiva la verificación de este escenario, es fundamental concretar estas condiciones de cara a ofrecer un escenario procesal que cumpla con unos estándares mínimos de seguridad jurídica⁵⁸.

57 ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “La cadena de custodia en materia de tráfico de drogas”, en *op. col.* Figueroa Navarro (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 83.

58 A pesar de la ausencia de normativa al respecto, tanto doctrina como jurisprudencia han construido todo un “*corpus jurídico*” que sintetiza las cuestiones expuestas supra y que, en palabras de GUTIÉRREZ SANZ, “es asumido como cuasi vinculante por la comunidad jurídica”, de modo que los diversos operadores jurídicos que entran en contacto con la cadena de custodia tienden a respetarlo. Con todo, la normativa a la que alude la autora hace referencia esencialmente a la vertiente material de la cadena de custodia. No podemos negar –y de hecho no lo negamos– el valor que la vertiente material de la cadena de custodia proyecta en la corrección de la misma, entendiéndolo que la adecuada sucesión de los actos integrantes de la perspectiva material ofrece una alta seguridad en la dimensión

En definitiva, el cumplimiento de la corrección de la cadena de custodia implica la acreditación de la mismidad de la prueba, esto es, la identidad procesal entre fuente y medio de prueba (que, en efecto, se traduce en la ausencia de alteraciones –o justificación de las mismas– en la prueba analizada, en línea con lo expuesto en los puntos precedentes). Lo anterior significa que la prueba adquiere un grado de fiabilidad elevada y, por consiguiente, afectante a la verosimilitud de la misma.

3.2.2. Posibles contingencias en su desarrollo y las consecuencias jurídicas de la su ruptura

Mayor atención hemos de proporcionar a la aparición de escenarios que reflejen irregularidades en el desarrollo de la cadena de custodia, y por dos motivos. Por un lado, porque es fundamental mantenerse alerta ante estas posibilidades al preverse la presunción de corrección en la cadena; por otro, porque la ruptura de la cadena repercute negativamente en la actividad probatoria y, en función de cómo se actúe frente a esta ruptura, puede –incluso– incidir en DDFP de contenido procesal.

El abordaje de la posibilidad de que surjan ciertas contingencias que comprometan la corrección de la cadena de custodia debe analizarse en líneas generales desde tres planos diferenciados: dos de ellos en virtud del riesgo de alterar o modificar el elemento de prueba, primero, desde la óptica de la contaminación accidental de la evidencia, y segundo, desde la perspectiva de la manipulación consciente de la misma; el

procesal y, en concreto, en el alcance de la corrección de la cadena de custodia. Sin embargo, a lo largo de este trabajo se ha venido sosteniendo que la vertiente material no debe condicionar en extremo la prosperidad de la vertiente formal, esto es, de la corrección de la cadena de custodia. Es por ello que, en este punto, merece nuestra atención la formulación de unas condiciones mínimas que se orienten a la vertiente formal. Vid. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., La cadena de custodia en el proceso penal español, op. cit., pp. 61 y ss. En concreto, la autora alude a una serie de normativa internacional que enlaza directamente con la Recomendación del Consejo de Europa de 30 de marzo de 2004 sobre directivas para la toma de muestras de drogas incautadas (2004/C 86/04).

tercer plano se circunscribe a los defectos habidos en el deber de documentación de la cadena de custodia, ya sea por ausencias o errores.

A pesar de lo que pudiera parecer, la contaminación accidental de las evidencias puede ocurrir con mayor frecuencia de la que, en principio, cabría esperar⁵⁹. Empero, no hay que volverse alarmistas, pues en la actualidad, el nivel de concienciación al respecto es sensiblemente mayor

59 De primeras, la contaminación accidental de la evidencia parece algo difícil de producirse, habida cuenta la trascendencia que los protocolos de cadena de custodia han adquirido hoy en día. Sin embargo, no necesitamos retroceder mucho tiempo atrás para localizar errores de este tipo en el contexto de un caso probablemente conocido por todos. Ejemplo de ello es lo ocurrido en el año 2013 en relación con el asunto mediático del conocido como Caso Asunta. Ocurre aquí que se localizan en la ropa de la víctima restos orgánicos coincidentes con el perfil genético de una persona ajena al crimen que se estaba investigando. Empero, esta persona acredita que se encontraba en Madrid en el momento de los hechos, ocurridos estos en Galicia. Descartada toda posibilidad de relación con los hechos investigados, saltan las alarmas, muy presentes a nivel mediático, en cuanto a la contaminación de las evidencias y la posibilidad de una ruptura de la cadena de custodia en el referido Caso Asunta. Sin embargo, la cuestión no se suscita a lo largo del procedimiento habida cuenta que la hipótesis de una agresión sexual fue descartada en virtud de la autopsia realizada. El error se justifica en que este ciudadano estaba siendo investigado por un delito de violación, por lo que la contaminación de la evidencia se produce en los laboratorios centrales de Madrid, donde se estaban realizando los análisis forenses de las fuentes de prueba derivadas de ambos casos. Aunque lo cierto es que los peritos negaron la posibilidad de que la contaminación se produjese en el laboratorio, ésta se formula como la hipótesis más fiable. En tal sentido, la contaminación habida no produce consecuencias al haberse producido sobre elementos materiales que no configuraban, finalmente, prueba de cargo en el caso analizado. *Vid.* https://www.elconfidencial.com/sociedad/2013-12-12/la-defensa-de-los-padres-pedira-desestimar-la-ropa-de-asunta-contaminada-de-semen_65340/ (fecha de consulta: 23/02/2024). La propia STSJ GAL 2/2016, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de marzo, ECLI:ES:TSJGAL:2016:1522, resta importancia a la cuestión de la contaminación de la camiseta al no haber sido este aspecto sometido a valoración por el Tribunal del Jurado, además expone la existencia de unos análisis tanto de la Guardia Civil como de la Universidad de Santiago que dirimen la cuestión de la contaminación.

que en años anteriores y los organismos que entran en contacto con las evidencias tienden a cumplir unos protocolos de actuación orientados a la búsqueda de garantías frente a la posibilidad de contaminaciones accidentales en el tratamiento que se ofrece a los elementos de prueba material⁶⁰. En definitiva, la seguridad en la gestión de las evidencias es elevada.

No podemos, sin embargo, descartar enteramente la posibilidad de contaminación, pues la posibilidad de errores, aunque sea cada vez menor, siempre se mantiene presente⁶¹. El problema que se afronta es que ésta puede ocasionar consecuencias fatales, pudiendo llegar –incluso– a rechazarse la valoración de una prueba debido a su escasa fiabilidad. Con todo, de producirse la contaminación de la fuente de prueba, habrá que estar al caso concreto para –finalmente– conocer si tal contaminación ha supuesto una quiebra en la cadena de custodia, de modo que la decisión estriba en la discrecionalidad del juez, quien analizará y ponderará la gravedad de estas irregularidades en sede de valoración de la prueba. Obvio resulta decir que es una exigencia del sistema la tenencia de una diligencia adecuada en el desarrollo de las investigaciones a fin de evitar posibles contaminaciones en la cadena de custodia y, por supuesto, a fin de evitar cualquier tipo de error accidental en cada uno de las fases del proceso de investigación en general.

El segundo de los planos analizados alude a la manipulación consciente de la evidencia, que es, sin lugar a dudas, el escenario más

60 A lo anterior hay que añadir que, en el contexto de los laboratorios oficiales, la seguridad viene dada en virtud de una doble vía: por la oficialidad del laboratorio, por un lado, lo que supone el cumplimiento de los “estándares de calidad necesarios para que no existan dudas sobre las labores que en ellos se realizan”; así como por la alta capacitación y especialización del personal que maneja las evidencias, por otro. Vid. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso español*, op. cit., p. 77.

61 LEAL MEDINA, J., “Ruptura de la cadena de custodia y desconexión de las fuentes de prueba. Supuestos concretos. Reflexiones que plantea”, *Diario la Ley*, núm. 8846, 2016.

grave⁶². En primer lugar, porque se da una ruptura efectiva de la cadena de custodia; y, en segundo lugar, porque se trata de una circunstancia intencionada. En este punto, se plantean abundantes interrogantes que traspasan los límites de la cadena de custodia, tales como la responsabilidad que pueda derivarse para quien haya realizado la manipulación de la evidencia. En efecto, debemos señalar que lo característico en este supuesto es la intencionalidad. No se trata ya de un descuido o error humano producido durante la investigación o en los análisis efectuados en los laboratorios, sino que se trata de la posibilidad de que una persona haya manipulado intencionadamente la evidencia. Aunque el resultado puede ser equivalente en materia de cadena de custodia, lo cierto es que la premisa que facilita uno u otro escenario es muy diferente.

Esta circunstancia es, además, especialmente plausible en atención a la prueba tecnológica. Sin embargo, cuando la prueba se encuentra ya en poder de las autoridades u organismos oficiales, no parece especialmente accesible para poder ser manipulada. Es por ello que no basta con que la parte plantee la posibilidad, sino que habrá de introducir motivos justificados que generen desconfianza.

Finalmente, y según lo anunciado previamente, la presencia de meros errores burocráticos en la documentación de la cadena de custodia constituye el escenario más laxo en cuanto a posibles contingencias en la misma. Ello porque los meros errores burocráticos, como hemos visto, no determinan la ruptura de la cadena de custodia de forma determinante, sino que la jurisprudencia ha avalado en cuantiosas ocasiones la posibilidad de subsanar estas ausencias mediante las declaraciones de las personas implicadas en la custodia de las evidencias. En este sentido y a pesar de que se trata de una de las exigencias que viene recogiendo

62 Al respecto, NIEVA FENOLL expone que, aun a pesar de la profesionalidad y buen hacer de la policía judicial, puede ocurrir que se introduzca indicios falsos en la escena del crimen. NIEVA FENOLL, J., “Algunas sugerencias acerca de la práctica y valoración de la prueba de ADN”, *La Ley Penal*, núm. 93, 2012.

la jurisprudencia, de cara a la acreditación de la cadena de custodia, el TS es claro al sostener que no puede –ni debe– formularse como una exigencia de estricto cumplimiento. Se trata de no excluir la prueba por una simple irregularidad formal en la cadena de custodia.

Así, la jurisprudencia del TS ha consolidado una doctrina que se basa, por un lado, en la no exigencia de uniformidad en la documentación y, por otro, en que las irregularidades en la cadena no tendrán como consecuencia directa la nulidad de la prueba. En lo que se refiere a la uniformidad en la documentación, el TS considera que la documentación no puede convertirse en un requisito formalista cuyo incumplimiento invalide la prueba. En estos casos, habrá que comprobar si la irregularidad detectada genera o no dudas sobre la mismidad de la fuente de prueba a efectos de valoración. La finalidad se justifica en evitar que una simple irregularidad formal en la cadena de custodia concluya en la exclusión de la prueba, siendo necesario que exista forma alguna de acreditar que se ha producido ruptura de la cadena de custodia. A pesar de no ser un requisito esencial, resulta evidente su relevancia en tanto que, si una cadena de custodia ha sido perfectamente documentada a lo largo de todo el procedimiento, resulta mucho más sencillo acreditar su corrección. De este modo, el mantenimiento de una documentación adecuada se plantea como uno de los mecanismos más eficaces de cara a la garantía de la corrección de la cadena de custodia.

Todos los escenarios anteriores pueden conducir a la presencia de ciertas incorrecciones en la cadena de custodia. Precisamente, como se ha visto, la jurisprudencia del TS ha elaborado un sistema gradual de incorrecciones con sus consiguientes consecuencias jurídicas.

La existencia de ciertas irregularidades leves⁶³ –y subsanables– es, sin duda, el escenario más amable en cuanto a la posibilidad de contingencias surgidas en la cadena de custodia. Se trata de meras irregu-

63 O irregularidad no invalidante, llamada así por LÓPEZ VALERA, M., *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*, op. cit., pp. 162 y ss.

laridades que no causan perjuicio grave a la verosimilitud de la prueba. Dicho de otro modo, la mismidad de la prueba puede ser acreditada aun cuando la cadena de custodia presente en su desarrollo este tipo de irregularidades. Por tanto, no arroja dudas sobre la fiabilidad de la prueba y, en consecuencia, sigue siendo óptima para ser valorada por el juez sentenciador. Sin embargo, un ejemplo de irregularidad leve se produce cuando no se ha documentado el manejo de la evidencia, por ejemplo, por parte de la policía judicial. En este caso, el agente de policía puede acudir a juicio a prestar declaración a fin de subsanar la irregularidad cometida. SÁNCHEZ RUBIO diferencia, así, entre la posibilidad de comisión de errores técnicos –como por ejemplo en laboratorios forenses y en el lugar de los hechos– y de errores burocráticos⁶⁴. Misma opinión expresa LÓPEZ VALERA, quien sostiene que los errores en la documentación de la cadena de custodia deben considerarse errores no invalidantes⁶⁵.

Mayores problemas presenta el análisis de la irregularidad grave con perjuicio a la verosimilitud de la prueba⁶⁶. En este caso, los errores en la cadena de custodia han adquirido una entidad mayor, con capacidad para perjudicar la fiabilidad de la prueba. Aunque ello no quiere decir que esta prueba deba ser excluida del proceso, el juez habrá de valorar hasta qué punto estas circunstancias arrojan dudas sobre la fiabilidad de la prueba que está valorando. En este sentido, autores como MESTRE DELGADO y GUTIÉRREZ SANZ exponen la tendencia de los tribunales a evitar la nulidad de la prueba como consecuencia de la ruptura de la

64 SÁNCHEZ RUBIO, A., “Sobre el tratamiento procesal de los errores cometidos en la obtención y conservación de las fuentes de prueba”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2017, pp. 241 y ss.

65 LÓPEZ VALERA, M., *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*, *op. cit.*, pp. 168 y ss.

66 Llamada irregularidad invalidante por LÓPEZ VALERA, *Ibidem*, pp. 169 y ss.

cadena de custodia⁶⁷, todo ello en atención a que los errores en la cadena de custodia afectan a la fiabilidad de la prueba. Sin embargo, también hay autores que sostienen que las irregularidades graves deben impedir el acceso de la prueba al proceso⁶⁸. En definitiva, queda a discreción del juez si la prueba ostenta fiabilidad suficiente para ser valorada.

Finalmente, se ha aludido por parte del TS a la posibilidad de vulneración de DDFF de contenido procesal⁶⁹. A pesar de que existe la posibilidad, no se trata del escenario más común. Para que se cumpla tal posibilidad, es necesario que se haya acreditado la ruptura de la cadena de custodia, generando dudas razonables acerca de la mismidad de la prueba y, aun así, el juez sentenciador haya valorado la prueba en sentencia. En ese caso, la parte perjudicada podrá impugnar la prueba en segunda instancia, alegando esta vulneración al haber sido empleada una prueba que adolecía de todo tipo de garantías acerca de su mismidad.

-
- 67 MESTRE DELGADO, E., “La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos”, *op. cit.*, p. 75; GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, *op. cit.*, p. 93.
- 68 LÓPEZ VALERA, M., *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*, *op. cit.*, p. 170; DEL POZO PÉREZ, M., *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, *op. cit.*
- 69 Respecto de este último escenario, resulta muy oportuno traer a colación la postura seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de cadena de custodia, pues la Corte está abierta al reconocimiento de una correlación entre las garantías judiciales reconocidas en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la institución de la cadena de custodia, muy en particular en relación con el asunto *Digna Ochoa y familiares v. México*, de 25 de noviembre de 2021. En primer lugar, la Corte reconoce la trascendencia de la cadena de custodia en el marco de las investigaciones criminales al afirmar que las eventuales carencias pueden comprometer la actuación diligente del Estado. En segundo lugar, reconoce asimismo que la ausencia de garantías en la cadena de custodia tiene un impacto negativo en los resultados de la investigación. Justamente en virtud de lo anterior, en el caso *Digna Ochoa y familiares v. México*, la Corte apreció la afectación al valor probatorio de las fuentes de prueba recabadas en la investigación a consecuencia de las diversas carencias en la cadena de custodia.

A pesar de lo expuesto en las líneas precedentes, la diferenciación que hace la doctrina del TS respecto a las simples irregularidades y las infracciones de mayor gravedad no es suficientemente concreta, haciendo alusión a conceptos subjetivos que no despejan las dudas respecto a las situaciones en las que se aprecia uno u otro tipo de irregularidad en la cadena.

3.2.3. Impugnación de la cadena de custodia y carga de la prueba

La impugnación de la cadena de custodia es otro de los eslabones que conforman la vertiente formal de la misma. De valioso interés en tanto que, tal y como hemos visto a lo largo de los capítulos precedentes, es especialmente recurrente en la estrategia procesal de las partes (en concreto, de las defensas) en los procesos penales.

El escenario de partida lo acoge –una vez más– un marco normativo inexistente, de ahí que, ante el vacío legal en la materia, es preciso acudir nuevamente a la jurisprudencia (fundamentalmente del TS), por un lado, y a la doctrina científica, por otro, pues es ahí donde se esboza el procedimiento de impugnación –sus cauces y criterios básicos–⁷⁰. Señala ESPÍN LÓPEZ que el examen de la impugnación de la cadena de custodia debe efectuarse desde dos ámbitos diferenciados: de un parte, la carga probatoria de la ruptura de la cadena de custodia; de otra, el momento procesal en que ha de realizarse tal impugnación⁷¹.

De forma previa a iniciar el análisis de los aspectos señalados *supra*, es preciso identificar la finalidad de la impugnación. Sin necesidad de mayor explicación, resulta patente que el propósito de la impugnación de la cadena de custodia es evitar la exclusión de la prueba por ausencia de garantías sobre su mismidad. A tal efecto, los motivos

70 LÓPEZ VALERA, M., *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*, *op. cit.*, pp. 176 y ss.

71 ESPÍN LÓPEZ, I., “La cadena de custodia en el proceso penal. Propuestas en relación con el análisis y custodia de la prueba digital”, *op. cit.*, p. 7.

que pueden justificar la impugnación de la cadena de custodia son los siguientes: (1) la contaminación accidental de la evidencia; (2) la manipulación consciente de la misma; y (3) la ausencia o errores burocráticos en la documentación de la cadena de custodia. Asimismo, la presencia de estas contingencias en el desarrollo de la cadena de custodia, como sabemos, tendrá aparejada una consecuencia jurídica u otra en función de la gravedad de las mismas –ya se irregularidad leve, grave o con perjuicio a DDFF–.

Dejando de lado las cuestiones anteriores, empezamos el análisis desde la óptica del momento en que se ha de sostener la impugnación de la cadena de custodia.

La fijación del momento procesal oportuno para ello sigue la línea de toda infracción de carácter procesal⁷², de modo que la impugnación de la cadena de custodia deberá efectuarse en el momento en el que la parte tenga conocimiento de las irregularidades que motivan tal impugnación, esto es, la cadena de custodia habrá de ser cuestionada desde la primera oportunidad. Ello quiere decir, por un lado, que la alegación de la ruptura de la cadena de custodia puede –y debe, en su caso– efectuarse de forma previa a la fase de Juicio Oral y, en concreto, durante la fase de instrucción⁷³; y, por otro lado, que –en virtud de la

72 GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, op. cit., p. 94.

73 En virtud de lo reseñado en texto, conviene señalar que el ALECrím 2020 recoge la posibilidad de impugnar la cadena de custodia en el trámite de admisión de la prueba (art. 447.3 ALECrím 2020). Esta previsión ofrece sin duda una novedosa proyección de la cadena de custodia, que incluso pudiera sugerir el otorgamiento tácito de un estatus sin precedentes, casi como requisito de admisibilidad de la prueba. Ante la posibilidad de este novedoso escenario, la cadena de custodia en el proceso español sigue un camino de aproximación al modelo estadounidense –ordenamiento en el que la cadena de custodia actúa tanto como requisito de admisibilidad de la prueba como elemento de graduación de la fiabilidad de la misma de cara a su valoración–. La impugnación de la cadena de custodia en fase de admisión de prueba no puede funcionar, no obstante, como medio de

prohibición *mutatio libelli*⁷⁴— no es admisible su impugnación en segundas y posteriores instancias cuando no ha sido alegada su ruptura en instancias previas⁷⁵. Al respecto, afirma LÓPEZ VALERA que “el error procesal más común [en] que incurren las partes a la hora de impugnar la cadena de custodia de las pruebas es la extemporaneidad”⁷⁶.

El segundo de los escenarios objeto de análisis hace alusión, en efecto, a la carga probatoria sobre la ruptura de la cadena de custodia. Con este fin, no obstante, han de ser considerados otros aspectos a los que aludimos a continuación.

exclusión de la prueba, sino más bien como una especie de “tacha” en la que las partes pongan de manifiesto su desacuerdo con la regularidad de la cadena de custodia analizada.

- 74 Afirma la SAP BU 29/2017, Sección 1ª, de 26 de enero, ECLI:ES:APBU:2017:40, que “la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales es unánime a la hora de inadmitir en apelación cuestiones ‘per saltum’, es decir, cuestiones nuevas no suscitadas en la instancia o, lo que se entiende, como la ‘mutatio libelli’”; SAP IB 58/2022, Sección 1ª, de 14 de febrero, ECLI:ES:APIB:2022:131, en similares términos sostiene la AP que “no puede entrar a valorar ‘ex novo’ y ‘per saltum’, cuestiones que no han sido previamente expuestas en la instancia” y añade que “ello es consecuencia de la prohibición ‘mutatio libelli’ que rige en general el procedimiento”. Especial interés reviste la STS 174/2016, Sala de lo Penal, de 2 de marzo, ECLI:ES:TS:2016:818, en la que el Alto Tribunal sostiene que la virtualidad inculpativa de unas pruebas de ADN no puede verse afectada por las alegaciones de la defensa en orden al quebranto de la cadena de custodia, porque tales alegaciones fueron formuladas con carácter extemporáneas.
- 75 Por ejemplo, la reciente STS 279/2023, Sala de lo Penal, de 20 de abril, ECLI:ES:TS:2023:1839, donde rechaza el motivo de casación alegado por la defensa en relación con la ruptura de la cadena de custodia de unas muestras biológicas tratarse de una cuestión nueva, introducida en casación, que no fue alegada en recurso de apelación, afirmando el TS que esta circunstancia es suficiente para rechazar el motivo alegado. Además, subraya que la defensa ni tan siquiera expone los motivos por los que razonadamente sostiene la ruptura de la cadena de custodia.
- 76 LÓPEZ VALERA, M., *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*, op. cit., p. 177.

Así, en este punto partimos de una cuestión fundamental: la cadena de custodia goza de presunción *iuris tantum* de veracidad. Naturalmente, esta previsión condiciona muy directamente la cuestión acerca de a qué parte corresponde probar la ruptura de la cadena de custodia. E implica, de igual modo, que la parte que pretende impugnar la corrección de la cadena de custodia (generalmente, como hemos afirmado, las defensas) debe ofrecer indicios fundamentados y razonables sobre la posibilidad de ruptura⁷⁷, no siendo suficiente únicamente con la formulación de una impugnación infundada. En este sentido, resulta evidente que gran parte de la garantía de la cadena de custodia se materializa como respuesta a la confianza depositada por nuestro sistema procesal penal en las autoridades oficiales (ya sea policía judicial, juez de instrucción, MF o perito que analice las evidencias... o, en definitiva, cualquier autoridad oficial que tenga contacto con la evidencia desde su obtención y hasta su aportación como prueba al Juicio Oral, incluido –en todo caso– también el juez o tribunal sentenciador).

Ahora bien, a lo largo de la construcción doctrinal de la cadena de custodia se han manifestado opiniones diferenciadas en virtud de quién ha de probar la ruptura. En primer lugar, hay autores que consideran que –una vez impugnada la cadena de custodia y teniendo en cuenta que esta impugnación ha de formularse sobre una base razonada y fundada– la

77 En el asunto mediático conocido como Caso Diana Quer también se cuestiona la integridad de la cadena de custodia. En concreto, la defensa alude a la posibilidad de que un elemento material de prueba (la brida) recogido durante la diligencia de levantamiento de cadáver no sea el mismo que durante la diligencia de autopsia. Sin embargo, la defensa plantea la desconfianza sin apoyo de motivos fundados que puedan generar la duda. En tal sentido, la STS 636/2020, Sala de lo Penal, de 26 de noviembre, ECLI:ES:TS:2020:3799, afirma que “nada consta (...) que pueda hacer dudar de la profesionalidad de los médicos forenses en el presente caso”. Y no solo eso, sino que el Alto Tribunal expone los pasos seguidos desde el levantamiento del cadáver y obtención de la fuente de prueba hasta los análisis efectuados, afirmando que no se observan irregularidades en el modo de proceder y que, por tanto, “resulta incuestionable la verificación de la cadena de custodia de este elemento de convicción”.

carga de probar la corrección de la misma recaerá en las partes que han propuesto la prueba en cuestión⁷⁸. Esto situaría a las acusaciones ante una doble posibilidad de actuación: por un lado, puede actuar en prevención, acreditando desde un inicio la cadena de custodia de la prueba que pretende hacer valer; por otro lado, puede tomar la decisión de mantenerse a la espera, hasta que se materialice la impugnación de la cadena de custodia y actuar –dado el caso– en defensa de la prueba que pretende hacer valer⁷⁹. En segundo lugar, otra de las posturas doctrinales adoptadas es que la carga de probar la ruptura de la misma debe recaer en la parte que la impugna y, especialmente, cuando se trate de una prueba cuya trayectoria y análisis ha sido seguido por parte de organismos oficiales. Esto es, en definitiva, una manifestación absoluta de la presunción de veracidad⁸⁰ de la cadena de custodia al haber sido organismos oficiales los encargados de

78 Así lo expone GUZMÁN FLUJA, quien considera que “debe ser la parte que propone la prueba, la que esté en condiciones de demostrar que la fuente no ha sufrido modificaciones o alteraciones desde que se encontrare bajo su custodia o poder y que se trata del mismo objeto, sustancia, documento u otra prueba material sobre los cuales se hubieran realizado análisis periciales”. No obstante lo anterior, insiste el autor en que la impugnación de la cadena de custodia debe efectuarse en base “argumentos probables, por lo menos en término de cierta verosimilitud, indiciaria, que motiven la apertura del debate sobre la cadena de custodia”. Vid. GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, op. cit., pp. 313 y ss. Es muy importante señalar que esta opinión se ofrece en el año 2006, por lo que nos estamos remontando a un contexto en el que la cadena de custodia todavía no ha alcanzado una relevancia adecuada y, en consecuencia, en su configuración jurisprudencial –y, por extensión, en la doctrinal y legal– todavía quedaba largo camino por recorrer hasta el arraigo de las piezas o elementos característicos de la cadena de custodia.

79 *Ibidem*, p. 314.

80 Lo hemos visto en la parte dedicada a la configuración jurisprudencial de la cadena de custodia. En efecto, se trata de una característica que la jurisprudencia ha ido anunciando y exponiendo a lo largo de los años: SAP M 217/2003, Sección 23ª, de 7 de marzo, ECLI:ES:APM:2003:2979; SAP M 785/2009, Sección 27ª, de 6 de julio, ECLI:ES:APM:2009:8425; SAP M 1492/2009, Sección 27ª, de 30 de noviembre, ECLI:ES:APM:2009:15479. De forma similar, la SAP V 19/2001,

mantenerla. Así las cosas, en lo que ambas posturas doctrinales parecen estar de acuerdo, es en que no es posible alegar y sembrar dudas acerca de la corrección de la cadena de custodia en base a meras suposiciones o afirmaciones vacías de contenido, sino que habrá de sustentarse esta impugnación en base a motivos y argumentos capaces de generar duda acerca de la mismidad de la prueba en cuestión.

Sin embargo, según la postura defendida por el sector doctrinal mayoritario, así como la seguida por la jurisprudencia, la carga de la prueba la ostentará la parte que invoque la ruptura de la cadena de custodia y ello sin que la contraparte deba acreditar su corrección⁸¹. Además, expone GUTIÉRREZ SANZ la dificultad que para las defensas supone la imposición de probar este extremo, hablando incluso de que la parte podría encontrarse ante “una especie de prueba imposible”, en atención a la “ausencia de normativa sobre la cadena de custodia”, lo que comporta una complicación a la hora de localizar en qué punto se ha menoscabado la regularidad de la cadena de custodia⁸².

Sección 2ª, de 3 de mayo, ECLI:ES:APV:2001:2731, recoge esta presunción de veracidad.

81 GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, op. cit., pp. 103 y ss.

82 *Ibidem*, p. 104; DEL POZO PÉREZ, M., “La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial”, op. cit., p. 13. Además, y a propósito de la impugnación de la prueba pericial, expone GUTIÉRREZ SANZ que nuestros tribunales han sido mucho más permisivos con la impugnación de la cadena de custodia que con la impugnación en concreto de la prueba pericial, “negando virtualidad a la impugnación de la prueba pericial que se hace por primera vez en el trámite de conclusiones definitivas, en el informe final o en la segunda instancia”; mientras que sí son propensos a aceptar la impugnación de la cadena de custodia aun cuando se efectúa extemporáneamente. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, op. cit., pp. 97 y ss.

Opinión trasladable a este punto es la formulada por PARDO IRANZO en relación con la objetividad de la prueba científica. La autora sostiene que presunta objetividad de este tipo de pruebas presenta una tripe problemática: el riesgo de error en la realización del peritaje; el empleo de protocolos diversos y no unitarios; y la ausencia

En definitiva, cabe afirmar que son tres los elementos a tener en cuenta para la impugnación de la cadena de custodia: en primer lugar, la ruptura de la cadena de custodia debe ser cuestionada desde la primera oportunidad que se presente a lo largo del procedimiento; en segundo lugar, la carga de probar la ruptura de la cadena de custodia recae en la parte que la impugna⁸³; y en tercer lugar, la impugnación de la cadena de custodia debe ser respaldada por hechos y argumentaciones concretas y no en base a meras suposiciones⁸⁴.

3.2.4. Cadena de custodia y valoración de la prueba

La valoración de la prueba se produce una vez superados los requisitos de admisibilidad –licitud, pertinencia y utilidad⁸⁵– y que, ade-

de unanimidad al respecto de cómo ha de interpretarse y cómo ha de plasmarse el resultado del análisis en el informe pericial. *Vid.* PARDO IRANZO, V., “Ciencia y proceso. De la pericial científica con privilegio jurisprudencial a la pericial científica con privilegio legal”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 38, 2013, pp. 127 y 128.

- 83 Configurándose, según la doctrina científica, una especie de inversión de la carga de la prueba que, en ocasiones, imposibilita la tarea probatoria a las defensas. Al respecto, afirma GUTIÉRREZ SANZ que “coloca en algunos casos a la parte en una situación de indefensión”. *Vid.* GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, *op. cit.*, p. 106.
- 84 Ello en relación con las exigencias impuestas en la jurisprudencia: SAP ML 30/2013, Sección 7ª, de 16 de mayo, ECLI:ES:APML:2013:95; STS 714/2016, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre, ECLI:ES:TS:2016:4171; SAP IB 252/2017, Sección 2ª, de 12 de junio, ECLI:ES:APIB:2017:1086; STSJ CV 22/2017, Sala de lo Civil y Penal, de 6 de julio, ECLI:ES:TSJCV:2017:8185; STSJ CV 23/2017, Sala de lo Civil y Penal, de 10 de julio, ECLI:ES:TSJCV:2017:9084; STSJ CAT 41/2018, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de mayo, ECLI:ES:TSJCAT:2018:4971; SAP B de 28 de diciembre de 2018, Sección 8ª, ECLI:ES:APB:2018:15267; SAP PO 147/2019, Sección 5ª, de 29 de abril, ECLI:ES:APPO:2019:1087; SAP M 190/2020, Sección 17ª, de 18 de mayo, ECLI:ES:APM:2020:5337; STSJ BAL 25/2020, Sección 1ª, de 29 de julio, ECLI:ES:TSJBAL:2020:629.
- 85 MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 457.

más, su práctica se ha efectuado en el juicio oral –con las excepciones de la prueba anticipada y preconstituida– y con el debido respeto a las garantías de oralidad, intermediación y contradicción⁸⁶.

Apuntaba DÖHRING la importancia de apreciar la prueba en su conjunto y no únicamente mediante examen separado de cada elemento probatorio⁸⁷. Partiendo de la premisa anterior, en la valoración de un medio de prueba cuya cadena de custodia pueda proyectar alguna duda menor sobre el juzgador, los restantes elementos del acervo probatorio serán determinantes a la hora de apreciar o no la prueba. Dicho de otro modo, la valoración de la prueba no se asienta en la formulación de una ciencia exacta y, por ende, la verosimilitud de una prueba no puede o debe descansar única y exclusivamente en la fiabilidad del concreto medio de prueba, sino –necesariamente– en la fiabilidad que se desprende de la valoración de la actividad probatoria en su conjunto.

Respecto de los elementos materiales de prueba, son tres las condiciones que han de respetarse a fin de que éstos adquieran valor probatorio: primero, la obtención con respeto a los DDFP; segundo, que se ofrezcan garantías suficientes sobre la autenticidad e integridad del elemento; y tercero, que quede acreditada la cadena de custodia⁸⁸. En este sentido, se está vinculando cadena de custodia y valoración. Así las cosas, la fiabilidad de una prueba material sobre la cual se ha acreditado fehacientemente la corrección de la cadena de custodia, adquiere mayor dimensión que una prueba respecto de la cual no se haya acreditado ni desacreditado tales extremos. En tal sentido, la prueba ofrecerá una mayor sensación de confianza al juez que, no obstante, valorará libremente la prueba.

86 *Ibidem*.

87 DÖHRING, E., *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba: su práctica y valoración*, (trad. Banzhaf), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pp. 408 y ss.

88 Así lo expone MERKEL, L., *Derechos humanos e investigaciones policiales. Una tensión constante*, *op. cit.*, p. 97.

3.3. La doctrina científica frente a la vertiente material: los actos que integran la cadena de custodia

Los diversos estudios doctrinales también han puesto el acento sobre el desarrollo del específico procedimiento de la cadena de custodia: esto es, desde la obtención de la fuente de prueba y hasta, finalmente, su valoración como medio de prueba correctamente practicado durante el juicio oral, pasando por su aportación en juicio oral como medio de prueba pertinente, útil y lícita⁸⁹.

Al contrario de lo que ocurría con la vertiente formal de la cadena de custodia –que se caracterizaba por su inflexibilidad–, su vertiente material es dinámica. Este dinamismo emana de la amplitud de posibilidades en cuanto a fuentes de prueba se refiere y ello a consecuencia de su naturaleza extrajurídica. De ahí que los actos que integran la vertiente material puedan sufrir variaciones o, incluso, surgir actos diferenciados en función de la concreta fuente de prueba objeto de análisis. Es por ello que, en este punto, nos referiremos a los actos generales que integran esta vertiente material y no a los actos específicos de cada fuente de prueba concreta (y que podrán encajar en alguno de los actos generales).

89 En virtud del art. 283 LEC.

Al hilo de lo expuesto, señala ZAFRA que la pertinencia consiste en la “adecuación o correspondencia entre el medio propuesto y el tema controvertido” –esto es, en otras palabras– “en la idoneidad de aquél para acreditar éste”, mientras que el concepto de utilidad parte de la pertinencia de la prueba, de modo que, una vez presupuesta la pertinencia, estriba “en la eficacia del medio para acreditar en cada caso concreto la alegación, necesitada de prueba, respecto a la cual ha sido propuesto”. Vid. ZAFRA, J., “La pertinencia de la prueba civil”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1960, p. 419. La definición aportada por ZAFRA –naturalmente, dado el ámbito temporal– ha sido ofrecida en atención a la antigua LEC, sin embargo, tal y como afirma GARCIANDÍA GONZÁLEZ, las acepciones aportadas se adaptan perfectamente a la regulación de nuestra actual LEC del año 2000. Vid. GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., “Los juicios de admisibilidad y de suficiencia de la prueba propuesta: extensión y límites al amparo de la doctrina de los Tribunales”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, 2018, p. 17.

En definitiva, la vertiente material de la cadena de custodia es amplia y difícilmente reseñable en su totalidad, no obstante, sí es posible seleccionar aquellos actos generales a toda fuente de prueba⁹⁰. En concreto, estos actos generales que integran la vertiente material de la

90 En este punto es oportuno señalar que diversos autores han ofrecido ya una visión propia sobre cuáles son los actos integrantes de la cadena de custodia. Al respecto, DEL POZO PÉREZ distingue dos etapas dentro del procedimiento: una primera etapa, integrada por tres fases (de recogida, de embalaje y de transporte); y una segunda etapa, integrada por cinco fases en total (de recepción en el laboratorio, de tratamiento para la investigación, de embalaje, de transporte y de documentos vinculados). Vid. DEL POZO PÉREZ, M., *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, op. cit. Con todo, la fase de documentos vinculados ni siquiera constituye una fase en sí misma –entendiendo las fases como un elemento propio del desarrollo procedimental–. Por otro lado, GARCÍA DE YÉBENES TORRES y GASCÓ ALBERICH los identifican con los actos de toma de muestras, transporte, recepción en el laboratorio, realización de ensayos y almacenaje final (vid. GARCÍA DE YÉBENES TORRES, P. y GASCÓ ALBERICH, P., “La cadena de custodia de muestras relacionadas con presuntos ilícitos contra el medio ambiente”, en *op. col.* Figueroa Navarro (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 130). En GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, op. cit., pp. 61 y ss. se habla de hallazgo, protección y recogida de las muestras y evidencias; la custodia de los vestigios; el análisis y el examen de los indicios; mientras que GIL VALLEJO, B., *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2011, pp. 157 y ss., al aludir al aseguramiento de las pruebas en el proceso penal (cadena de custodia), indica que “desde la práctica de las primeras diligencias hasta el acto del juicio oral” se desarrollan las siguientes fases: primero, los actos de obtención de las fuentes de prueba; segundo, los actos de incorporación al proceso; y tercero, la práctica de los medios de prueba. Otros autores, como CAMPOS, F., “La relevancia de la cadena de custodia en la investigación judicial”, *Medicina legal de Costa Rica*, vol. 19, núm. 1, 2002, distinguen entre las siguientes fases: hallazgo y custodia del escenario del crimen, inspección preliminar y búsqueda de indicios, fijación de la evidencia, recolección de los indicios, embalaje de la evidencia, transporte y entrega, análisis pericial, devolución o destrucción de las evidencias y registro documental de las etapas. Como puede observarse, todas las aportaciones doctrinales reflejan similares resultados en cuanto a la delimitación de la vertiente material de la cadena de custodia, aun cuando no se aluda a esta diferenciación entre vertiente material y vertiente formal por parte de sus productores.

cadena de custodia son, a mi entender, los siguientes: primero, el hallazgo y obtención de las evidencias; segundo, el aseguramiento y la conservación de la fuente de prueba; tercero, el análisis –en su caso– de las muestras; y cuarto, la incorporación de la prueba al juicio oral mediante el oportuno medio probatorio.

Siguiendo el esquema anterior, el primer acto material de la cadena de custodia –hallazgo y obtención de las evidencias– alude a la localización de las fuentes de prueba de carácter material que, en un futuro, podrán ser incorporadas al proceso como medio de prueba y a su obtención. Obtenida la fuente de prueba material, se inicia la cadena de custodia y, en consecuencia, deben respetarse las actuaciones necesarias para garantizar la protección de las pruebas materiales. Es importante señalar que, una vez iniciada la cadena de custodia, también se inicia el deber de documentarla.

Obtenidas las evidencias, la segunda fase de la cadena de custodia hace referencia al aseguramiento y conservación de la fuente de prueba material, esto es, se refiere a los actos de vigilancia y cuidado de las muestras, desde el momento de su recogida, transporte, pasando por un posible análisis científico de las evidencias, y hasta que se pongan a disposición judicial. Del mismo modo que ocurría en el anterior acto, el deber de documentar la cadena de custodia debe mantenerse también en este punto, del mejor modo en virtud del tipo de fuente de prueba de que se trata. Igualmente pasa con su conservación, la fuente de prueba habrá de ser asegurada y conservada en las condiciones que exija su propia naturaleza para evitar posibles alteraciones indeseadas.

En caso de que la fuente de prueba deba pasar un examen pericial, se inicia el tercer acto –el análisis de las muestras obtenidas–. En este punto se produce la recepción por parte de los expertos que van a proceder al análisis de las mismas. Se exige que lo primero que se debe evaluar y documentar por parte de los expertos sea el estado en que se reciben las muestras (así como el aspecto del embalaje), debiendo reflejarlo detalladamente en el documento de recepción. Asimismo, tendrán que ser identificadas las personas que entrarán en contacto con las

muestras⁹¹. Una vez finalizados los análisis de las muestras, es necesario documentar su estado final, señalando los cambios que se hayan producido, en su caso, y justificándolos. En este punto, los procedimientos estarán excesivamente diferenciados en función de las concretas fuentes de prueba que acceden a los análisis, puesto que no será lo mismo efectuar un análisis sobre muestras de ADN⁹² que un análisis sobre sustancias estupefacientes –e, incluso aquí, se pueden localizar distinciones en función del tipo de sustancia de que se trate–.

El último acto de la vertiente material es la incorporación de la prueba al juicio oral en virtud del oportuno medio probatorio (art. 299

91 GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, op. cit., pp. 76 y ss.

92 En este concreto punto –relativo al análisis de las muestras obtenidas mediante identificadores de ADN–, LÓPEZ VALERA nos ofrece una muestra de las principales recomendaciones del GHEP-ISFG (grupo de habla española y portuguesa de la sociedad internacional de genética forense) sobre la localización, hallazgo y recogida de muestras de ADN y que, a continuación, enumeramos en síntesis: uso obligatorio de guantes desechables, utilizar buena técnica y un buen material, lavarse las manos con agua y jabón una vez finalizado el trabajo, utilización de bata blanca o verde, no reencapuchar agujas ni desacoplar la jeringa, sellar bien los recipientes de muestras, en caso de herida lavarla con agua y jabón, transportar siempre en recipientes herméticos y dentro de un contenedor debidamente identificado con las correspondientes etiquetas de peligro de infección o contaminante biológico.

Se trata de una serie de medidas que muchas tienen el carácter de higiénico sanitarias y que, al contrario de lo que se pueda pensar, su objetivo no es únicamente la evitación de contagios del personal, sino que también están pensadas para evitar que la propia muestra biológica pueda verse contaminada. De esta forma, se evita que la muestra pueda ser adulterada o que su posterior análisis en el laboratorio forense pueda verse afectado por la contaminación sufrida por la muestra biológica. Son, por tanto y para concluir, medidas higiénico-sanitarias que –no obstante– también están vinculadas con las medidas para la garantía del correcto desarrollo de la cadena de custodia. Vid. al respecto LÓPEZ VALERA, M., “Localización, hallazgo y recogida de muestras de ADN en la cadena de custodia”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016, pp. 799-801.

LEC). Además, para acceder a la fase de juicio oral deberá cumplir con los criterios de admisibilidad: licitud, pertinencia y utilidad. Aunque la cadena de custodia no se valora en admisión, las partes podrán alegar irregularidades en la misma en ese momento. En definitiva, supone el final del trayecto de la fuente de prueba y, por ende, la cadena de custodia concluye con este acto. A partir de este momento, es la autoridad judicial la encargada de custodiar la fuente de prueba hasta su valoración en sentencia.

4. Algunas reflexiones y propuestas

4.1. Una reflexión en torno a la cadena de custodia tecnológica

En los últimos años y con relativa frecuencia, la doctrina procesalista ha ido exponiendo la idea de que la cadena de custodia alcanza una importancia sin precedentes en el contexto tecnológico. Partiendo de la veracidad de tal afirmación, me parece conveniente realizar una leve matización. Esta relevancia que adquiere la cadena de custodia tecnológica atiende, muy particularmente, a la desconfianza que genera la prueba tecnológica en los distintos operadores jurídicos.

De cara a afianzar la más reciente aseveración, es imperativo iniciar la reflexión sobre la base del fin inherente a la cadena de custodia. Finalidad que ha sido expresada desde los inicios de este trabajo y que no es otra que la de garantizar la mismidad de la prueba material. Tomando como base lo anterior, la desconfianza a la que hacíamos referencia previamente afecta directamente a la fiabilidad de la prueba tecnológica y deriva de los caracteres propios de ésta –ante todo, en virtud de su carácter volátil y su presunta fácil manipulación⁹³–. La reiteración

93 Así lo afirma, entre otros, SÁNCHEZ RUBIO al señalar que “(...) antes de confiar en la veracidad del contenido de una prueba electrónica han de adoptarse

de estos caracteres hizo que saltasen todas las alarmas e impulsó una preocupación generalizada en la doctrina acerca de cómo se habrá de acreditar la autenticidad de una fuente de prueba tecnológica⁹⁴. Pero, además, esta confianza continúa en detrimento con la aparición de las tecnologías disruptivas. Este nuevo contexto tecnológico exhibe problemáticas que van más allá de la mera facilidad de manipulación y que reflejan ahora la posibilidad de creación *ad hoc de pruebas que, aunque falsas, lucen auténticas*⁹⁵.

Volviendo sobre la idea reflejada líneas arriba, la desconfianza en la prueba tecnológica se traduce en una baja graduación de su fiabilidad.

numerosas cautelas”. Vid. SÁNCHEZ RUBIO, A., “Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del *hash* como requisito para la fiabilidad probatoria”, en *op. col.* Bueno de Mata (dir.), *Fodertics 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, p. 289; mientras ARIZA COLMENAREJO afirma que, en el ámbito informático, “la modificabilidad hace de los documentos digitales una fuente de prueba susceptible de ser impugnada”. Vid. GONZÁLEZ GRANDA, P. y ARIZA COLMENAREJO, M. J., *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 484 y ss.

94 Precisamente ésta es la verdadera consecuencia de la ausencia de confianza, si bien es importante tener en cuenta en este punto, tal y como afirma ARRABAL PATERO, que, a pesar de que reiteradamente se ha resaltado la posibilidad de alteración de las pruebas de carácter tecnológico, lo cierto es que esta circunstancia también ocurre en las pruebas más tradicionales. Vid. ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, *op. cit.*, p. 45.

95 Esta circunstancia se concreta muy en particular respecto de la posibilidad de valerse de una IA que genera imágenes, videos, sonidos... que emulan al original y que son de muy difícil o imposible diferenciación. Son hechos que ya hemos visto en la realidad: IAs que imitan las voces de los famosos, que modifican imágenes reales transformándolas por completo o crean imágenes desde cero a partir de una descripción, etc. Las posibilidades son infinitas y la utilización de este tipo de herramientas se vuelve cada vez más accesible y cómoda para el usuario, lo cual acrecienta exponencialmente la peligrosidad de estas herramientas de cara a una incorrecta aplicación. Ahora bien, la creación de imágenes falsas no es una novedad que haya introducido la IA, no obstante, la sencillez que ofrece la IA a la hora de manipular imágenes o videos es abrumadora.

Pero lo cierto es que esta desventaja emana de un aspecto lógico: la fuente de prueba tecnológica contiene ciertos datos (datos que pretenden ser valorados como prueba) que, comúnmente, se han incorporado al dispositivo tecnológico de forma previa a su localización durante la investigación criminal⁹⁶. Por ello las posibilidades de alteración o creación *ad hoc* de las pruebas se perciben mayores.

Es oportuno señalar que también en el contexto tecnológico nos encontramos ante un escenario de vacío legal en materia de cadena de custodia. Hecho éste ciertamente coherente con el estado actual de su regulación procesal, pues no existiendo tal regulación de la cadena de custodia per se, una regulación de su vertiente tecnológica luciría incongruente⁹⁷. Y ésta es, sin duda, la visión que se defiende en este trabajo: es fundamental regular la cadena de custodia tradicional, como garantía procesal, para después abordar la problemática específica de la cadena de custodia tecnológica.

Asentadas las anteriores premisas, son tres los aspectos esenciales a valorar en materia de cadena de custodia tecnológica: en primer lugar, la acreditación de la mismidad de la prueba tecnológica; en segundo

96 Diferencia fundamental con respecto a, por ejemplo, los análisis periciales efectuados por organismos oficiales.

97 Sin perjuicio de lo expresado en texto, no se puede obviar la sorpresa causada por la ausencia de previsiones al respecto tras la reforma operada por la LO 13/2015, mucho más teniendo en cuenta que el propio legislador manifestó entonces la facilidad de alteración que podría sufrir la prueba tecnológica. A pesar de ello, el legislador optó por incorporar únicamente vagas referencias a la necesidad de adoptar las garantías para asegurar la integridad de las fuentes de prueba obtenidas tras la práctica de algunas y concretas medidas de investigación. Vid. ESPÍN LÓPEZ, I., “La cadena de custodia en proceso penal. Propuestas en relación con el análisis y custodia de la prueba digital”, *op. cit.* En el ámbito de la UE, por otro lado, tiene especial consideración el Reglamento 2023/1543, relativo a las órdenes europeas de producción y conservación de prueba electrónica en los procesos penales, si bien tampoco aporta novedades relevantes en materia de cadena de custodia.

lugar, la impugnación de la cadena de custodia tecnológica; y, en tercer lugar, la fiabilidad de la prueba tecnológica en virtud de su cadena de custodia.

En relación con la acreditación de la mismidad de la prueba tecnológica y una vez planteadas las diferentes problemáticas, se ha iniciado una búsqueda constante de nuevas formas de garantizar la mismidad de la prueba en el terreno tecnológico⁹⁸. Aunque acreditar la corrección de la cadena de custodia de una prueba de carácter tecnológico puede efectuarse –al igual que ocurre cuando se trata de una prueba más tradicional⁹⁹– por diferentes vías¹⁰⁰, la posición más compartida sostiene que la pericial

98 ARELLANO, L. E. y CASTAÑEDA, C. M., “La cadena de custodia informático-forense”, *Cuaderno informático-forense*, Vol. 3, núm. 1, 2012, pp. 67-81, exponen un modo de proceder bastante detallado para la preservación de la cadena de custodia digital, siguiendo las fases de detección, identificación y registro, recolección de los elementos y recolección de la evidencia digital.

99 En síntesis, la diferencia fundamental es que la confianza que depositamos en una y en otra, y tratándose la cadena de custodia de una garantía que impacta directamente en la fiabilidad que el juzgador otorga a la prueba en fase de valoración, ciertamente la cadena de custodia adquiere una relevancia sin precedentes en el plano digital, ello porque partimos de un grado de desconfianza mayor en la fuente de prueba aportada.

100 Por ejemplo, ciertas propuestas doctrinales consideran que una forma de garantizar la mismidad de la fuente de prueba tecnológica consiste en que la obtención o el acceso a la fuente de prueba se efectúe en presencia de un fedatario público –ya se sea un notario o ante el LAJ–, de modo que el fedatario sea quien garantice el contenido de dicha fuente de prueba electrónica, dando fe del contenido de la misma. Es conveniente recordar que existe unanimidad doctrinal al respecto de que lo verdaderamente determinante es el contenido/información y no el dispositivo en sí mismo. En este caso concreto, se habla de la presencia de fedatarios públicos en el “primer momento del acceso al contenido de la prueba”, en tanto que “podrían presenciar el momento del acceso, bloqueo y clonado”. Vid. CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C., “La digitalización y custodia de la prueba pericial electrónica sobre evidencias virtuales”, en *op. col.* Picó i Junoy (dir.), *La prueba pericial a examen: propuestas de “lege ferenda”*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 473 y ss.

informática¹⁰¹ es el mejor modo de acreditar la mismidad de una prueba tecnológica. Para ello, un perito informático deberá analizar el dispositivo tecnológico a fin de comprobar que su contenido no haya sido adulterado.

Existen otras opciones, no obstante, que están alcanzado mucha fuerza en el terreno de las tecnologías disruptivas¹⁰². Se trata de la co-

101 ARRABAL PLATERO expone los beneficios de acudir a este tipo de medios, afirmando la utilidad de la pericia para el caso de que se requiera un análisis sobre los metadatos de la prueba tecnológica que se ha accedido al proceso, ello lo expone en referencia a los modos de introducir la información contenida en un dispositivo tecnológico, sin embargo, tales afirmaciones son trasladables al ámbito de la cadena de custodia. Vid. ARRABAL PLATERO, P., “El valor probatorio de la información contenida en un dispositivo tecnológico”, en *op. col.* Bujosa Vadell (dir.), *Derecho procesal: retos y transformaciones*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 536; CALAZA LÓPEZ sostiene que la pericial informática puede servir para acreditar la autenticidad e integridad de la prueba electrónica. Vid. CALAZA LÓPEZ, S., “Cadena de custodia y prueba tecnológica”, en *op. col.* Villegas Delgado y Martín Ríos (dirs.), *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 39 y ss. También SANJURJO RÍOS, E. I., “Proceso penal y volatilidad/mutabilidad de las fuentes de pruebas electrónicas: sobre la conveniencia y el modo de asegurarlas eficazmente”, *op. col.* González Granda (dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus Editorial, Madrid, 2020, p. 206; DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 69, aunque no en relación con la acreditación de la mismidad en concreto, el autor expone que la pericia informática puede resultar muy conveniente; MARTÍNEZ GALINDO, G., “Problemática jurídica de la prueba digital y sus implicaciones en los principios penales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022, pp. 15 y ss.; FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos electrónicos”, en *op. col.* Asencio Mellado (dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 202 y ss., en relación con la forma de acreditar la autenticidad de un correo electrónico. También RUBIO ALAMILLO, J., “Cadena de custodia y análisis forense de smartphones y otros dispositivos móviles en procesos judiciales”, *Diario la Ley*, núm. 9300, 2018, quien alude a la importancia de que el perito firmante sea informático.

102 Tecnologías que se enmarcan en el contexto de la llamada cuarta revolución industrial o industria 4.0. Término introducido por el economista SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Debate, Barcelona, 2016, pp. 19 y ss.

nocida tecnología *blockchain* –o cadena de bloques–¹⁰³. En particular, la notoriedad de la tecnología *blockchain* viene dada a consecuencia de la popularidad que adquirió el modo en que esta tecnología gestiona la información, justamente en aras a garantizar la confianza y credibilidad sobre la misma¹⁰⁴. Precisamente los debates doctrinales giran en torno a su eventual aprovechamiento en el proceso con especial consideración en el ámbito probatorio, dado que ofrece la posibilidad de aplicar una serie de mecanismos que permiten afianzar la confianza en la información tecnológica que pretende acceder al proceso como prueba¹⁰⁵.

-
- 103 La *blockchain* se formula como una categoría propia de la *Distributed Ledger Technology* o tecnología de registro distribuido y, en concreto, se perfila como un modo de aplicar este tipo de tecnología. Muy sucintamente, la tecnología *blockchain* opera como un libro mayor de carácter digital, distribuido e inmutable, garantizado a través de sistemas de criptografía avanzada mediante una red *peer-to-peer* en la que los nodos (usuarios) validan la transacción en virtud de un mecanismo de consenso, puesto que el control de la operación está descentralizado. Vid. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 15 y ss.; GIMENO BEVIÁ, J., “Blockchain y resolución de conflictos: algunas reflexiones”, en *op. col.* Martín Pastor y Juan Sánchez (dirs.), *El Derecho Procesal: entre la Academia y el Foro*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 608.
- 104 Esta confianza sobre el origen y el contenido de los datos es decisiva para el éxito de los sistemas de información y comunicación, no obstante, la tecnología *blockchain* –basada en sistemas de criptografía– ofrece soluciones aptas para asegurar esta confianza. Los sistemas de criptografía se basan en unos mecanismos de carácter matemático que hacen viable la identificación, por un lado, del origen de las informaciones y, por otro, el control sobre las posibles modificaciones y alteraciones. Vid. ARROYO GUARDEÑO, D.; DÍAZ VICO, J. y HERNÁNDEZ ENCINAS, L., *Blockchain*, Editorial CSIC, Madrid, 2019, pp. 6 y ss.
- 105 Ello se debe a su propia configuración, según la cual ésta se materializa como una cadena de bloques, en la que los “bloques” constituyen el conjunto de datos que incorporan las transacciones ejecutadas en la red *peer-to-peer* por parte de los nodos que la integran; y la “cadena” representa el enlace criptográfico que mantiene unidos unos bloques con otros. En concreto, este enlace se ejecuta por vía de código *hash*. Esto es, funciones resumen. Se trata de una función con la capacidad de transformar una información o mensaje a una longitud o tamaño en bits determinado, con independencia de su longitud o tamaño original. Al

En concreto, se trata de un mecanismo de encriptación de datos mediante el empleo de códigos *hash*. El código *hash* se obtiene a través de la aplicación de un algoritmo que traduce una cantidad de datos informáticos, con independencia de su tamaño, en un valor alfanumérico compuesto por un número determinado de bits¹⁰⁶. Ocurre aquí que, una vez obtenido el código *hash*, si se modifica un único bit del conjunto de datos, el valor del *hash* será diferente¹⁰⁷. Del mismo modo, una modifica-

resultado de la operación se le denomina *hash*. Es importante señalar que las funciones *hash* “no cifran ni descifran mensajes, pero son las herramientas indispensables para comprobar la integridad de determinada información”. Vid. ARROYO GUARDEÑO, D.; DÍAZ VICO, J. Y HERNÁNDEZ ENCINAS, L., *Blockchain, op. cit.*, pp. 21 y ss.; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español, op. cit.*, pp. 20 y ss.

A grandes rasgos, PÉREZ CAMPILLO expone los caracteres principales de la tecnología *blockchain*, que identifica como el “ADN” de esta tecnología: primero, la integridad de los datos y de la información, en tanto que los datos –una vez incorporados a la cadena– no son susceptibles de modificaciones en ningún caso; segundo, la confidencialidad; tercero, la autenticación de usuario, como complementario a la confidencialidad; cuarto, la autenticación del remitente y del destinatario, de modo que garantiza la seguridad entre las transacciones, evitando posibles suplantaciones; y quinta, la descentralización de internet e identidad digital, siendo ésta una de las características básicas de la *blockchain*. Vid. PÉREZ CAMPILLO, L., “Blockchain: ¿Amenaza o solución en la protección de datos personales y privacidad? Especial mención al e-health”, en *op. col.* Bueno de Mata (dir.), *Fodertics 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, pp. 263-264.

106 Los códigos *hash*, en concreto, se obtienen “mediante la aplicación de un algoritmo que convierte una gran cantidad de datos, de un tamaño variable, en un valor pequeño y de tamaño uniforme, por eso los valores *hash* también son conocidos como números resúmenes”. Esto es, la función *hash* convierte una serie de datos (correo electrónico, disco duro, documento ofimático, etc.) en una función matemática a fin de obtener un valor alfanumérico: el *hash*. Vid. SÁNCHEZ RUBIO, A., “Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del *hash* como requisito para la fiabilidad probatoria”, *op. cit.*, p. 297.

107 *Ibidem*, p. 297. También BARRIA NIEVAS, S., “Introducción al Blockchain: análisis del play to earn”, *Revista Blockchain e Inteligencia Artificial*, Vol. 3, núm. 4,

ción de los datos en una *blockchain* supondría la alteración de todos los *hashes* que integran la cadena y, en consecuencia, cualquier alteración sería perfectamente verificable¹⁰⁸. De ahí que el grado de credibilidad que ofrece la tecnología *blockchain* se perciba elevado¹⁰⁹.

En definitiva, éste es el fundamento de la hipótesis según la cual el empleo de tecnología *blockchain* es útil en aras a garantizar la corrección de la cadena de custodia de los datos digitales aportados al proceso como prueba¹¹⁰. Pero no solo encuentra su encaje en los análisis doctri-

2022, pp. 5 y ss., quien expone que el enlace de un bloque con otro mediante código *hash* implica que cada bloque se encuentra “criptográficamente vinculado al anterior y encriptado”, de modo que cada bloque contiene una referencia al bloque anterior, de modo que la totalidad de la información contenida queda garantizada con la inclusión de un nuevo bloque a la cadena.

108 A este respecto, conviene señalar que, si bien la modificación de los datos de contenidos en la cadena de bloques es técnicamente posible, no se advierte como probable. Esto deriva de la propia configuración de este tipo de tecnología DLT, puesto que los nodos tienen la capacidad de controlar e impedir los intentos de modificación de los datos, ya que la introducción de modificaciones en la red P2P únicamente es posible contando con el acuerdo de la mayoría de los nodos que la integran, todo ello en virtud del llamado protocolo de consenso. Vid. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, op. cit., pp. 22 y ss.

109 Al hilo de lo anterior, expone IBÁÑEZ JIMÉNEZ en relación con la *blockchain*: “Es, de este modo, una cadena de *hashes* o identificadores, porque los *hashes* tienen, junto a la función identificadora de los datos, la de conectar o ligar bloques, haciendo virtualmente irrompible la cadena, y, por ende, dotándola de seguridad material o tecnológica. De esta suerte, la cadena de identificadores de bloques (...) facilita el rastreo, seguimiento, persecución, investigación y (...) trazabilidad de todos los datos; a la par que, merced al mecanismo de la encriptación, veda la posibilidad de alterar la información engarzada”. *Ibidem*, p. 22.

110 En los últimos años son diversos los autores que han formalizado la propuesta de emplear sistemas *blockchain* y funciones *hash* como método para garantizar la inalterabilidad de la fuente de prueba de carácter digital. Vid. SÁNCHEZ RUBIO, A., “Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del *hash* como requisito para la fiabilidad probatoria”, op. cit., pp. 289 y ss.; GONZÁLEZ GRANDA, P.

nales, sino que también en la LECrim podemos localizar el fundamento para la integración de la tecnología *blockchain* como método para garantizar la cadena de custodia. Éste deriva de la reforma operada por la LO 13/2015 y, en concreto, de la introducción del art. 588 octies LECrim, el cual establece que el MF o la policía judicial “podrán requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión”. En virtud del citado precepto se reconoce la posibilidad de establecer un mecanismo de protección y conservación de pruebas electrónicas cuya aplicación podría tener encaje con arreglo a tecnología *blockchain*¹¹¹.

En el sistema jurídico de EEUU ya se ha previsto esta posibilidad. Tras una enmienda a las *Federal Rules of Evidence en el año 2017*¹¹², inte-

y ARIZA COLMENAREJO, M. J., *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, op. cit., pp. 484-487; SOANA, G., “Block-chain y prueba digital. Una oportunidad para la cadena de custodia”, en op. col. Pereira Puigvert y Ordóñez Ponz (dirs.), *Investigación y proceso penal en el siglo XXI: nuevas tecnologías y protección de datos*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 605 y ss.; PEREIRA PUIGVERT, S., “Sistema de hash y aseguramiento de la prueba informática. Especial referencia a las medidas de aseguramiento adoptadas inaudita parte”, *Fodertics II: Hacia una justicia 2.0*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2014, pp. 75 y ss. Al hilo de lo anterior, sostiene GARCÍA MATEOS que la única forma de garantizar, a nivel informático, que la evidencia digital no ha sufrido alteración alguna a lo largo de su existencia es a través de su huella digital, esto es, su *hash* (GARCÍA MATEOS, J. A., “Cadena de custodia vs. mismidad”, op. cit., p. 136).

111 BUENO DE MATA, F., “Blockchain, identidad autosoberana y prueba electrónica transfronteriza”, en op. col. Hernández López y Laro González (dirs.), *Proceso penal europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 82 y ss.

112 Vid. ROTHSTEIN, P F, *Federal Rules of Evidence*, op. cit., 2021, pp. 1045 y 1046; GRAHAM, M. H., *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, 11ª ed., West Academic Publishing, Saint Paul, 2021, pp. 695 y 696. Además, también cuentan con algu-

gran en la regla 902 la regulación sobre la prueba que se autoautentica¹¹³. Alude a una suerte de presunción *iuris tantum* respecto a la autoautenticación de aquellas pruebas electrónicas que posean un código *hash*, tales como los archivos electrónicos encontrados en un almacenamiento informático. A este respecto, la enmienda mencionada establece la presunción de autenticación de aquellos datos con un código *hash* idéntico, aunque en ocasiones continúe siendo necesaria la intervención de profesionales con formación técnica en la materia que puedan confirmar dicha autenticidad, de ahí, la posibilidad de que la parte contraria pueda emplear las pruebas que considere oportunas para contradecir dicha presunción de autenticidad.

En particular, el citado párrafo 902 (14) FRE establece lo siguiente:

“Certified Data Copied from an Electronic Device, Storage Medium, or File. Data copied from an electronic device, storage medium, or file, if authenticated by a process of digital identification, as shown by a certification of a qualified person that complies with the certification requirements of Rule (902(11) or (12). The proponent also must meet the notice requirements of Rule 902 (11)”.

La relevancia de esta enmienda, en concreto, radica en que configura el fundamento para la introducción de sistemas *blockchain* como elemento de autoautenticación de las pruebas, esto es, como método para garantizar la cadena de custodia de la prueba digital de forma automática, todo ello en virtud de la seguridad que ofrece el empleo de *hashes*.

nos manuales prácticos que orientan las actuaciones tendentes a garantizar la cadena de custodia digital: el más destacado es el *Electronic crime scene investigation: a guide for first responders*, redactado por el Departamento de Justicia. Documento que puede ser consultado en la siguiente página web: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/219941.pdf> (fecha de consulta: 21/02/2024).

113 MARÍN GONZÁLEZ, J. C. y GARCÍA SÁNCHEZ, G. J., “Problemas que enfrenta la prueba digital en los Estados Unidos de América”, *Revista de Estudios de Justicia*, núm. 21, 2014, pp. 75-91.

Al igual que ocurre con su vertiente tradicional, uno de los puntos más conflictivos de su dimensión tecnológica se encuentra en su impugnación. A pesar de la presencia de peculiaridades propias, la premisa de partida se fija en idénticos parámetros que los analizados anteriormente, principalmente teniendo en cuenta que la impugnación ha de efectuarse en el primer momento en que se tenga conocimiento de la circunstancia que perjudica el desarrollo de la cadena de custodia.

También las diversas posibilidades que podrían poner en jaque la mismidad de la prueba pueden sintetizarse en las mismas posibilidades. A saber, la contaminación accidental de la evidencia, la manipulación consciente de la evidencia y la ausencia o errores burocráticos en la documentación de la cadena de custodia. Con todo, en el caso de la prueba tecnológica las preocupaciones se centran especialmente en la posibilidad de manipulación consciente de la evidencia, si bien también se le otorga cierta relevancia a la contaminación accidental de la misma.

Una vez más, la cuestión orbita alrededor de la desconfianza que desprende la prueba tecnológica. Los operadores jurídicos acostumbran a desconfiar de la autenticidad de este tipo de pruebas, aduciendo su fácil manipulación o alteración, motivo por el cual es común impugnar la autenticidad de las mismas¹¹⁴.

Al hilo de esto y una vez impugnada la prueba de carácter tecnológico¹¹⁵, la consecuencia estriba en que se ha de acreditar su mismidad

114 PÉREZ DAUDÍ, V., “La prueba electrónica: naturaleza jurídica e impugnación”, en *op. col.* Asencio Mellado (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum: Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 1560 y ss.

115 Señala ESPÍN LÓPEZ que no hay previsión normativa al respecto, sin embargo, ésta podrá ser impugnada al igual que cualquier otra prueba. ESPÍN LÓPEZ, I.: *Investigación sobre equipos informáticos y su prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 270.

para alcanzar la confianza del juzgador¹¹⁶. Es lo que se ha denominado como la “prueba sobre la prueba”, en tanto que el objeto de ésta es acreditar la autenticidad del contenido del medio probatorio, pero no el objeto del proceso¹¹⁷.

La diferencia fundamental entre la impugnación de la cadena de custodia tecnológica y la tradicional reside en que ésta última viene acompañada de una presunción de veracidad, en tanto que el seguimiento de la fuente de prueba desde que es obtenida lo efectúan organismos oficiales¹¹⁸. En definitiva, se trata –como ya se ha afirmado– de una cuestión de confianza.

- 116 En este sentido, y a propósito de la impugnación de la prueba tecnológica, ARRABAL PLATERO expone que, una vez superado el trámite de admisión de la prueba, ésta podrá ser impugnada por la otra parte “por considerar que no concurre en ellas los requisitos de autenticidad e integridad”. Y añade la autora que las partes impugnarán las pruebas de contrario ante su eventual falsedad, sobre la base de la inautenticidad –“la prueba ha sido creada *ex novo para el proceso*”– o de la manipulación –la alteración de la prueba por medio de la supresión o modificación de datos– de las mismas. Vid. ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, *op. cit.*, pp. 335 y ss.
- 117 SÁNCHEZ RUBIO, A., “Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del *hash* como requisito para la fiabilidad probatoria”, *op. cit.*, pp. 292 y ss. Al respecto de la impugnación de la prueba tecnológica, afirma la autora que la carga sobre ‘la prueba sobre la prueba’ se sitúa en la parte que pretende beneficiarse de los efectos probatorios de la prueba. En opinión de SÁNCHEZ RUBIO, al contrario de lo que ocurre con la prueba tradicional, será la parte contraria quien deba probar la ausencia de fiabilidad de la prueba. Una vez más, esta cuestión deriva directamente de la falta de confianza en este tipo de pruebas.
- 118 Tiene interés el Dictamen 1/2016 de la unidad de Criminalidad Informática de la FGE, donde se expone que las distintas herramientas TIC ofrecen diversas posibilidades de cara a la manipulación de la prueba tecnológica, en tanto que posibilitan la simulación total o parcial del contenido de las fuentes de prueba. El citado dictamen, concreta estas posibilidades en las siguientes: hacerse con la cuenta de usuario de otra persona, suplantar la identidad de terceras personas, simular o crear rastros ficticios de una comunicación o transmisión, modificar los contenidos de las comunicaciones, alterar mensajes por medio de la supre-

Finalmente, de impugnarse un documento cuya autenticidad fue acreditada mediante tecnología *blockchain*, para acreditar la mismidad del documento impugnado se podrá acudir, también, a una prueba pericial de carácter instrumental que arroje luz acerca de la autenticidad de los datos. Al tratarse de un documento encriptado, ocurre en este caso que el informe pericial que se efectúe sobre la mismidad del documento plasmará el valor *hash* de la información contenida en él¹¹⁹. Por tanto, si la prueba hubiese sido alterada, esta manipulación se reflejaría en una alteración del valor *hash*.

Previamente hemos afirmado que el último punto a valorar es relativo a la fiabilidad de la prueba tecnológica en virtud de su cadena de custodia. Una vez más, la desconfianza que genera la prueba tecnológica vuelve a ser protagonista. Lo crucial en este punto es reparar el bajo grado de fiabilidad del que partimos, por lo que se habrá de acudir a las herramientas procesales que nos permitan incrementar esta fiabilidad de cara a su valoración. En definitiva, si una parte introduce una prueba de carácter digital y –además– introduce al proceso los medios suficientes para acreditar la corrección de la cadena de custodia, esto repercutirá muy positivamente en la valoración de la prueba tecnológica¹²⁰.

sión o adición de frases o archivos adjuntos, alteración de fechas, etc. Vid. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “¿Sobran las palabras?: Los emojis como prueba en el proceso judicial”, en *op. col.* Bujosa Vadell (dir.), *Derecho Procesal: retos y transformaciones*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 505-519. Asimismo, el Dictamen 1/2016 ya puso sobre la mesa la cuestión del desplazamiento de la carga de la prueba ante la impugnación de la prueba tecnológica y, en concreto, en relación a la valoración de las evidencias, ya sean en soporte papel o en soporte electrónico, que acceden al proceso como medio de prueba de comunicaciones electrónicas. Al respecto, la postura de la FGE rechaza el desplazamiento automático, entendiendo que se determinará en virtud de la seriedad y razonabilidad del planteamiento impugnatorio que habrá de ser analizado en cada caso.

119 RUBIO ALAMILLO, J., “Conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática”, *Diario la Ley*, núm. 8859, 2016.

120 En este punto, es fundamental aludir al Dictamen 1/2016 de la Unidad de Criminalidad Informática, sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en

En este sentido, la relación entre valoración de la prueba y corrección de la cadena de custodia es idéntica que cuando se trata de pruebas más tradicionales.

Antes de dar por concluida esta reflexión, es necesario exponer algunos de los instrumentos normativos existentes tanto en el contexto de la UE como en el comparado.

soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas. Se trata de una reflexión acerca de las posibilidades de manipulación del contenido o simulación ad hoc de este tipo de evidencias, de modo que se presentan una serie de criterios de actuación para garantizar su autenticidad e integridad y, consecuentemente, su validez como medio de prueba.

Ahora bien, la primera cuestión que habremos de tener en cuenta es que el Dictamen 1/2016 alude a medios de prueba que son aportados directamente por las partes procesales, y no a las evidencias obtenidas en el curso y a consecuencia de la investigación criminal. A pesar de ello se reconoce la posibilidad de que, incluso en el segundo supuesto, las evidencias puedan haber sido alteradas con carácter previo a la intervención policial o el inicio de la investigación. Y reconoce que, una vez producida la intervención policial o judicial, las posibilidades de manipulación de una evidencia merman considerablemente, ya que los organismos oficiales deben seguir las pautas de cadena de custodia para garantizar la autenticidad e integridad de la evidencia desde su intervención, de modo que el tratamiento de la misma siga las recomendaciones habidas en materia de cadena de custodia.

En síntesis, el Dictamen aporta una serie de criterios para la valoración de este tipo de pruebas en función del canal informático en el que se genera la comunicación electrónica, de modo que los individualiza en función de los caracteres que identifican cada modo de comunicarse.

Además, la Unidad de Criminalidad Informática de la FGE sostiene que, una vez impugnado el medio de prueba que pretende introducir al proceso el contenido de comunicaciones electrónicas, podrá ser necesaria la práctica de nuevas diligencias de prueba que acrediten la existencia de la comunicación, su origen, destino o contenido. Afirmando, no obstante, que no en todos los casos será necesario un informe pericial informático, sosteniendo que éste únicamente podrá ser imprescindible cuando no sea posible acreditar la autenticidad de las comunicaciones por otros medios. En definitiva, las oportunas diligencias a realizar dependerán del medio tecnológico por el que se haya canalizado la comunicación, ello en virtud de las específicas características técnicas de unos y otros sistemas de comunicación.

4.2. Análisis prospectivo-legal de la figura de la cadena de custodia

Sentados los elementos distintivos de la cadena de custodia, corresponde ahora aportar un análisis prospectivo-legal de esta institución, habida cuenta de la conveniencia de resolver a la mayor brevedad la problemática derivada de la situación de orfandad legal actual.

4.2.1. Valoración crítica de la regulación proyectada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

En un afán de modernización del proceso penal español, se han ido sucediendo en los últimos años diversas iniciativas prelegislativas de cara a la promulgación de una nueva ley procesal penal, sin que hasta la fecha ninguno de los textos presentados haya finalizado su *iter* legislativo y entrado en vigor en nuestro ordenamiento jurídico. Estos proyectos son los ALECrím de los años 2011 y 2020 y el Borrador de Código Procesal Penal del año 2013. Ahora bien, tan solo dos de ellos proyectan una regulación expresa y unitaria de la institución de la cadena de custodia.

En efecto, no se trata éste del primer intento de regular la figura de la cadena de custodia en nuestro ordenamiento jurídico, hecho que se produjo con anterioridad a raíz del texto contenido en el ALECrím 2011. En cambio, no se introdujo ninguna regulación en tal sentido en el Borrador de 2013¹²¹. A pesar de las diferencias obvias que inspiran

121 Con la redacción del Borrador de 2013 se diluía notablemente el interés mostrado en el plano legislativo. A pesar de la presencia de algunas previsiones que otorgaban cierta relevancia, mayoritariamente indirecta, a la institución de la cadena de custodia, este borrador presentaba la gran desventaja de no contar con una regulación unitaria y explícita. El único contacto directo con la cadena de custodia se proyectaba sobre el precepto dedicado a regular el atestado policial (art. 84 Borrador 2013), aludiendo a la misma en los siguientes términos “especialmente se relacionarán los instrumentos, efectos y fuentes de prueba recogidos y las salvaguardas adoptadas para asegurar la integridad de la cadena de

la redacción de ambos textos, resulta curioso el distinto enfoque ofrecido a esta institución en estos años. Lo curioso se infiere del diferente reconocimiento otorgado a la cadena de custodia habida cuenta la trascendencia práctica de esta figura y, en particular, considerando que ésta ya había sido revelada en el año 2013 y no sólo por el prelegislador del 2011, sino también por la doctrina científica y, desde luego, por nuestros juzgados y tribunales.

En este punto, no obstante, entraremos a valorar el más reciente de los Anteproyectos. A finales del año 2020 se presenta un nuevo ALE-Crim que incorpora, como ha sido dicho, una propuesta de regulación expresa de la institución de la cadena de custodia. A pesar de los años transcurridos desde la propuesta anterior, éste mantiene una propuesta esencialmente idéntica¹²² a la contenida en su predecesor, sin que el nuevo texto refleje alguna de las novedosas cuestiones que se han ido construyendo a lo largo de estos casi diez años de evolución jurisprudencial.

Resulta evidente que, en ambos casos, el primer acierto en la regulación proyectada en materia de cadena de custodia es, precisamente, la propia incorporación de ésta. Y es que, a pesar de las carencias o puntos débiles que puedan reflejarse en los distintos preceptos dedicados al

custodia". No se puede negar la relevancia de ello, no obstante, cubrir las necesidades legislativas de la cadena de custodia demanda una regulación expresa de la misma como institución procesal autónoma, y no meras referencias en preceptos aislados. Adicionalmente, el borrador refleja una regulación indirecta a propósito de ciertas garantías que han de mantenerse en la práctica de algunas diligencias de investigación, muy especialmente en relación tanto con la conservación de las fuentes de prueba como con el deber de documentar el modo en que se llevaron a cabo las distintas actuaciones (arts. 342; 356 y 287 Borrador 2013).

122 Teniendo en cuenta que la única diferencia responde a un ajuste terminológico (la sustitución de una palabra por otra sinónima), no existe modificación real entre las regulaciones proyectadas en ambos.

efecto, la inclusión de una regulación expresa merece ser aplaudida en línea de principio, en vista del escenario procesal de partida.

Ahora bien, habrá que analizar el texto de cara a ofrecer una valoración crítica sobre el contenido de la regulación proyectada.

Sorprende la ubicación que el prelegislador decide otorgar al capítulo de la cadena de custodia, pues la incardina dentro de las diligencias de investigación y, en particular, en relación con los medios de investigación relativos al cuerpo del delito¹²³. Esta ubicación parece indicar que la cadena de custodia es una diligencia de investigación, siendo esto, por supuesto, un error. Pues en realidad, tal y como se sostiene a lo largo de este trabajo, la cadena de custodia debe ser entendida como una garantía de la prueba.

Partimos de un precepto rubricado *Garantías de las fuentes de prueba*, el cual establece lo siguiente:

1. Todas las actuaciones tendentes a la localización, recogida, obtención, análisis, depósito y custodia de las fuentes de prueba deberán realizarse en la forma prevista en esta ley y en las demás disposiciones que resulten aplicables.
2. Todas las fuentes de prueba obtenidas durante la investigación de los hechos delictivos serán debidamente custodiadas, a fin de ase-

123 A pesar de la sorpresa que nos produce la equiparación de la cadena de custodia con las diligencias de investigación, es preciso señalar que esta igualación no es exclusiva del prelegislador español, sino que en algunos ordenamientos jurídicos ha sido regulada previamente en modo similar. Un ejemplo de ello es el sistema jurídico mexicano, en el cual la cadena de custodia es regulada en el Código Nacional de Procedimientos Penales dentro de un capítulo dedicado a las técnicas de investigación. El sistema jurídico colombiano, en cambio, a pesar de que la regulación de la cadena de custodia en el Código de Procedimiento Penal se contiene en el Libro II –técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio–, Título I –la indagación y la investigación–, en el Capítulo V –dedicado específicamente a la cadena de custodia– no parece contener la cadena de custodia en el contexto exclusivo de las técnicas de investigación.

gurar su disponibilidad en el acto del juicio oral con los efectos que esta ley establece”.

Dos son los elementos a destacar positivamente: en primer lugar, la inclusión de una enumeración de las actuaciones que conforman la cadena de custodia, teniendo en cuenta que todas ellas participan del recorrido de la prueba desde su obtención hasta su incorporación al proceso; y en segundo lugar, la identificación de su finalidad. Sin embargo, es el propio título del precepto el que aporta el aspecto de mayor interés: reconoce el carácter garantista de la cadena de custodia.

El siguiente precepto, bajo la rúbrica Cadena de custodia, precisa el momento en que se inicia la cadena de custodia entendiendo que “(...) se inicia en el lugar y momento en los que se obtiene o encuentra la fuente de prueba”. Seguidamente establece la obligación, frente a todos los intervinientes, de constituir, aplicar y mantener la cadena de custodia, en aras de garantizar la inalterabilidad de la fuente de prueba. Finalmente, expone la necesidad de dejar constancia de las posibles alteraciones que pudieran producirse en el estado original de las evidencias.

Continúa la regulación proyectada con un precepto dedicado al procedimiento de gestión de muestras, incorporando algunas reglas procedimentales cuyo fin es asegurar el buen desarrollo de la cadena de custodia. Además, reconoce la conveniencia de establecer reglamentariamente los procedimientos a seguir y enumera una serie de circunstancias que, en todo caso, habrán de ser documentadas.

El último precepto, *efectos de la cadena de custodia*, regula tres aspectos fundamentales:

1. El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral y, en su caso, justificará sus alteraciones o modificaciones.
2. El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba.

3. La cadena de custodia podrá ser impugnada en el trámite de admisión de la prueba alegando el incumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia de las muestras”.

En suma, el ALECrím 2020 pretende introducir en nuestro ordenamiento procesal una regulación en la que se establecen unas características y principios mínimos y generales que orienten el correcto desarrollo de la cadena de custodia. Es obvio que la regulación proyectada refleja, en parte, la doctrina elaborada por el TS, configurando la cadena de custodia como una garantía formal de la autenticidad de la prueba.

Sin embargo, son también apreciables las ausencias, debiendo destacar muy especialmente la ausencia de concepto. Además se omite, por un lado, referencia alguna a los términos corrección de la cadena de custodia y mismidad de la prueba, tan sumamente significativos en su construcción jurídica; por otro, las previsiones relativas a la impugnación de la cadena de custodia y las consecuencias jurídicas derivadas tanto de su ruptura como de su corrección continúan siendo deficientes. En cuanto a la delimitación de la cadena de custodia, si bien su planteamiento es suficientemente positivo en general, tampoco es enteramente satisfactorio.

En definitiva, la regulación de la cadena de custodia proyectada en el ALECrím 2020 no satisface las necesidades actuales de una regulación adecuada¹²⁴. Distinta valoración merece, en cambio, el ALECrím 2011.

Esto ocurre porque, al tiempo de pronunciar una opinión sobre las regulaciones proyectadas, es preciso atender al marco temporal en el que se encuadran. Con contenido sustancialmente idéntico en ambas

124 Aun cuando parte de la doctrina otorga una valoración positiva a la misma. Vid. ORTEGO PÉREZ, F., “Los medios de investigación relativos al cuerpo del delito”, en *op. col.* Jiménez Conde y Fuentes Soriano (dirs.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 744 y ss.

propuestas, ciertamente merecen valoraciones dispares a consecuencia, justamente, del marco temporal. En el año 2011, la regulación proyectada merecía una valoración especialmente positiva, no obstante, la misma propuesta a finales del 2020 es poco satisfactoria. De uno a otro año el avance en materia de cadena de custodia es notorio, con consolidación de algunos de los elementos esenciales que siguen sin verse reflejados en la propuesta. En base a tales consideraciones, puede afirmarse que la regulación proyectada en el ALECRim 2020 es susceptible de múltiples mejoras.

4.2.2. Algunas propuestas de *lege ferenda*

Las propuestas de *lege ferenda* a continuación expuestas se formulan –naturalmente– en atención a la noción de cadena de custodia presentada y defendida a lo largo de este trabajo.

En la propia introducción de este trabajo se puso de relieve la situación de orfandad legal a la que se enfrenta la cadena de custodia en nuestro ordenamiento procesal. A pesar de ello, ciertamente el punto de partida de cara a la formulación de una propuesta propia es suficientemente avanzado. Y es que los recursos de los que disponemos son numerosos y variados: primero, se ha de tomar como base la configuración jurisprudencial de la cadena de custodia; segundo, se ha de tomar en consideración las regulaciones proyectadas en los textos prelegislativos, atendiendo a los puntos positivos, mejorando los puntos débiles y supliendo las carencias; tercero, es muy conveniente complementar lo anterior en atención a los estudios científicos realizados por la doctrina procesalista; y cuarto, se ha de observar las regulaciones de otros sistemas jurídicos en el marco del derecho comparado.

El tratamiento dispar conferido a cada una de las vertientes que integran la cadena de custodia dota de cierta complejidad a su marco normativo y conduce a su fragmentación, pues éste habrá de componerse también de dos planos diferenciados: de una parte, la regulación procesal de la vertiente formal de la cadena de custodia en la LECrim; de otra, la normativización de su vertiente material. El motivo radi-

ca en que un excesivo formalismo en la regulación de la perspectiva material podría conducir a consecuencias indeseadas y de gravedad excesiva¹²⁵.

A pesar de lo que pudiera parecer, esta fragmentación normativa no ha de ser considerada como un aspecto enteramente problemático. Por el contrario, dada la subsistencia de ambas vertientes –material y formal– esta fragmentación no solo ha de ser considerada un aspecto positivo sino, además, necesario. Esta reivindicación, no obstante, requiere de una aclaración y justificación.

La primera –la aclaración– estriba en especificar que esta fragmentación normativa no debiera significar que la cadena de custodia encuentre una regulación dispersa en numerosas y distintas normativas, sino únicamente en que debemos separar –como ya se ha afirmado– la regulación de la vertiente formal respecto de la vertiente material. La justificación, en cambio, reside en especificar por qué se defiende que únicamente la vertiente formal acceda a la regulación procesal. Se trata de evitar que una regulación integral (esto es, la inclusión de ambas vertientes en la ley procesal) conceda a la perspectiva material el carácter procesal que no ostenta y, de ese modo, le conceda tácitamente unas consecuencias jurídicas desorbitadas al incumplimiento de los elementos materiales de la misma.

Volviendo a la búsqueda de una regulación adecuada, la primera cuestión –de fácil solución– es la de qué norma ha de contener la regulación de la cadena de custodia. Señalo la cuestión como de solución sencilla por un motivo: se ha analizado la figura desde la perspectiva procesal penal fundamentalmente. Y, si bien considero que habremos de estar alerta a los avances producidos en materia de cadena de custo-

125 En palabras de GUTIÉRREZ SANZ, este excesivo formalismo podría conducir a la “declaración de nulidad de la prueba por irregularidades de carácter simplemente protocolario”. Vid. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, op. cit., p. 44.

dia en los restantes órdenes jurisdiccionales, lo cierto es que la cadena de custodia es, primeramente y por razones obvias, propia del proceso penal y es por ello que su regulación debe ser específica de este proceso y estar contenida en la LECrim.

Surge ahora la duda acerca de cómo se ha de efectuar dicha regulación. Lo principal es entender que se ha de regular como institución autónoma y no en conexión con las diligencias de investigación relativas al cuerpo del delito (como, en efecto, proponen los ALECrím de los años 2011 y 2020). De ahí que la segunda cuestión que se plantea es la elección de la ubicación que ha de presentar dentro de la LECrim.

Lo fundamental aquí es que se ubique en el contexto de la investigación, en tanto que la cadena de custodia se desarrolla enteramente en la fase de instrucción, en relación con las distintas diligencias de investigación y fundamentalmente vinculada a las fuentes de prueba. Asimismo, en atención a la noción de cadena de custodia defendida, lo ideal sería la introducción de un Título –incluido en el Libro dedicado al procedimiento de investigación– rubricado “Garantías procesales de la actividad investigadora”. Y, dentro de éste, un capítulo dedicado a la cadena de custodia.

El siguiente obstáculo que debemos solventar es la delineación de los rasgos que, incuestionablemente, han integrar la regulación de la cadena de custodia. Esta es una cuestión crucial, pues despejará definitivamente las dudas acerca de los actos que integran la vertiente procesal de la cadena de custodia. En particular, la legislación procesal debe otorgar a la cadena de custodia la consideración de garantía de la mismidad de la prueba; incorporar las condiciones esenciales de la corrección de la cadena de custodia, por un lado; y las consecuencias jurídicas derivadas de la ruptura, por otro; así como formular los cauces y motivos de impugnación de la cadena de custodia.

Finalmente, conviene recordar la necesidad de que, a nivel reglamentario, se regule la vertiente material de la cadena de custodia. Este aspecto podría ser afrontado por el Ministerio de Justicia a través

de la elaboración de un protocolo general de actuación¹²⁶, sin perjuicio de que los organismos que tienen contacto directo con la cadena de custodia –policía judicial y MF– elaboren sus propios instrumentos de unificación de criterios de actuación.

Sobre la base de lo planteado *supra* y a fin de concretar las propuestas planteadas, una regulación adecuada de la cadena de custodia en nuestra LECrim habrá de seguir las pautas que se exponen en las siguientes líneas.

Un primer precepto habrá de ocuparse de la delimitación de la cadena de custodia, siendo conveniente establecer que la cadena de custodia constituye una garantía de la prueba y su corrección acredita la mismidad de la prueba material. Habrá de ser ésta, sin duda, la base sobre la que se sustente una regulación apropiada de la cadena de custodia. Es conveniente que la LECrim refleje el significado del término mismidad de la prueba en este primer precepto, pudiendo incorporar un segundo inciso en el que se indique que la mismidad de la prueba se corresponde con la identidad procesal de la fuente de prueba obtenida y el medio de prueba incorporado al juicio oral, sin que las alteraciones sufridas a consecuencia del devenir de las actuaciones procesales pertinentes sean un impedimento a la misma.

Otro aspecto indispensable es el relativo a la identificación del inicio y el fin de la cadena de custodia, entendiendo que la cadena de custodia se inicia con la obtención de la fuente de prueba material y concluye con su incorporación al juicio oral mediante el medio de prueba oportuno. No debemos olvidar que todas las actuaciones que transcu-

126 En línea con lo expuesto, la propuesta de protocolo contenida en VVAA., “Propuesta de protocolo para garantizar la cadena de custodia de los vestigios que puedan ser utilizados como fuentes de prueba del hecho investigado”, en *op. col.* Figueroa Navarro (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 279-283, es particularmente positiva y contribuye a cimentar la base de una eventual reglamentación de la vertiente material de la cadena de custodia por parte del Ministerio de Justicia.

ren desde la obtención de la prueba hasta su incorporación al proceso constituyen los actos que integran la vertiente material de la cadena de custodia.

Además, se ha de incorporar un precepto que establezca las obligaciones de los intervinientes en la cadena de custodia. A este respecto, debemos tener en cuenta que corresponde a quienes tengan contacto con la fuente de prueba material las siguientes funciones: constituir, aplicar y mantener la cadena de custodia de cara a garantizar la mismidad de la prueba.

Por otra parte, y a pesar de lo que se ha venido defendiendo a lo largo del presente trabajo, es necesario incorporar algunas precisiones en relación con el alcance de la vertiente material de la cadena de custodia. En primer lugar, es importante señalar que las actuaciones derivadas de la vertiente material se realizarán en la forma prevista en las disposiciones normativas que resulten aplicables en atención al organismo encargado de las distintas actuaciones, sin que la estricta obediencia de estos protocolos pueda condicionar la corrección de la cadena de custodia, todo ello siguiendo el criterio del TS de que la excesiva burocratización de la cadena de custodia no puede ser impedimento a que despliegue todos sus efectos. En segundo lugar, la LECrim habrá de aludir al deber de documentación de la cadena de custodia, siendo oportuno que se establezcan como necesarios de documentar los siguientes extremos:

- a) La persona y el lugar en que se localizó la fuente de prueba, debiendo documentarse el hallazgo.
- b) Identificación de las personas que hayan tenido la fuente de prueba a su cargo, los lugares en que haya estado guardada, depositada o almacenada, así como el tiempo que haya permanecido en cada uno de estos lugares y las decisiones que han motivado los traslados.
- c) Identificación de las personas que hayan accedido a las fuentes de prueba, con detalle en su caso de las técnicas empleadas sobre las mismas, así como el estado inicial y final de las muestras.

Además, dos de los aspectos de mayor relevancia de cara a una regulación apropiada de la cadena de custodia son la impugnación y los efectos jurídicos. Y es aquí, justamente, donde mayor cuidado se ha de poner a la hora de redactar la regulación en cuestión. A propósito de la regulación de los cauces y procedimientos de impugnación de la cadena de custodia, habrá de especificarse –en primer lugar– que se presume la corrección de la cadena de custodia en tanto que no se haya acreditado su ruptura. A continuación, es crucial tener en cuenta que la cadena de custodia habrá de impugnarse ante el órgano correspondiente desde el momento en que se tenga conocimiento de las irregularidades en su desarrollo. A tal efecto, la cadena de custodia podrá ser impugnada en el trámite de admisión de la prueba aun cuando su ruptura no determine la inadmisión de la prueba.

Por último y en cuanto a los efectos jurídicos derivados de la cadena de custodia, dos son los extremos que han de quedar necesariamente reflejados en la LECrim. Primero, la corrección de la cadena de custodia determina el cumplimiento de los procedimientos y garantiza la mismidad de la prueba, circunstancia que otorga a la prueba un grado de fiabilidad alto, si bien su verosimilitud deberá ser determinada por el juez o tribunal sentenciador en sede de valoración de la prueba. Segundo, la ruptura de la cadena de custodia será valorada por el tribunal sentenciador a los efectos de determinar el grado de fiabilidad de la prueba.

5. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se han presentado algunas ideas, reflexiones y propuestas acerca de cómo ha de ser entendida la cadena de custodia en nuestro ordenamiento jurídico. Partiendo de la noción defendida en las páginas precedentes, considero oportuno apuntar como conclusiones a este trabajo las siguientes:

- I. La contextualización de la evolución jurisprudencial en la materia es vital de cara a observar de dónde venimos y hacia dónde

nos dirigimos, ello teniendo muy presente el papel fundamental de la jurisprudencia en la construcción jurídica de la figura de la cadena de custodia.

- II. La búsqueda de un concepto adecuado de cadena de custodia es indispensable para encauzar un análisis de los elementos esenciales de esta institución y dar, así, solución a los problemas que plantea. Todo ello partiendo de la premisa de que la cadena de custodia se ha diseñado como una garantía de la prueba propia del proceso del siglo XXI. Desde su vertiente formal, constituye la garantía de la mismidad de la prueba, cuya acreditación se alcanza –precisamente– mediante la corrección de la cadena de custodia; desde su vertiente material, la cadena de custodia constituye el conjunto de actos que se inician con la obtención de la fuente de prueba material y finalizan con su introducción en el juicio oral a través del medio de prueba oportuno.
- III. Los actos que integran la vertiente formal de la cadena de custodia, entendida como garantía de la mismidad de la prueba, han de ser invariables, de cara a otorgar la seguridad jurídica deseada a la institución de la cadena de custodia.
- IV. Los actos que integran la vertiente material de la cadena de custodia son variables. El dinamismo de la vertiente material emana directamente de la amplitud de posibilidades en cuanto a fuentes de prueba se refiere y ello a consecuencia de su naturaleza extrajurídica.
- V. Partiendo de la situación de orfandad legal a la que se enfrenta la cadena de custodia hoy en día y teniendo en consideración la complejidad de esta figura jurídica, una regulación expresa y unitaria en el ordenamiento procesal es imprescindible para otorgar a la institución la relevancia jurídica que merece.
- VI. Las consecuencias jurídicas derivadas de la ruptura de cadena de custodia deberán estar graduadas en base a un sistema gradual de incorrecciones, siempre sobre la base de que la cadena de custodia afecta a la fiabilidad de la prueba.

- VII. En el contexto tecnológico actual, resulta imperiosa la necesidad de localización de instrumentos o herramientas que confieran garantías de autenticidad a las pruebas tecnológicas. Dicho de otro modo, la cadena de custodia tecnológica alcanza una significación sin precedentes. No obstante, la regulación de su vertiente tecnológica debe partir, en todo caso, de la regulación de la cadena de custodia más tradicional.

6. Bibliografía

- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “La cadena de custodia en materia de tráfico de drogas”, en *op. col.* Figueroa Navarro (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 81-106.
- ARELLANO, L. E. y CASTAÑEDA, C. M., “La cadena de custodia informático-forense”, *Cuaderno informático-forense*, Vol. 3, núm. 1, 2012, pp. 67-81.
- ARRABAL PLATERO, P., “El valor probatorio de la información contenida en un dispositivo tecnológico”, en *op. col.* Bujosa Vadell (dir.), *Derecho procesal: retos y transformaciones*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 521-539.
- ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- ARROYO GUARDEÑO, D.; DÍAZ VICO, J. y HERNÁNDEZ ENCINAS, L., *Blockchain*, Editorial CSIC, Madrid, 2019.
- BARRIA NIEVAS, S., “Introducción al Blockchain: análisis del play to earn”, *Revista Blockchain e Inteligencia Artificial*, Vol. 3, núm. 4, 2022.
- BARTOLI, L., “La catena di custodia del materiale informatico: soluzioni a confronto”, *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 33, 2016, pp. 145-162.

- BUENO DE MATA, F., “Blockchain, identidad autosoberana y prueba electrónica transfronteriza”, en op. col. Hernández López y Laro González (dirs.), *Proceso penal europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 71-86
- CABEZUDO BAJO, M. J., *Propuestas para una regulación armonizada de la obtención de la prueba de ADN como prueba científica-tecnológica de probabilidad en el proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C., “La digitalización y custodia de la prueba pericial electrónica sobre evidencias virtuales”, en op. col. Picó i Junoy (dir.), *La prueba pericial a examen: propuestas de “lege ferenda”*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 471-481.
- CALAZA LÓPEZ, S., “Cadena de custodia y prueba tecnológica”, en op. col. Villegas Delgado y Martín Ríos (dirs.), *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 39-61.
- CAMPOS, F., “La relevancia de la cadena de custodia en la investigación judicial”, *Medicina legal de Costa Rica*, vol. 19, núm. 1, 2002.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba de ADN en el borrador de código procesal penal”, *Diario la Ley*, núm. 8213, 2013.
- DEL OLMO DEL OLMO, J. A., “Las garantías jurídicas de la toma de muestras biológicas para la identificación de la persona imputada mediante el ADN”, en op. col. Abel Lluch, Picó I Junoy, y Richard González (dirs.), *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 1541-1564.
- DEL POZO PÉREZ, M., “La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, 2013.
- DEL POZO PÉREZ, M., *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Sepín, Madrid, 2014.

- DÖHRING, E., *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba: su práctica y valoración*, (trad. Banzhaf), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.
- EIRANOVA ENCINAS, E., “Cadena de custodia y prueba de cargo”, *Diario la Ley*, núm. 6863, 2008.
- ESPÍN LÓPEZ, I., “La cadena de custodia en el proceso penal. Propuestas en relación con el análisis y custodia de la prueba digital”, *La Ley Penal*, núm. 151, 2021.
- ESPÍN LÓPEZ, I.: *Investigación sobre equipos informáticos y su prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- FIGUEROA NAVARRO, C., “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”, *La Ley Penal*, núm. 84, 2011.
- FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de los correos electrónicos”, en op. col. Asencio Mellado (dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 183-210.
- GARCÍA DE YÉBENES TORRES, P. y GASCÓ ALBERICH, P., “La cadena de custodia de muestras relacionadas con presuntos ilícitos contra el medio ambiente”, en op. col. Figueroa Navarro (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 129-137.
- GARCÍA MATEOS, J. A., “Cadena de custodia vs. mismidad”, en op. col. Oliva León y Valero Barceló (coords.), *La prueba electrónica: validez y eficacia procesal*, *Juristas con futuro*, Zaragoza, 2016.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., “Los juicios de admisibilidad y de suficiencia de la prueba propuesta: extensión y límites al amparo de la doctrina de los Tribunales”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, 2018.
- GIL VALLEJO, B., *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2011.

- GIMENO BEVIÁ, J., “Blockchain y resolución de conflictos: algunas reflexiones”, en op. col. Martín Pastor y Juan Sánchez (dirs.), *El Derecho Procesal: entre la Academia y el Foro*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 607-614.
- GONZÁLEZ GRANDA, P. y ARIZA COLMENAREJO, M. J., *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021.
- GRAHAM, M. H., *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, 11ª ed., West Academic Publishing, Saint Paul, 2021.
- GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Civitas, Navarra, 2016.
- GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Dykinson, Madrid, 2018.
- JAMARDO LORENZO, A., “La cadena de custodia en la órbita europea: Algunas reflexiones en torno al estado de la cuestión en las investigaciones de la fiscalía europea”, en op. col. Suárez Xabier y Vicario Pérez (dirs.), *Cooperación judicial internacional a la luz de las nuevas tecnologías: Riesgos, utilidades y protección de derechos fundamentales*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 227-248.
- JAMARDO LORENZO, A., *La cadena de custodia: análisis sistemático* [Tesis Doctoral], Universidad de León, 2023.
- LARO GONZÁLEZ, E., *La Orden Europea de Investigación en el Espacio Europeo de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- LEAL MEDINA, J., “Ruptura de la cadena de custodia y desconexión de las fuentes de prueba. Supuestos concretos. Reflexiones que plantea”, *Diario la Ley*, núm. 8846, 2016.
- LEMUS SOLER, D. J., “Cadena de custodia en el ordenamiento jurídico colombiano a la luz de la Ley 906, ¿ficción o realidad?”, *Revista Iter ad Veritatem*, núm. 12, 2014.

- LÓPEZ VALERA, M., “Localización, hallazgo y recogida de muestras de ADN en la cadena de custodia”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016, pp. 777-808.
- LÓPEZ VALERA, M., *La cadena de custodia de las pruebas de ADN*, Dykinson, Madrid, 2019.
- MARÍN GONZÁLEZ, J. C. y GARCÍA SÁNCHEZ, G. J., “Problemas que enfrenta la prueba digital en los Estados Unidos de América”, *Revista de Estudios de Justicia*, núm. 21, 2014, pp. 75-91.
- MARTÍNEZ GALINDO, G., “Problemática jurídica de la prueba digital y sus implicaciones en los principios penales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022.
- MERKEL, L., *Derechos humanos e investigaciones policiales. Una tensión constante*, Marcial Pons, Madrid, 2022
- MESTRE DELGADO, E., “La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos”, en op. col. *Figueroa Navarro (dir.)*, *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 39-79.
- MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- NIEVA FENOLL, J., “Algunas sugerencias acerca de la práctica y valoración de la prueba de ADN”, *La Ley Penal*, núm. 93, 2012.
- ORTEGO PÉREZ, F., “Los medios de investigación relativos al cuerpo del delito”, en op. col. Jiménez Conde y Fuentes Soriano (dirs.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 733-755.
- PARDO IRANZO, V., “Ciencia y proceso. De la pericial científica con privilegio jurisprudencial a la pericial científica con privilegio legal”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 38, 2013, pp. 101-128.

- PEREIRA PUIGVERT, S., “Sistema de hash y aseguramiento de la prueba informática. Especial referencia a las medidas de aseguramiento adoptadas inaudita parte”, en op. col. Bueno de Mata (dir.), *Fodertics II: Hacia una justicia 2.0*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2014, pp. 75-38.
- PÉREZ CAMPILLO, L., “Blockchain: ¿Amenaza o solución en la protección de datos personales y privacidad? Especial mención al e-health”, en op. col. Bueno de Mata (dir.), *Fodertics 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, pp. 261-268.
- PÉREZ DAUDÍ, V., “La prueba electrónica: naturaleza jurídica e impugnación”, en op. col. Asencio Mellado (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum: Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 1557-1576.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., “La cadena de custodia en el proceso penal”, *Diario la Ley*, núm. 8187, 2013.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “¿Sobran las palabras?: Los emojis como prueba en el proceso judicial”, en op. col. Bujosa Vadell (dir.), *Derecho Procesal: retos y transformaciones*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 675-698.
- ROTHSTEIN, P. F., *Federal Rules of Evidence*, 3ª ed., Thomson Reuters, Eagan, 2021.
- RUBIO ALAMILLO, J., “Cadena de custodia y análisis forense de smartphones y otros dispositivos móviles en procesos judiciales”, *Diario la Ley*, núm. 9300, 2018.
- RUBIO ALAMILLO, J., “Conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática”, *Diario la Ley*, núm. 8859, 2016.
- SÁNCHEZ RUBIO, A., “Cadena de custodia y prueba electrónica: la misividad del hash como requisito para la fiabilidad probatoria”, en op. col. Bueno de Mata (dir.), *Fodertics 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2019, pp. 289-299.

- SÁNCHEZ RUBIO, A., “Sobre el tratamiento procesal de los errores cometidos en la obtención y conservación de las fuentes de prueba”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2017, pp. 239-260.
- SANJURJO RÍOS, E. I., “Proceso penal y volatilidad/mutabilidad de las fuentes de pruebas electrónicas: sobre la conveniencia y el modo de asegurarlas eficazmente”, op. col. González Granda (dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus Editorial, Madrid, 2020, pp. 195-224.
- SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Debate, Barcelona, 2016.
- SOANA, G., “Block-chain y prueba digital. Una oportunidad para la cadena de custodia”, en op. col. Pereira Puigvert y Ordóñez Ponz (dirs.), *Investigación y proceso penal en el siglo XXI: nuevas tecnologías y protección de datos*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 605-626.
- VALMAÑA OCHAITA, S., “La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica”, en op. col. Figueroa Navarro (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, Madrid, pp. 171-192.
- VVAA., “Propuesta de protocolo para garantizar la cadena de custodia de los vestigios que puedan ser utilizados como fuentes de prueba del hecho investigado”, en op. col. Figueroa Navarro (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 279-283.
- ZAFRA, J., “La pertinencia de la prueba civil”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1960, p. 415-455.

Confidencialidad de los MASC, derecho a la prueba y proceso civil: apuntes para una pacífica coexistencia

(ADR's confidentiality, right to evidence and civil procedure: notes for a peaceful coexistence)

Miquel Tucho Morillo

Investigador predoctoral en derecho procesal UPF
Becario de la Fundación Manuel Serra Domínguez

RESUMEN: La confidencialidad es esencial para el buen fin de los MASC, por lo que resulta necesario que toda aquella información que quede bajo su amparo permanezca efectivamente protegida. Al mismo tiempo, empero, debe tenerse presente que los MASC no excluyen el proceso jurisdiccional, sino que únicamente pretenden evitarlo. Se advierte, por consiguiente, un potencial conflicto de intereses que, en el marco de un proceso civil o un arbitraje, puede producirse entre la confidencialidad y el derecho a la prueba. En este contexto, el presente artículo analiza y trata de dar respuesta a algunos de los interrogantes que dicho conflicto de intereses plantea. Así, primeramente, se trata de delimitar el objeto y el alcance del principio de confidencialidad. Más adelante, se examinan algunas cuestiones problemáticas que la aportación de una prueba con vulneración de la confidencialidad conlleva, con especial atención en lo referente a su inadmisión.

PALABRAS CLAVE: Confidencialidad, derecho a la prueba, proceso civil, arbitraje, conflicto de intereses, ponderación.

ABSTRACT: Confidentiality is of the utmost importance for the well-functioning of ADR methods, so it is necessary that all the information that falls within its protection remains effectively undisclosed. However, at the same time, we must bear in mind that ADR do not exclude the jurisdiction, but they only try to avoid it. As a result of that, it is noticed a potential conflict of interests that, in the framework of a civil procedure or an arbitration, might be produced between confidentiality and the right to evidence. In that context, the present paper analyses and pretends to answer some of the questions that said conflict of

interests poses. In this way, first of all, it is attempted to delimit the object and the scope of the principle of confidentiality. Further on, some of the problematic questions that the submitting of evidence in breach of due confidentiality are examined, with especial regard in its inadmissibility.

KEYWORDS: Confidentiality, right to evidence, civil procedure, arbitration, conflict of interests, ponderation.

Fecha de recepción: 15 de marzo de 2024

Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2024

Confidencialidad de los MASC, derecho a la prueba y proceso civil: apuntes para una pacífica coexistencia¹

(ADR's confidentiality, right to evidence and civil procedure: notes for a peaceful coexistence)

Miquel Tucho Morillo

Investigador predoctoral en derecho procesal UPF
Becario de la Fundación Manuel Serra Domínguez

SUMARIO

1. Introducción. **2.** La amplia formulación doctrinal del ámbito objetivo de la confidencialidad. **3.** Sobre la necesaria delimitación del principio de confidencialidad. **3.1.** Introducción. **3.2.** Objeto. **3.3.** Alcance. **4.** Tratamiento procesal de la proposición de prueba vulneradora de la confidencialidad. **4.1.** El difícil encaje en el actual concepto de prueba ilícita. **4.2.** La pacífica consideración de prueba ilegal. **4.2.1.** El renovado debate sobre la admisibilidad de las pruebas ilegales a raíz del art. 283.3 LEC: un análisis desde la óptica de una prueba vulneradora de la confidencialidad. **4.2.2.** Algunos argumentos en favor de su inadmisión. **4.3.** ¿Y si esta situación se plantea en un arbitraje, qué solución debería adoptarse? **5.** Particularidades que presentan algunos medios de prueba respecto de la protección de la confidencialidad. **5.1.** El interrogatorio de las partes. **5.2.** La prueba do-

1 El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado «Retos del Derecho Procesal» (2021SGR00991) de la AGAUR; y del Proyecto I+D «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación; ambos liderados por Joan PICÓ I JUNOY. Quiero agradecer públicamente las observaciones efectuadas por los profesores Joan PICÓ I JUNOY y Ramon ESCALER BASCOMPTE que, sin duda, han enriquecido el resultado final del estudio.

cumental. **5.3.** La prueba pericial. **5.4.** El interrogatorio de testigos. **6.** La posible influencia de la prueba confidencial en la mente del juzgador. **6.1.** Introducción: planteamiento de la problemática. **6.2.** Un novedoso enfoque con base en los estudios de la psicología jurídica: la teoría del razonamiento motivado. **6.3.** La recusación como garantía de una solución efectiva. **6.3.1.** En el proceso judicial. **6.3.2.** En el proceso arbitral. **7.** Vulneración de la confidencialidad y buena fe procesal. **7.1.** Concisa aproximación al principio de la buena fe procesal. **7.2.** Algunas consideraciones sobre la aportación de una prueba confidencial como presupuesto de mala fe procesal. **8.** Reflexión final.

1. Introducción

Los Métodos Alternativos –o adecuados² de Resolución de Controversias –en adelante MASC³– están recibiendo un notable impulso en los últimos tiempos, por lo que es razonable conjeturar que su uso, actualmente muy limitado, pudiera acrecentarse de modo perceptible en un futuro cercano.

Uno de los múltiples retos que la promoción de los MASC plantea es el de su relación con el proceso civil, habida cuenta de que no lo excluyen, sino que únicamente pretenden evitarlo. Existe pues una

2 Actualmente reciben también, por parte de algunos autores, el calificativo de “complementarios”. Acerca de la evolución histórica de estos métodos y de su concomitante cambio en la denominación, véase BARONA VILAR, S., «La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿Más o menos protagonismo?», en *Meditaciones sobre mediación (MED+)* (Ed. Barona Vilar, S), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 31-61; BARONA VILAR, S., *No-ciones y principios de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 17-30.

3 Cabe advertir que con el vocablo “MASC” me referiré en todo momento a los llamados métodos autocompositivos, esto es, aquellos en los que la solución no viene impuesta por un tercero, sino que es alcanzada de común acuerdo por las partes.

relación entre ambos procesos, comercial y judicial, uno de cuyos principales nexos de unión –y por ello también de tensión– lo constituye la confidencialidad. En efecto, como es sabido, el principio de confidencialidad impide que toda aquella información que quede bajo su amparo pueda ser incorporada en un posterior proceso judicial, de manera que la correlación entre confidencialidad y derecho a la prueba es fácilmente advertible; un mayor alcance de la primera conllevará una disminución del ejercicio de la segunda, y viceversa.

A pesar de esta importancia de la confidencialidad de los MASC, su estudio ha sido, por lo general, poco prolijo, toda vez que se ha abordado, mayoritariamente, de modo tangencial, sin el grado de precisión que resultaría deseable. Particularmente inexplorada ha sido su aplicación procesal, cuyos principales óbices son omitidos y, por ende, no son examinados. Se identifica pues una falta de estudios sobre el particular, cuyo interés en contribuir a colmar responde, adicionalmente a la necesidad de claridad de los conceptos jurídicos, a una potencialmente creciente relevancia práctica de la cuestión.

En el marco de estas consideraciones, el presente artículo tiene por objeto efectuar un exhaustivo análisis de la relación entre la confidencialidad y el derecho a la prueba desde una doble perspectiva: sustantiva y procesal. Desde el plano sustantivo, se pretende contribuir a delimitar, a pesar de la consabida dificultad de hacerlo en el plano abstracto, el objeto y el alcance de la confidencialidad; desde el plano procesal, se examinarán las principales cuestiones problemáticas que la aportación de una prueba con vulneración de la confidencialidad puede suponer, especialmente en lo referente a su inadmisión.

El trabajo ha quedado estructurado en dos grandes partes del modo que sigue.

En el primero, tras poner de relieve la excesiva amplitud del ámbito objetivo del principio de confidencialidad, se precisa su objeto y se formulan unos parámetros para delimitar su alcance. En el segundo, dedicado al tratamiento procesal de la prueba aportada con vulneración de la confidencialidad, se analizan las siguientes cuestiones: cual es el cauce

procesal más eficaz, si el de la prueba ilícita o el de la “prueba ilegal”, para impedir el acceso al proceso de dicha prueba, la protección de la confidencialidad a la luz de las particularidades que presentan algunos de los medios de prueba regulados en la LEC, el posible efecto psicológico de la prueba que contenga información confidencial en el juzgador y finalmente la aportación de dicha prueba como un presupuesto de mala fe procesal.

2. La amplia formulación doctrinal del ámbito objetivo de la confidencialidad

La notable proliferación de estudios que ha habido sobre la mediación en los últimos tiempos ha conllevado una correlativa multiplicación de análisis doctrinales sobre la confidencialidad. Una lectura de dicha doctrina permite constatar que el ámbito objetivo o material de la confidencialidad, esto es, el alcance de la información que debe quedar reservada, se ha formulado, por lo general, en términos destacadamente amplios, dando a entender que todo cuanto ha sido tratado en el proceso negocial debe quedar amparado por la confidencialidad.⁴

Así, BARONA VILAR, por ejemplo, afirma que “la confidencialidad consiste en mantener reserva sobre cuanto haya sido conocido por incorporado a las sesiones del procedimiento de mediación”, destacando que “dicha reserva no solo es respecto de la disputa o conflicto

4 Si bien existen también algunos autores que tratan de fijar con mayor precisión dicho ámbito objetivo de la confidencialidad. Dos buenos ejemplos de ello lo constituyen los trabajos de HERRERO PEREZAGUA, J.F., «La quiebra en el proceso civil de la confidencialidad debida en la mediación», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, N.º. 6, 2022, pp. 47-70 y de MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «El principio de confidencialidad en la mediación, una delimitación conceptual obligada», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º. 44, 2018.

existente, sino respecto de lo que verbalmente se vierte (...) y respecto de la información que se aporta a través de otros medios posibles de comunicación”. Por consiguiente, concluye asegurando que el principio de confidencialidad cubre “la exigencia de guardar reserva de las informaciones que se conozcan a través del procedimiento de mediación, ora por generarse en el mismo ora por haber sido aportadas por la otra parte o por los mediadores al procedimiento”, y que “la información a que se extiende la obligación de confidencialidad es a todos los datos que se incorporan al procedimiento de mediación para alcanzar o pretender la solución de la controversia que, de ser difundidos por algunos de los sujetos participantes y aproximados a la mediación, podrían acarrear un daño irreparable a quienes les afecta”⁵

En la misma línea, MERINO ORTIZ y LASHERAS HERRERO ponen de relieve que “se pueda hablar de la confidencialidad desde un punto de vista objetivo, cuando nos referimos a las cuestiones tratadas en mediación y entre las que podemos diferenciar:

- La protección de toda la información tratada durante la mediación.
- La protección de los acuerdos adoptados.

De este modo, aseguran que se incluye en el ámbito de protección de la confidencialidad “todo lo que ha acontecido y se ha debatido en las sesiones de mediación; no solo la información transmitida oralmente, sino aquello que las partes han aportado para la exposición y explicación de sus intereses”.⁶

5 BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 198-199.

6 MERINO ORTIZ, C, LASHERAS HERRERO, P., «Artículo 9. Confidencialidad», en *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. Castillejo Manzanares, R) (Coord. Alonso Salgado, C., Rodríguez Álvarez, A), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 115-116.

Por su parte, MARTÍN DIZ destaca que el principio de confidencialidad “se debe a la imposibilidad de que lo actuado en la mediación pueda trascender a un postrero proceso jurisdiccional sobre el mismo conflicto o alguna de las materias abordadas en el mismo”, apostillando que “se aplica transformándose en un deber del mediador, y en una obligación para las partes y cualesquiera otro interviniente en la mediación, de no revelar las informaciones que conozcan como consecuencia de su participación en la mediación.”⁷

E igualmente TORRES LANA asegura que el alcance de la confidencialidad “en un sentido positivo (...) determina que la información sea accesible sólo para los autorizados” y “en un sentido negativo, implica la prohibición de comunicar, divulgar o revelar la información obtenida con ocasión del procedimiento”.⁸

3. Sobre la necesaria delimitación del principio de confidencialidad

3.1. Introducción

Es probable que la señalada formulación amplia del ámbito objetivo del principio de confidencialidad sea debida a la indeterminación de este concepto, lo que conlleva la imposibilidad de definir, apriorísticamente, todos los supuestos que integran su contenido.

7 MARTÍN DIZ, F, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2010, p. 78.

8 TORRES LANA, J.A., «Principios rectores de la mediación», en *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española. (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)* (Coord. López Simó, S., Garau Sobrino, F), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 154.

Sin embargo, nótese que las citadas referencias doctrinales muy poco ayudan para decidir aquellos casos en los que no está nada claro si una determinada fuente de prueba debe quedar o no protegida bajo el ámbito de la confidencialidad. Es por ello por lo que entiendo que debe hacerse un esfuerzo para intentar dotarla de contenido⁹.

Esta tarea es especialmente necesaria habida cuenta de la incidencia de la confidencialidad en el derecho a la prueba, configurado constitucionalmente como fundamental¹⁰, y que está íntimamente vinculado al derecho de defensa.¹¹ A mayor abundamiento, debe tenerse presente que la finalidad principal de la prueba jurídica consiste en trasladar los hechos de la realidad extraprocésal al proceso judicial,¹² al objeto de que

- 9 Esta necesidad parece ser advertida también por BONET NAVARRO, A., *Proceso Civil y Mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. Bonet Navarro, A), Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 128-129 cuando afirma, a propósito del impacto de la confidencialidad regulada en la ley de mediación en la prueba documental, que “quizá esta progresiva expansión del ámbito de la prohibición plantee problemas a la hora de determinar si cierta documentación se halla en alguna de esas situaciones de relación con el procedimiento y en qué medida, porque en definitiva cuando se discuta en torno a la exigencia o impedimento de aportar tal documentación será necesario establecer primordialmente el nexo de esta con el procedimiento de mediación”.
- 10 Lo que, tal y como indica PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona, 2011, p. 177 *in fine* y p. 178, “exige una interpretación flexible y amplia de la legalidad en orden a favorecer su máxima vigencia”.
- 11 En esta línea, PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías...* op.cit, p. 179 destaca que “La propia literalidad del art. 24.2 C.E. pone de manifiesto que nuestro constituyente pretendió subrayar la estrecha relación existente entre los derechos a la prueba y a la defensa, mediante la expresión «para su defensa». Ciertamente, el derecho a la prueba se encuentra íntimamente ligado al de defensa (...)”. Véase, asimismo, la jurisprudencia constitucional por él citada.
- 12 Véase, en este sentido, las reflexiones de algunos de los autores clásicos de la doctrina procesal. Así, SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Contribución al estudio de la prueba», *Estudios de derecho probatorio*, Communitas, Lima, 2009, p. 27, apunta que “el fin de la prueba no es fijar unos hechos, descarnados, secos y sin vida, elaborados formalmente por el Juzgador; por el contrario el fin de la prueba

el órgano judicial compruebe si se han producido o no los hechos condicionantes de las consecuencias jurídicas previstas en las normas. Por todo ello, estando plenamente conforme con la limitación probatoria que impone la confidencialidad, habida cuenta de su indudable necesidad para el buen funcionamiento de los MASC¹³, es también necesario, a su vez, ser especialmente riguroso en cuanto a su objeto y alcance.

3.2. Objeto

Bajo mi criterio, lo que realmente queda amparado por la confidencialidad no son los hechos conocidos por las partes en el proceso negociador, sino las fuentes de prueba que nacen de dicho proceso.¹⁴ En

consiste en acercarse lo más posible a la realidad de los hechos.”; igualmente CARNELLUTI, F., *La prueba civil* (traducción de Niceto Alcalá Zamora), Arayú, Buenos Aires, 1955, p. XVIII, señala “que el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba”.

- 13 Lo sintetiza muy bien MUNNÉ CATARINA, F., «La prueba de hechos conocida en una mediación», *Luris: Actualidad y práctica del derecho*, N.º. 210, 2014, p. 44, cuando afirma que “las partes que intervienen en una mediación deben poder aportar información y documentos con plena seguridad de que ello no les va a perjudicar en un eventual proceso judicial o arbitral posterior. Solo así es factible que las partes dialoguen de forma honesta y participen de modo activo y colaborativo para mediar, y hallar la mejor solución al conflicto”.
- 14 En idéntico sentido, HERRERO PEREZAGUA, J.F., «La quiebra en el proceso civil ... op.cit, p. 55, sostiene que “respecto del ulterior uso en el proceso de los hechos conocidos en el curso del procedimiento de mediación a causa de lo declarado por una de las partes o de las informaciones aportadas por ella –unos hechos que la otra parte no hubiera podido conocer– se debe entender, a mi parecer, que no se veda la posibilidad de alegar y probar tales hechos en el proceso; lo que no podrá hacer la parte que ha conocido los hechos que antes ignoraba es sostener en el proceso que la otra parte los ha puesto de manifiesto durante el procedimiento de mediación –los estaría revelando ilícitamente–, ni las consecuencias que la contraparte quería deducir de ellos según expuso en el procedimiento de mediación ni tampoco la conducta que esta haya mantenido mostrándose contraria a alcanzar un acuerdo. Las partes pueden probar en el proceso los hechos alegados en el procedimiento de

efecto, estimo que los hechos conocidos en el transcurso de un MASC podrán ser alegados y probados en el posterior proceso; eso sí, la aportación como prueba en el ulterior proceso judicial de las manifestaciones efectuadas por las partes en dicho proceso negocial estará absolutamente vedada. En suma, entiendo que la confidencialidad debe predicarse únicamente de las fuentes de prueba.

Es cierto que en la mayoría de los casos ello supondrá la imposibilidad de probar la afirmación sobre el hecho en cuestión, puesto que la realidad extraprocesal surgida de la manifestación en el MASC será la única existente. Así es, precisamente por el amparo que brinda la confiden-

mediación, pero no pueden servirse como prueba de lo manifestado en este último” y en una línea similar VEGAS TORRES, J., «Otras modificaciones introducidas en la LEC por la Ley 5/2012. Mediación y proceso civil», *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. (Coord. López Simó, F., Garau Sobrino, FF), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 390-391, afirma que “conviene distinguir entre los hechos que han dado lugar al litigio entre las partes y los hechos del propio procedimiento de mediación. Respecto de estos últimos han de operar, sin duda y sin limitaciones, las exclusiones probatorias que nos ocupan (...) Respecto a los hechos que están en el origen de la controversia entre las partes (si se ha entregado la mercancía o prestado el servicio en las condiciones pactadas, si se ha pagado lo estipulado, si se han causado determinados daños, etc.), es indiscutible que la circunstancia de que en la mediación se haya tratado sobre dichos hechos, e incluso generado una documentación más o menos abundante relacionada con los mismos no puede impedir que en el eventual proceso ulterior sean alegados y pueda practicarse prueba sobre ellos con la máxima amplitud. En relación con la prueba de estos hechos, la única limitación que derivaría de la previa mediación sería la de no emplear fuentes de prueba procedentes del procedimiento de mediación, bien porque se hayan creado dentro de dicho procedimiento, bien porque la parte que pretenda aportarlas únicamente disponga de ellas a través del procedimiento de mediación. Deberían admitirse, sin embargo, fuentes de prueba que, aunque hayan sido empleadas en la mediación, tengan una existencia independiente de ésta, cuando la parte que pretende utilizarlas en el proceso haya tenido acceso a dichas pruebas por vías distintas al procedimiento de mediación (documentos de los que la parte disponía antes de iniciarse la mediación, por ejemplo, aunque obrasen en las actuaciones de ésta por haber sido aportados a ella en el marco de la negociación).”

cialidad, es probable que las partes confiesen o reconozcan hechos que no podrán ser acreditados más que con dicha confesión o reconocimiento. Sin embargo, deben efectuarse aquí las siguientes dos precisiones.

De un lado, no debe olvidarse que imposibilidad jurídica e imposibilidad o gran dificultad “material” son cuestiones distintas. La concurrencia de la primera hace irrelevante la segunda, pero no al contrario. De esta suerte, que una situación sea de muy difícil acaecimiento nada tiene que ver con que esté o no permitida por el ordenamiento jurídico. Y, de otro lado, debe tenerse muy presente que la actividad probatoria es sumamente casuística, por lo que no cabe desconocer la posibilidad de que un hecho afirmado en el seno del proceso negociador pueda acabar siendo acreditado en un proceso judicial a través de otros medios. El empleo de los llamados “indicios endoprocesales”¹⁵ o del razonamiento presuntivo se presentan en este escenario como posibles vías para la prueba de dichas afirmaciones sobre los hechos.

3.3. Alcance

Pese a la dificultad de contestar a esta cuestión debido a la indeterminación del concepto de confidencialidad, estimo posible formular, tomando como referencia la razón de ser del deber de confidencialidad¹⁶, una serie de parámetros que ayuden a acotar su ámbito de aplicación. Dichos parámetros son los cuatro siguientes.

- Primero: que una de las partes ofrezca alguna opinión o información de carácter reservado, que no hubiera proporcionado fuera del MASC.

15 Véase una buena aproximación a este concepto en MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica procesal. 25 años de estudios forenses*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012, pp. 151-156.

16 Tal y como ya se ha dicho, crear un espacio de confianza en el que las partes tengan la certeza de que toda aquella información que, de buena fe y al objeto de intentar alcanzar un acuerdo, revelen, no les perjudique y no sea utilizada en su contra en un eventual posterior proceso judicial.

- Segundo: que ofrezca dicha opinión o información con el convencimiento de que no será revelada, por estar precisamente protegida por la confidencialidad.
- Tercero: que la contraparte haya tenido conocimiento de dicha manifestación gracias a la participación en el proceso negocial.
- Cuarto: que esta contraparte no hubiera podido conocer de ningún otro modo la opinión o información ofrecida.

Cabe destacar que los anteriores son criterios orientativos¹⁷, pero que en absoluto pretenden formularse taxativamente, a modo de requisitos o presupuestos para la aplicación de dicha confidencialidad. Si bien estimo que cuando concurren, la fuente de prueba en cuestión, muy probablemente, deberá merecer la reserva que brinda la confidencialidad, no puede afirmarse apriorísticamente que ello será así siempre y en todo caso, de modo que la concurrencia de la confidencialidad únicamente podrá ser determinada a través del análisis del caso concreto.

4. Tratamiento procesal de la proposición de prueba vulneradora de la confidencialidad

Una vez fijado el objeto y expuestos los criterios que pueden utilizarse para delimitar el alcance de la confidencialidad, es momento ahora de

17 En sentido similar, MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «El principio de confidencialidad... op.cit, pp. 37-38, propone una “interpretación adecuada, no extralimitada, de la obligación de confidencialidad, que debe quedar limitada: 1) al propio proceso de mediación, es decir, a las comunicaciones –ofertas, contraofertas, apuntes, tenor de los debates, acuerdos parciales que no se pueden desligar de un acuerdo global, etc.– derivadas del mismo proceso de mediación, y documentación generada en el proceso utilizando información confidencial; y 2) con reservas, a aquella información que sea verdaderamente confidencial, es decir, aquella que no habría forma de conocer si no se aportara al proceso de mediación, y que se puede aportar en la confianza de que no va a poder utilizarse fuera de ese proceso”.

analizar el tratamiento procesal de la prueba aportada con inobservancia de dicha confidencialidad. Se sopesará aquí si dicha prueba puede calificarse de ilícita o, por el contrario, se trata de una prueba ilegal, a fin y efecto de determinar cuál es el cauce procesal más eficaz para lograr su ineficacia.

4.1. El difícil encaje en el actual concepto de prueba ilícita

La aplicación del régimen de la prueba ilícita para lograr la ineficacia de la prueba aportada con vulneración de la confidencialidad viene condicionada al hecho de que se haya vulnerado algún derecho fundamental en la obtención u origen de dicha prueba. En efecto, el art. 11.1 LOPJ dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades y fundamentales”, y en términos significativamente similares el art. 287 LEC preceptúa que “cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes”, regulando a continuación un pequeño incidente contradictorio para determinar la ilicitud de la prueba. Pese a la aparente sencillez de estos preceptos, la prueba ilícita se ha convertido en los últimos tiempos en uno de los temas más intrincados y debatidos entre la doctrina.¹⁸

En este contexto, sin ningún ánimo de profundizar en su complejo análisis¹⁹, puesto que ello desbordaría el objeto del presente estudio, sí que interesa identificar, a la luz de la actual jurisprudencia constitucional²⁰ sobre la materia, algunas de sus características conformadoras.

18 PICÓ I JUNOY, J., «La prueba ilícita: un concepto todavía por definir», *La Ley Probática*, N°1, 2020, p. 9, por ejemplo, identifica “Hasta catorce monografías publicadas en España (por académicos de la Universidad, jueces, fiscales y abogados).”

19 Un completo estudio de esta cuestión puede encontrarse en PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 283-368.

20 Un buen compendio de la evolución jurisprudencial de la prueba ilícita, en el que puede observarse la progresiva reducción de su alcance puede consultarse

Ello permitirá examinar si una prueba que vulnere la confidencialidad propia de los MASC puede calificarse de ilícita y, por ende, que se le aplique el régimen procesal que la LEC prevé para dicho tipo de prueba.

En lo que a efectos del presente estudio incumbe, cabe señalar los siguientes tres presupuestos cuya concurrencia, según dicha jurisprudencia constitucional, es necesaria para que la prueba en cuestión pueda calificarse de ilícita.

En primer lugar, debe haberse vulnerado un derecho fundamental en el acto de obtención de los elementos probatorios. Esta idea, plasmada ya en la primera sentencia sobre la materia, la STC 114/1984, ha tenido una subsiguiente traducción normativa –en el art. 11.1 LOPJ y más adelante en el art. 287 LEC– y recepción jurisprudencial –en las posteriores sentencias del TC sobre esta materia.–

En segundo lugar, el acto de obtención de los elementos de prueba debe haber sido contrario a la Constitución o la vulneración del derecho fundamental ha de ser debidamente individualizada en relación con el acto de obtención de la fuente de prueba. En sentido contrario, pues, la prohibición constitucional de valoración de la prueba ilícita no entra en juego cuando el acto de obtención de los elementos de prueba ha sido conforme con la Constitución o cuando la vulneración de un derecho de libertad o sustantivo no ha sido debidamente individualizada en relación con el acto de obtención de la fuente de prueba. De este modo, se limita la aplicación del régimen de la prueba ilícita a la obtención de fuentes de prueba, y no a la práctica de éstas mediante los medios de prueba. Como el propio TC expresa en la reciente STC 97/2019 (FJ 2), de 16 de julio “la regla constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas en vulneración de derechos fundamentales se refiere siempre a la «vulneración de derechos fundamentales que se comete al obtener

en PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial. (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

tales pruebas», y no a las violaciones de procedimiento que, también en relación con la prueba, se producen «en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él», que quedan reconducidas, en cuanto a su posible dimensión constitucional, a la existencia de una garantía específica que resulte concretamente vulnerada o al juego general de «la regla de la interdicción de la indefensión».²¹

Y, por último, la citada STC 97/2019, de 16 de julio²², ha venido a restringir aún más el ámbito de aplicación de la prueba ilícita toda vez que, para determinar la ilicitud probatoria, requiere valorar “si la vulneración del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, comprometiéndose en ese caso la integridad del proceso en curso y el equilibrio de las partes”. Por consiguiente, para que pueda considerarse una prueba ilícita, debe existir una conexión instrumental entre la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental y el equilibrio procesal entre las partes.

A mi parecer, al tenor de dicha jurisprudencia constitucional, una prueba que vulnere la confidencialidad será, en la gran mayoría de las ocasiones, muy difícilmente encuadrable en el marco de la prueba ilícita. Ciertamente, repárese, de entrada, que en el procedimiento negocial las partes voluntariamente ponen en conocimiento de la otra la información confidencial, razón por la que, de acuerdo con los referenciados pronunciamientos del TC, al haberse producido el acto de obtención de las

21 Si bien esta limitación es criticada por buena parte de la doctrina, que entiende que la prueba ilícita debería abarcar también a la práctica de los medios de prueba. Véase, en este sentido, por ejemplo, PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit, p. 353 o MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2ª edición, J.M. Bosch, Barcelona, 2004, p. 68 y ss.

22 Ampliamente sobre el análisis de la sentencia, pueden consultarse las siguientes aproximaciones doctrinales al respecto: PICÓ I JUNOY, J., «La prueba ilícita... op.cit.»; ASENCIO MELLADO, J.M., «La STC 97/2019, de 16 de julio: descansa en paz la prueba ilícita», *Diario La Ley*, N.º 9499, 2019.

fuentes de prueba conforme a la Constitución, no entraría en juego la prohibición constitucional de valoración de la prueba ilícita. Asimismo, cabe recordar que el derecho fundamental que podría verse vulnerado con la quiebra de la confidencialidad –el derecho fundamental a la intimidad–, queda limitado, como dispone el art. 18.1 CE, a la “intimidad personal y familiar”, debido a lo cual, en la generalidad de situaciones, la información confidencial tratada en el MASC quedaría fuera del ámbito de protección del derecho fundamental.²³ Y, por último, incluso si en algún remoto caso se llegase a considerar que se ha producido una vulneración de un derecho fundamental en la obtención de los elementos de prueba, debería acreditarse que ello se ha hecho con el propósito instrumental de obtener una ventaja procesal, tarea que se antoja sumamente complicada, máxime si la participación en el proceso negocial viene obligada por la ley.

Por todo ello, cabe concluir afirmando que el cauce procesal de la prueba ilícita previsto en el art. 287 LEC no será, como norma general, una vía eficaz para lograr la ineficacia procesal de la prueba aportada con vulneración de la confidencialidad. Así es, si bien considero, como argumentaré con más detalle en el siguiente epígrafe, que la aportación de dicha prueba puede suponer la vulneración de derechos fundamentales (derecho de defensa y derecho a la igualdad de armas procesales), su expulsión a través del art. 287 LEC tendrá una escasa probabilidad de éxito, por las razones acabadas de apuntar.

23 En sentido idéntico se expresa MUNNÉ CATARINA, F, «La prueba de hechos conocida... op.cit, p. 45, cuando destaca que “si la información y documentos del procedimiento de mediación tienen *ex lege* carácter confidencial, podemos preguntarnos si la infracción del deber de confidencialidad vulnera el derecho a la intimidad del art. 18 CE, pero la supuesta vulneración de la intimidad no radica en la obtención de la prueba, porque hablamos precisamente de quienes han intervenido de forma voluntaria en la mediación, por lo que su *obtención* es lícita. Además las informaciones y documentos derivados de una mediación de conflictos civiles, por no decir los «mercantiles», tendría difícil o imposible encaje en el concepto de intimidad «personal y familiar» objeto de tutela constitucional.”

4.2. La pacífica consideración de prueba ilegal

De acuerdo con PICÓ I JUNOY, puede definirse la prueba ilegal o irregular como “aquel elemento probatorio obtenido o practicado con vulneración de preceptos que no gozan del *status* jurídico privilegiado de los arts. 14 a 29 C.E”.²⁴ La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba ilegal estriba, pues, en la naturaleza de la norma infringida; si la vulneración ha afectado un derecho fundamental, estaremos en presencia de una prueba ilícita, mientras que si afecta a otro tipo de normas se tratará de una prueba ilegal.

Una prueba aportada con quebrantamiento de la confidencialidad es, sin lugar a duda, una prueba ilegal o irregular, puesto que contraviene lo dispuesto en la ley. Así, por ejemplo, respecto de la mediación, iría en contra de lo preceptuado en el art. 9 de la Ley de Mediación^{25/26}. Siendo esta consideración una cuestión pacífica, mucho más debatida es la admisibilidad y eficacia de dicha prueba ilegal o irregular.

4.2.1. El renovado debate sobre la admisibilidad de las pruebas ilegales a raíz del art. 283.3 LEC: un análisis desde la óptica de una prueba vulneradora de la confidencialidad

Efectivamente, el debate sobre la admisibilidad de las pruebas ilegales hace tiempo que existe²⁷, y se ha reavivado con la incorporación a la vigente LEC del art. 283.3, el cual establece que “nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”.

24 PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit., pp. 290-291.

25 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

26 O, en caso de que hubiese sido finalmente aprobado, se vulneraría el art. 8 del Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal.

27 Véase una completísima exposición de argumentos a favor y en contra de dicha admisibilidad en PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit., pp. 291–304.

De entre las distintas opiniones doctrinales que la discusión sobre dicho artículo ha generado²⁸, destacan, en lo que concierne al presente estudio, las siguientes dos.

De un lado, una posición doctrinal mayoritaria que sostiene que el art. 283.3 LEC consagra el principio de legalidad procesal en materia probatoria, esto es, que entiende que la citada norma únicamente procura que se respeten las normas reguladoras de la actividad probatoria de la LEC. Se incluye en este grupo, entre otros²⁹, a ABEL LLUCH, quién subraya que “la legalidad se refiere a la observancia de las formalidades legales, esto es, a los requisitos de tiempo y forma en la proposición de los medios de prueba”, debido a lo cual sostiene que “el art. 283.3 LEC recoge el principio de legalidad en materia probatoria, entendido como la sumisión del juez al procedimiento probatorio legalmente previsto”, citando como ejemplos el interrogatorio de un colitigante con el cual no exista conflicto de intereses (art. 301.1 LEC) o la aportación extemporánea de un documento fundamental en el acto del juicio (art. 265.1 LEC)³⁰.

De otro lado, aquellos autores que defienden que el art. 283.3 LEC entronca un criterio de legalidad ordinaria, en cuya virtud se obliga

28 Ampliamente sobre las diferentes interpretaciones doctrinales acerca del art. 283.3 LEC, léase ANDINO LÓPEZ, J.A., «Estudio del art. 283.3 LEC. ¿Puede el juez inadmitir una prueba que vulnere la legalidad ordinaria?», *Justicia: revista de derecho procesal*, N.º. 1, 2014, pp. 241-257.

29 Véase, por ejemplo, PICÓ I JUNOY, J. «La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil* (Dir. Abel Lluch, X., Picó i Junoy, J.), J.M. Bosch, Barcelona, 2006, p. 21 o CASANOVA MARTÍ, R., «La inutilizabilidad de la prueba ilícita en el proceso civil a debate», *Justicia: revista de derecho procesal*, N.1., 2016, p. 360, quien no duda en asegurar que “es cierto que el derecho a la prueba debe prevalecer a la vulneración de una norma infraconstitucional. En este punto, insistimos de nuevo en la importancia de descubrir la verdad material en el proceso como manifestación del mayor grado de justicia de la decisión que le pone fin, y aún más en los casos en que se vulnera una norma de la legalidad ordinaria.”

30 ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012, p. 286.

al juzgador a inadmitir cualquier prueba que vulnere una norma de rango legal. En este minoritario sector doctrinal se encuentra, por ejemplo, GARCIMARTÍN MONTERO, quien destaca que el “artículo 283.3 LEC establece una prohibición de alcance más amplio (en referencia al art. 287 LEC) puesto que hay vulneraciones de normas que no suponen lesión de derechos fundamentales”, debido a lo cual concluye afirmando que “«a priori» este artículo permitiría denegar cualquier prueba en cuya obtención o práctica se haya infringido una norma legal imperativa de carácter negativo”.³¹

La relevancia de la aplicación de una u otra posición doctrinal es indudable, toda vez que ello puede determinar la admisibilidad de la prueba vulneradora de la confidencialidad.³²

En mi opinión, y más allá de que el debate entre el mayoritario criterio de la legalidad procesal y el criterio de la legalidad ordinaria deba resolverse, en términos generales, en favor de uno u otro, considero que, en el caso que nos ocupa, debiera optarse, como mínimo, por una flexibilización de dicho criterio mayoritario. En este sentido, cabe señalar que incluso la propia doctrina partidaria de la máxima eficacia del derecho a la prueba admite que, en ocasiones, dicho derecho pueda ceder *en pro* de otros derechos. Así, PICÓ I JUNOY advierte, en relación

31 GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 283», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I. Arts. 1 a 516* (coord. Cerdón Moreno, F, et al), Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1013.

32 Sobre esta cuestión, BONET NAVARRO, A., *Proceso Civil y...* op.cit, pp. 122-126 y HERRERO PEREZAGUA, J.F., «La quiebra en el proceso civil ... op.cit, pp. 60-61 tan solo señalan que cuando la prueba extraída de una mediación no pueda ser considerada ilícita, por no afectar a un derecho fundamental, habrá de inadmitirse en base al art. 283.3 LEC por tratarse de una prueba ilegal; por su parte MUNNÉ CATARINA, F., «La prueba de hechos conocida... op.cit, p. 46 y MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «El principio de confidencialidad... op.cit, pp. 18-19, si bien apuntan el debate sobre la admisibilidad de las pruebas ilegales y las distintas interpretaciones del art. 283.3 LEC, se limitan a afirmar que el tribunal deberá inadmitir cualquier prueba que contravenga lo dispuesto en una norma de rango legal.

con la problemática sobre la admisión de las pruebas ilegales, que una solución apriorística resulta desaconsejable, afirmando seguidamente que “sólo el estudio del caso concreto, al que deberá aplicársele la doctrina de la proporcionalidad o ponderación de los intereses en conflicto, puede ofrecer una adecuada respuesta al dilema aquí planteado.”³³ A mayor abundamiento, subraya que no siempre la prueba ilegal debe ser admitida y valorada, sino que, por el contrario, el juzgador, “ante la disyuntiva de buscar la certeza de los hechos litigiosos o proteger la norma infringida, puede, en aplicación de la doctrina de la ponderación motivada de los intereses involucrados, entender preeminente el segundo de ellos y en consecuencia rechazar tales pruebas.”³⁴

4.2.2. Algunos argumentos en favor su inadmisión

En atención a todo ello, cabe preguntarse, pues, si existen razones que justifiquen resolver el conflicto de intereses entre la protección de la confidencialidad y el derecho a la prueba en favor de la primera, inadmitiendo por consiguiente la prueba que contenga información confidencial. A mi juicio, dichas razones efectivamente existen, y son la protección del derecho a la igualdad de armas y derecho de defensa, la interpretación sistemática de la LEC y la protección de la operatividad de los MASC, que paso seguidamente a exponer.

Primero: protección del derecho a la igualdad de armas y derecho de defensa. El derecho a la igualdad de armas, si bien no se encuentra expresamente reconocido en el art. 24 CE, forma parte de dicho conjunto de garantías³⁵ y es una manifestación, entre otros, del derecho de defensa³⁶.

33 PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit, p. 291 *in fine*.

34 PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit., p. 307.

35 Véase, al respecto, PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías...* op.cit, pp. 159 y ss.

36 Como así lo ha reconocido el TC en su AUTO 783/1985, de 13 de noviembre. (ECLI:ES:TC:1985:783^a), (f.j.2.).

De acuerdo con el TC, supone “la necesidad de que todo proceso judicial esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos e intereses”, y “requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo, a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales la obligación de procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen”.³⁷ En cuanto a la incorporación del material fáctico al proceso, el derecho a la igualdad de armas, tal y como señala el TC, “ha de estar también presente en la fase probatoria como una de las garantías esenciales protegidas por el art. 24.2 CE, pues, en el diseño del proceso establecido en dicha norma fundamental, la evidencia, presupuesto ineludible de la Sentencia, ha de obtenerse evitando las situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso o, lo que es lo mismo, garantizando la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio.”³⁸

A mi parecer, una prueba que se aporte con quebrantamiento de la confidencialidad es susceptible de afectar el derecho a la igualdad de armas procesales y, en definitiva, el derecho de defensa en su conjunto. En efecto, téngase en cuenta que la preparación del posterior proceso civil que siga al proceso negocial se efectuará con la certeza de que toda aquella información confidencial revelada en dicho proceso negocial no será aportada. En consecuencia, en caso de ser admitida por el juzgador, se menoscabará gravemente la estrategia alegatoria y probatoria de la parte, máxime teniendo en cuenta que la naturaleza de las manifesta-

37 STC 307/2005, de 12 de diciembre. ECLI:ES:TC:2005:307. (f.j 2º.) Véase, igualmente, STC 138/1999, de 22 de julio. (ECLI:ES:TC:1999:138.) (f.j 4º); STC 125/1995, de 24 de julio, (ECLI:ES:TC:1995:125.) (f.j. 3º).

38 STC 61/2002, de 11 de marzo, (f.j 5º). En el mismo sentido, STC 37/2000, de 14 de febrero de 2000, ECLI:ES:TC:2000:37. (f.j. 3º).

ciones realizadas en el MASC –piénsese por ejemplo en una confesión o un reconocimiento de hechos– puede muy fácilmente desvirtuar por completo sus alegaciones y, como corolario de todo ello, situarle en una clara situación de desequilibrio y desventaja procesal.

En esta situación de existencia de un conflicto de intereses entre el derecho a la prueba y el derecho de defensa y a la igualdad de armas procesales, todos ellos configurados como fundamentales, pienso que, en aplicación de la teoría de la ponderación de los distintos intereses en juego, el primero debiera ceder en favor de los segundos.

Segundo: interpretación sistemática de la LEC. La propia LEC está comprometida con la protección de la confidencialidad, tal y como puede constatarse a través de la lectura de algunos artículos de la regulación de la prueba pericial conducentes a asegurar que se respete la confidencialidad, en este caso de la mediación.

Así, el art. 335.3 LEC preceptúa que, “salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto” y el art. 347.1 prevé que el tribunal deniegue la intervención del perito en el juicio o la vista “cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes”

Ello demuestra que la ley procesal no es ajena al conflicto de intereses que puede producirse entre la confidencialidad y el derecho a la prueba, tomando partido en favor de la primera.

Por tanto, una interpretación de la LEC en su conjunto es otro de los argumentos que deberían conducir al resultado, como norma general, de la inadmisión de la prueba vulneradora de la confidencialidad.

Tercero: protección de la operatividad de los MASC. Del modo que iterativamente se ha expresado, la confidencialidad es esencial para el buen fin de los MASC, de modo que una inobservancia procesal de dicha confidencialidad supondría despojar dichos métodos de toda operatividad y utilidad. Así es, (i) las partes simplemente no acudirían a ellos

o (ii) en caso de que se configurasen como requisito de procedibilidad a la jurisdicción civil, se participaría con el único objetivo de protegerse, esto es, de no revelar ninguna información que les pudiera perjudicar en un eventual posterior proceso judicial. Cabe destacar que este punto adquiere una especial relevancia en el actual contexto caracterizado, tanto a nivel nacional como supranacional, por una intensa promoción y fomento de estos métodos.³⁹

En definitiva, pienso que estos son argumentos que justifican plenamente la inadmisión de una prueba mediante la cual se pretende romper la confidencialidad.⁴⁰ Dicha inadmisión deberá producirse en la fase de selección de las pruebas, esto es, en la audiencia previa o la vista. En el caso de que el juzgador admitiese la prueba propuesta, deberá formularse, en virtud de lo previsto en el art. 285.2 LEC, el correspondiente recurso de reposición, oponiéndose a la admisión de dicha prueba con apoyo en los argumentos aquí esgrimidos.⁴¹

39 Fijese que el art. 81.2, g) TFUE dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán medidas para garantizar el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios. En el plano nacional, repárese simplemente en el hecho de que el malogrado Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal, cuya aprobación final –frustrada por una anticipada convocatoria electoral– se preveía para el año 2023, imponía la previa participación en un MASC como requisito de procedibilidad a la jurisdicción civil para la práctica totalidad de asuntos civiles y mercantiles.

40 En el supuesto de aportación de una prueba vulneradora del secreto profesional del abogado, ANDINO LÓPEZ, que ha trabajado profusamente la cuestión, también se pronuncia en favor de la inadmisión de la prueba, con apoyo en argumentos similares a los aquí expuestos para justificar la inadmisión de la prueba vulneradora de la confidencialidad de los MASC. Véase, al respecto, ANDINO LÓPEZ, J.A., *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 202-214; ANDINO LÓPEZ, J.A., *La nueva configuración del secreto profesional del abogado*, J.M. Bosch, Barcelona, 2021, pp. 164-180; ANDINO LÓPEZ, J.A., *La correspondencia entre abogados y su aportación procesal: un problema a resolver*, La ley soluciones legales, Madrid, 2024, pp. 146-157.

41 Argumentos adicionales para la inadmisión de una prueba que vulnere la legalidad ordinaria pueden encontrarse en ANDINO LÓPEZ, J.A., «Estudio del art.

4.3. ¿Y si esta situación se plantea en un arbitraje, qué solución debería adoptarse?

Por último, interesa saber cómo se resolvería esta cuestión en un procedimiento arbitral toda vez que, especialmente en la litigación transfronteriza, no son infrecuentes las denominadas “cláusulas escalonadas o cláusulas escalación”, en las que se prevé una negociación y, en caso de que sea infructuosa, un arbitraje.⁴²

En el arbitraje, huelga señalar, las partes gozan de una mayor libertad que en la jurisdicción ordinaria para formar el proceso que ha de poner fin a su disputa. Particularmente respecto a la prueba ya en la exposición de motivos se destaca que “la fase probatoria del arbitraje está (...) presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros (...) y por la máxima flexibilidad”. En consonancia con ello, el art. 25.2 LA preceptúa que la “potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas (...)”. Ciertamente, en materia probatoria, los árbitros ostentan unos poderes significativamente amplios.

Ahora bien, esta libertad y flexibilidad no constituye un subterfugio para la inobservancia de los principios y garantías procesales más elementales. Efectivamente, en el mismo párrafo citado de la exposición de motivos se advierte que dicha máxima libertad y flexibilidad queda condicionada a “que se respeten el derecho de defensa y el principio de igualdad”, y el art. 24 LA determina que “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”. Y es que dichas garantías procesales elementales,

283.3 LEC. ¿Puede... op.cit, pp. 257-269.

42 Así lo asegura GÓMEZ JENE, M., «Epílogo: mediación y arbitraje», *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. (Coord. López Simó, F., Garau Sobrino, FF), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 406 y ss.

mutatis mutandis las del art. 24 CE, tienen plena aplicabilidad en el proceso arbitral⁴³, debido a lo cual los árbitros deben cuidar que se respete, entre otros, el derecho de defensa y a la igualdad de armas procesales.⁴⁴

- 43 Léase en este sentido la STC 9/2005, de 17 de enero (f.j.5º) “Es indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje de equidad tienen un derecho subjetivo (...) a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (...) derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos”; STSJ CAT 1453/2017, de 20 de marzo. (ECLI:ES:TSJCAT:2017:1453), (f.j. CUARTO). “En orden al procedimiento que han de seguir los árbitros para tomar su decisión final, la LA, como se infiere de su Exposición de motivos, parte también del principio de autonomía de la voluntad estableciendo como únicos límites a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es. De manera que garantizado el sometimiento a estas normas básicas (respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción dando a todas las partes suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos (art. 24), las reglas que sobre el procedimiento arbitral establece la ley de arbitraje, son dispositivas y resultan por tanto, aplicables si las partes nada han acordado directamente. (...) el árbitro puede dar al procedimiento arbitral el curso que estime pertinente (...) siempre que se respeten los principios básicos antes relatados que no son sino trasunto del precepto constitucional recogido en el art. 24 de la Carta Magna.”
- 44 Véase MUNNÉ CATARINA, F, «La prueba en el proceso arbitral», en *La prueba civil: aspectos problemáticos* (Dir. Picó i Junoy, J) (Ed. Vázquez Albert, D.), Thomson Reuters, Barcelona, 2017, pp. 175-176, cuando asegura que “cualquier aproximación a la prueba en el proceso arbitral exige un cambio de paradigma respecto del proceso judicial (...) que debe partir de dos factores esenciales. En primer lugar, el debido respeto a los principios de contradicción, audiencia e igualdad, de modo que cualquier vulneración de los mismos, e incluso cualquier renuncia *ex ante* a los mismos, es susceptible de generar una situación de indefensión y con ello la nulidad del laudo arbitral [art. 41.b) y 41.d) LA]. (...) Y por ello cualquier integración del conciso derecho probatorio de la Ley de Arbitraje debe ser respetuosa con el derecho fundamental de defensa y en particular con el derecho a la prueba (...) Y, en segundo lugar, prácticamente por encima de la propia Ley de Arbitraje, hay que atender a las amplias potestades del árbitro en materia probatoria (art. 25.2 LA) y al principio de la autonomía de la voluntad [art. 41.d) LA], en la medida que en la Ley son muy escasas las normas imperativas, que constituyen la excepción a esa genérica supremacía de la autonomía

Del modo que se ha argumentado anteriormente, una prueba aportada con vulneración de la confidencialidad puede suponer un menoscabo de dicho derecho a la igualdad de armas procesales. Por consiguiente, en caso de que, en el seno de un proceso arbitral, se propusiese una prueba que contuviese información confidencial obtenida en el anterior proceso negocial, debería alegarse que ello supone una vulneración del derecho de defensa en su vertiente de la igualdad de armas procesal.

A mayor abundamiento, cabe mencionar el art. 9.2, b) de las reglas IBA 2020 sobre obtención de pruebas en arbitraje internacional, que prevé que el tribunal arbitral pueda inadmitir pruebas por razón de la existencia de un impedimento o privilegio legal establecido en las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el tribunal arbitral. En desarrollo de esta previsión, el art. 9.4, b) determina que, al evaluar la existencia de dichos impedimentos o privilegios, el tribunal arbitral tenga en cuenta cualquier necesidad de proteger la confidencialidad de un documento creado o de una declaración o comunicación oral efectuadas en el contexto de una negociación cuyo fin es el de llegar a un acuerdo.⁴⁵

de la voluntad. Excepción que en esencia son los tres principios procesales antes mencionados (de contradicción, audiencia e igualdad).

45 El texto original de las partes citadas de dichas “Reglas IBA sobre obtención de pruebas en arbitraje internacional” reza como sigue:

Article 9 Admissibility and Assessment of Evidence

(...)

2. The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection, in whole or in part, for any of the following reasons:

(...)

(b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable (see Article 9.4 below);

(...)

4. In considering issues of legal impediment or privilege under Article 9.2 (b), and insofar as permitted by any mandatory legal or ethical rules that are determined by it to be applicable, the Arbitral Tribunal may take into account:

En suma, considero que la inadmisión de la prueba aportada con vulneración de la confidencialidad es el resultado al que deberá llegarse también en el contexto de un arbitraje. Si finalmente dicha prueba resultase admitida y valorada por el árbitro, tendría que impugnarse, en su caso, a través de la acción de anulación, en base al motivo f) del art. 41 LA, por entender que el laudo vulnera el orden público procesal.⁴⁶

5. Particularidades que presentan algunos medios de prueba respecto de la protección de la confidencialidad

Como se acaba de exponer, la prueba aportada con vulneración de la confidencialidad deberá inadmitirse en la fase de solicitud de prueba, es decir, en la audiencia previa o la vista. Sin embargo, debe tenerse presente que, por razón de la naturaleza del medio de prueba en cuestión, en algunas ocasiones la información confidencial se incorpora al pleito con los escritos de alegaciones, y en otras su protección debe hacerse valer en el momento de la práctica de la prueba.

En todos estos casos, interesa conocer las particularidades que cada una de estas situaciones presenta, así como las posibilidades que la regulación de los medios de prueba ofrece para finalmente impedir

(...)

(b) any need to protect the confidentiality of a Document created or statement or oral communication made in connection with and for the purpose of settlement negotiations;

46 Sobre el alcance del control judicial de oficio del laudo arbitral véase ESCALER BASCOMPTE, R., «Sobre la necesaria intervención del abogado en los arbitrajes de Consumo y su incidencia en el alcance del control judicial de oficio», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º. 56, 2022.

que dicha información confidencial acabe formando parte del acervo probatorio que el órgano judicial valorará.

5.1. El interrogatorio de las partes

La naturaleza de los medios de prueba personales provoca que la confidencialidad pueda intentar introducirse en el proceso con mayor facilidad. En efecto, como acertadamente señala ABEL LLUCH, aun cuando en relación con el criterio de admisión de la pertinencia, “en algunos medios de prueba, de los que es ejemplo paradigmático el interrogatorio de las partes, el juicio sobre la admisión se ha desplazado del medio de prueba a las concretas preguntas, en el sentido que es harto difícil denegar un interrogatorio de las partes por impertinente, y, en cambio, pueden inadmitirse las concretas preguntas del interrogatorio por tal motivo”.⁴⁷

Pues bien, si a la parte que esté siendo interrogada se le pregunta sobre algún aspecto protegido por la confidencialidad, entiendo que deberá ponerlo de manifiesto y no responder a dicha pregunta, tal y como se desprende de una lectura conjunta de los arts. 303 y 307 LEC. Así, el art. 303 determina que “la parte que haya de responder al interrogatorio, así como su abogado, en su caso, podrán impugnar en el acto la admisibilidad de las preguntas”; por su parte, el art. 307 LEC prevé la obligación legal de guardar secreto como una excepción a la aplicación de la *ficta admissio*. Deberá poner de manifiesto dicho deber de secreto a pesar de que, de acuerdo con el redactado del art. 307 LEC, parece que la negativa a declarar por razón de la existencia de secreto únicamente puede ser advertida de oficio por parte del tribunal.⁴⁸

47 ABEL LLUCH, X., *Derecho...* op.cit , pp. 298-299.

48 Conclusión que se ve reforzada si se compara con el art. 371 LEC el cual, respecto del interrogatorio de testigos, prevé *expressis verbis* que el testigo, a los efectos de ser dispensado de la declaración, manifieste su deber de guardar secreto. Véase a continuación el texto de ambos artículos.

5.2. La prueba documental

Nuestra ley procesal somete la aportación de documentos a estrictas reglas de preclusión, una de cuyas consecuencias, como apunta RAMOS MÉNDEZ, es que la incorporación de los documentos al pleito es absolutamente libre, es decir, no aparece condicionada por un juicio de pertinencia previo, como ocurre con el resto de las pruebas.⁴⁹ De igual modo, tampoco aparece condicionada por el juicio de legalidad, por lo que perfectamente podrían aportarse documentos que vulnerasen el principio de confidencialidad propio de los MASC.

Si bien los documentos serán, en su caso, inadmitidos en la fase de selección de las pruebas⁵⁰, dicha aportación inicial en los escritos de alegaciones implica que, antes de inadmitirlos, el órgano judicial entrará

Artículo 307. Negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales.

Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.”

“Artículo 371. Testigos con deber de guardar secreto.

Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta.”

49 RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 752.

50 Del modo que oportunamente recuerda ABEL LLUCH, X., *Derecho...* op.cit, p. 290 *in fine* y 291, “en sentido estricto, la admisión de los documentos, dictámenes o instrumentos –al igual que los restantes medios de prueba– solo puede tener lugar en el momento de admisión de los medios de prueba (...) aun cuando por exigencias del principio de igualdad o buena fe procesal tales documentos, dictámenes o instrumentos se hayan aportado con los escritos iniciales de alegaciones.”

en contacto con ellos mediante su consulta y lectura. Surge en esta situación el problema que la doctrina ha acuñado con el nombre de “efecto psicológico de la prueba ilícita” –en este caso, más bien ilegal–, cuyas principales vicisitudes, habida cuenta de su importancia, serán analizadas con más detalle en el siguiente epígrafe.

Otra de las cuestiones conflictivas que se pueden generar aquí viene relacionada con el deber de exhibición documental, bien sea entre las partes, respecto de un tercero o de una entidad oficial.

En el primer supuesto, podría darse el caso de que alguno de los litigantes intentase, con base a dicho deber de exhibición documental, lograr algún documento protegido por la confidencialidad al objeto de incorporarlo al proceso. La regulación de la LEC es “parca en los aspectos procedimentales”⁵¹, debido a lo cual conviene ser sumamente vigilante para evitar el acceso al proceso del documento confidencial. Aquí, el art. 329 LEC, que prevé unas posibles sanciones en caso de negativa a la exhibición, las condiciona a que dicha negativa sea “injustificada”. A *sensu contrario*, cabe concluir, pues, que, si la negativa es justificada, no se deberá exhibir el documento en cuestión. Sin lugar a duda, el hecho de que el documento esté amparado por la confidencialidad constituye una justa causa para no aportar el documento⁵², razón por la que tendrá que advertirse al objeto de que no se apliquen las sanciones previstas en el art. 329 LEC.

En caso de que el documento estuviese en poder de un tercero, el art. 330 LEC prevé la comparecencia personal de aquella persona “en cuyo poder se halle el documento y, tras oírle, resolverá lo procedente”. Pues bien, es en dicha comparecencia en la que deberá advertirse la

51 ABEL LLUCH, X., *Derecho...* op.cit, p. 840.

52 DE LA OLIVA SANTOS, A., «Artículo 329», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (AAVV)*, Civitas, Madrid, 2001, p. 574, entiende, por ejemplo “justificada la negativa que se funde en el deber de secreto”.

imposibilidad de exhibir el documento en cuestión por estar amparado por la confidencialidad.

Y en el caso de documentos de las entidades oficiales (dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, provincias, Entidades locales y demás entidades de Derecho público) se establece expresamente en el art. 332 LEC que se exceptione el deber de exhibición “cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto”.

5.3. La prueba pericial

La LEC, en la regulación de la prueba pericial, contiene una serie de disposiciones encaminadas a asegurar la confidencialidad, en este caso referida a la mediación. Esto ya ha sido expuesto anteriormente, por lo que a ello me remito⁵³.

5.4. El interrogatorio de testigos

De entre los medios de prueba personales, el interrogatorio de testigos es, probablemente, el medio de prueba más proclive para intentar burlar la confidencialidad por razón de que, salvo el interrogatorio de personas jurídicas y entidades públicas, no es necesario indicar la materia sobre la que versará el interrogatorio en el momento de efectuar la proposición.⁵⁴ De esta suerte, podría ocurrir que una de las partes pretendiese que el testigo al cual se está interrogando se pronunciase sobre algún aspecto del pretérito proceso negocial que, por ser confidencial, no puede ser revelado.

En esta situación, el testigo, de acuerdo con lo previsto en el art. 371 LEC, tendrá que manifestar “razonadamente” que tiene el deber de guardar secreto y que, consecuentemente, no puede responder esa pre-

53 Vid. apartado 4.2.2.

54 ABEL LLUCH, X., *Derecho...* op.cit, p. 607.

gunta. El tribunal, “considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho” (art. 371.1 LEC). Sobre la posibilidad de recurrir dicha providencia, el art. 371 LEC guarda silencio, debido a lo cual, en aplicación de la teoría general de los recursos, existiría la posibilidad de interponer un recurso de reposición (art. 451.2 LEC).

Y en el caso de que se requiera el testimonio escrito de personas jurídicas y entidades públicas, el art. 381.2 LEC, como se acaba de señalar, prevé la carga de expresar con precisión los extremos sobre los que ha de versar la declaración o el informe escrito, así como el derecho de ambas partes de alegar todo aquello que consideren conveniente respecto dicha proposición de prueba. Es en este momento procesal, pues, en el que deberá alegarse y ponerse de manifiesto que se pretende el interrogatorio sobre algún aspecto protegido por la confidencialidad.

6. La posible influencia de la prueba confidencial en la mente del juzgador

6.1. Introducción: planteamiento de la problemática

Tal y como se ha señalado, la incorporación de los documentos con los escritos de alegaciones puede provocar que, aunque finalmente sea inadmitido, el contenido de dicho documento influya psicológicamente en el juzgador. Esta cuestión puede predicarse con especial intensidad en el supuesto de un documento cuyo origen se encuentra en un pretérito proceso negocial, por razón de la especial sensibilidad de la información que es probable que contenga. Dichos documentos, no cabe duda, es posible que sean una excelente fuente de prueba para descubrir la verdad de los hechos acaecidos. El tribunal, aun cuando no los podrá utilizar formalmente en su razonamiento probatorio, tampoco podrá borrarlos de su memoria, como si efectivamente nunca los hubiese consultado. Ello, aun inconscientemente, es susceptible de influir en la posterior valoración que realice de las pruebas admitidas.

Paradójicamente, este problema queda resuelto en algunas ocasiones gracias a una reprochable práctica forense consistente en que el juez ante el cual se practican las pruebas en el acto de juicio y dicta sentencia es distinto del juez que ha intervenido en la audiencia previa. Ciertamente, en estos casos dicho problema desaparece por completo ya que el juez que efectúa la valoración probatoria y dicta sentencia no ha tenido contacto alguno con el documento inadmitido.

Ahora bien, y dejando de lado este supuesto patológico, la doctrina ha formulado, tradicionalmente, distintas soluciones para remediar este problema⁵⁵, siendo las más destacadas las siguientes.

Una primera solución, defendida por un sector doctrinal minoritario⁵⁶, consistente en la valoración de la prueba ilícita juntamente con el resto de las pruebas lícitamente obtenidas y aportadas. Así es, partiendo de la asunción de que resulta imposible que el juez no quede psicológicamente influenciado por el contenido de dicha prueba ilícita, considera que, en el caso de que supere el juicio de admisión probatoria, tal prueba debe quedar subsanada y ser valorada como si de cualquier otra prueba se tratase.

Una segunda propuesta, sostenida por un sector doctrinal más amplio⁵⁷, que, partiendo de la idéntica consideración de la imposibilidad que el tribunal se desvincule psicológicamente del elemento probatorio ilícito, postula la recusación del juzgador como solución.

55 Ampliamente sobre el tema, puede consultarse PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit., pp. 346-351.

56 Uno de cuyos máximos exponentes es MUÑOZ SABATÉ. Véase, al respecto, MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967, pp. 77 y ss.

57 Entre otros, SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pp. 228-229.

Y una última solución, representada por aquellos autores⁵⁸ que estiman que la obligación constitucional y legal de motivación de las sentencias, así como su eventual posterior revisión por parte de los tribunales superiores, son mecanismos idóneos para negar cualquier eficacia procesal a la prueba ilícita.

6.2. Un novedoso enfoque con base en los estudios de la psicología jurídica: la teoría del razonamiento motivado

En mi opinión, una buena manera de abordar el análisis de esta cuestión pudiera consistir en hacerlo en atención a los diferentes estudios que desde el ámbito académico de la psicología jurídica se han hecho al respecto. Ello permitirá establecer con mayor precisión el alcance del “efecto psicológico” que la prueba inadmitida produce en el tribunal y, en último término, poder determinar cuál es la mejor solución para evitarlo.

Esta línea de investigación ha sido especialmente fecunda en los Estados Unidos, uno de cuyos frutos más relevantes para arrojar luz al problema aquí planteado ha sido la teoría del “motivated cognition o motivated reasoning”⁵⁹, que podría traducirse con la expresión “razonamiento motivado.”⁶⁰ Según MEHTA SOOD, “la teoría moderna del razonamiento motivado sostiene que cuando aquellos que tienen que tomar

58 Como por ejemplo PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...* op.cit., pp. 349-351. En el mismo sentido se pronuncia en PICÓ I JUNOY, J., «El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, N.º. 171, 2012, pp. 35-37.

59 Véase KUNDA, Z., «The case for motivated Reasoning», *Psychological Bulletin*, 1990, Vol. 108, No 3, 480-498; MEHTA SOOD, A., «Motivated Cognition in Legal Judgments– An analytic Review», 2013. *The Annual Review of Law and Social Sciences*, 9:307-325.

60 En estos mismos términos lo traducen IÑIGUEZ ORTIZ, E y FEIJOÓ CAMBIASO, R., «El poder oculto de la prueba ilícita: una aproximación psicológica», *Themis: Revista de Derecho*, N.º. 71, 2017, p. 172.

una decisión tienen una preferencia con relación al resultado de una tarea evaluadora, son más proclives a alcanzar dicho resultado preferido por razón de que incurren, involuntariamente, en procesos sesgados para acceder, construir y evaluar creencias”.⁶¹

Una coyuntura análoga, esto es, en la que quién tiene que tomar una decisión –en este caso el juzgador al valorar la prueba– tenga una preferencia sobre el resultado a alcanzar, puede, sin duda, producirse en el contexto de aportación –y posterior inadmisión– de una prueba con vulneración de la confidencialidad. Ciertamente, ya se ha apuntado que dicha prueba es posible que sea sumamente ilustrativa de la realidad de los hechos acaecidos. Por consiguiente, es harto razonable pensar que quizás el tribunal, por un sentimiento de “justicia”, desee alcanzar un resultado acorde con el contenido de dicha prueba inadmitida, aun cuando el acervo probatorio obrante en el proceso no fuera tan favorable para llegar a dicho resultado, o permitiese llegar a una conclusión opuesta. Pues bien, en este supuesto, según dicha teoría del razonamiento motivado, y siempre que dicho acervo probatorio no conduzca claramente a un determinado resultado, el juzgador sería más propenso a valorar la prueba en un sentido que le permitiese alcanzar la decisión deseada.

Es cierto que el juzgador es plenamente consciente de que no puede tener en cuenta la prueba inadmitida, y también de que no puede decidir subjetivamente, sino que, antes bien, debe explicitar el *iter* mental lógico en virtud del cual formula el resultado de la actividad probatoria llevada a cabo por las partes. Es por ello por lo que, parte de la doctrina, como ya se ha indicado, entiende que este deber de mo-

61 Véase la versión original en SOOD, A «Motivated cognition in... op.cit, p. 309 “The modern day psychological theory of motivated reasoning holds that when decision makers have a preference regarding the outcome of an evaluative task, they are more likely to arrive at that desired conclusion by engaging in inadvertently biased processes for “accessing, constructing, and evaluating beliefs (...)”

tivación, en su caso reforzado, es suficiente para neutralizar el efecto psicológico de dicha prueba.

No obstante, dicho convencimiento de estar actuando objetivamente, denominado “ilusión de objetividad” por los citados estudios psicológicos, es uno de los mecanismos que permiten la aplicación del “razonamiento motivado”. Así, KUNDA asegura que “la gente no es consciente de que el proceso está sesgado por sus objetivos, que solo están accediendo a un subconjunto de su conocimiento relevante, que probablemente acogerían distintas convicciones y normas en presencia de objetivos direccionales distintos, y que incluso podrían ser capaces de justificar conclusiones opuestas en otras ocasiones”.⁶² Y ello, siempre según los referidos estudios, se produce sin perjuicio de que quien toma la decisión trate de ser racional⁶³, de alcanzar una solución certera y rigurosa⁶⁴ y de aplicar objetivamente la ley⁶⁵, y sin un esfuerzo conscien-

62 Véase el texto original en KUNDA, Z., «The case for... op.cit, p. 483: “people do not realize that the process is biased by their goals, that they are accessing only a subset of their relevant knowledge, that they would probably access different beliefs and rules in the presence of different directional goals, and that they might even be capable of justifying opposite conclusions on different occasions”.

63 KUNDA, Z., «The case for... op.cit, pp. 482-483.

64 En esta línea PETTY, R; WEGENER, D; WHITE, P., «Flexible correction processes in social judgment: implications for persuasion», *Social Cognition*, Vol. 16, Nº. 1, 1998, p. 95, afirman lo siguiente: “increasing accuracy motivation, or the motivation and ability to think, does not necessarily lead to correction attempts because even highly thoughtful people are not necessarily aware of the impact of any biasing variable (s) in the current context”.

65 En este sentido WISTRICHT, A., RACHLINSKI, J Y GUTHRIE, C., «Heart Versus Head: Do judges Follow the Law or Follow Their Feelings», *Texas Law Review*, 2015, p. 911 aseguran que: “Most judges try to faithfully apply the law, even when it leads them to conclusions they dislike, but when the law is unclear, the facts are disputed, or judges possess wide discretion their decisions can be influenced by their feelings about litigants. This may occur without their conscious awareness and despite their best efforts to resist it”.

te para llegar a la conclusión deseada.⁶⁶ A mayor abundamiento, otros estudios destacan que la creencia de ser y estar actuando objetivamente coadyuva a la aplicación del sesgo.⁶⁷

En definitiva, fuera de aquellos casos en los que los elementos de prueba a disposición del juzgador conduzcan claramente a un determinado resultado, parece ser, tal y como se colige de los referidos estudios psicológicos, que la prueba ilegal inadmitida puede, inconscientemente, influenciar al juzgador en su valoración de la prueba. Es verdad que, seguramente, dicho impacto no será igual en todos los juzgadores, y que a su vez dependerá de otros factores como por ejemplo el contenido de la prueba. Ciertamente, el impacto será mayor en el supuesto de que dicha prueba permita conocer la verdad de los hechos acaecidos, mientras que será muy poco relevante en caso contrario. Sin embargo, sea como fuere, pienso que todo este bagaje de conocimiento producido en el seno de la psicología jurídica, lejos de ser desaprovechado, debería tenerse muy presente a la hora de arbitrar una solución al problema planteado.

6.3. La recusación como garantía de una solución efectiva

Habida cuenta de lo anterior, surgen serias dudas acerca de la eficacia del deber de motivación del juicio de hecho de la sentencia, in-

66 Léase BRAMAN, E., NELSON, T., «Mechanism of Motivated Reasoning? Analogical Perception in Discrimination Disputes», *American Journal of Political Science*, Vol. 51, Nº 4, 2007, p. 954, que en la conclusión de su estudio empírico afirman lo siguiente: “we hasten to add that nothing we have found suggests a *conscious* effort to twist the law to serve one’s preferences. In fact, participants were probably unaware that their views shaded the judgments we asked of them”.

67 Así lo apuntan KANG, J. et al., «Implicit bias in the courtroom», *UCLA Law Review*, 1124 (2012), p. 1173, quienes destacan lo que sigue: “Unfortunately, there is evidence that believing ourselves to be objective puts us at particular risk for behaving in ways that belie our self-conception (...) In short, thinking oneself to be objective seems ironically to lead one to be less objective and more susceptible to biases. Judges should therefore remind themselves that they are human and fallible, notwithstanding their status, their education, and the robe.”

cluso reforzado, para soslayar el problema del impacto psicológico de la prueba inadmitida que contiene información confidencial. A mi juicio, los precitados análisis empíricos de la psicología jurídica presentan buenas razones para creer que, como mínimo, existe el riesgo de que ello no sea así. Consecuentemente, estimo que la solución idónea para asegurar que dicha prueba no tiene ningún efecto pasa por apartar al juez o árbitro que ha entrado en contacto con ella, es decir, recusarle.

6.3.1. En el proceso judicial

En cuanto a la recusación planteada en el proceso judicial, no cabe desconocer que tiene un difícil encaje, puesto que entre las dieciséis causas de recusación previstas en el art. 219 LOPJ, ninguna se refiere al supuesto que nos ocupa, esto es, haber inadmitido una prueba ilegal.

Alguna autora, empero, entiende que puede integrarse en la actual causa undécima de recusación⁶⁸ –Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito en anterior instancia–. Bajo mi criterio, es una opinión acertada. Ciertamente, la razón de ser de dicha causa de recusación estriba en la “contaminación” que el juzgador ha sufrido por haber conocido previamente del objeto del proceso, lo que se estima que afecta a la denominada imparcialidad objetiva⁶⁹, mo-

68 En este sentido, PASTOR BORGONÓN, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. A propósito de la sentencia N.º 114/1984, de 29 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 1984), dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 167/1984», en *La evolución del Derecho Procesal a la luz de JUSTICIA. 40 años de historia* (Dir. Picó i Junoy, J.), J.M. Bosch, Barcelona, 2021, p. 695, quién afirma que “tal vez pueda considerarse que, por analogía, se corresponde con las situaciones recogidas en el art. 219.10 LOPJ, puesto que, si haber sido instructor de la causa o haber fallado el pleito en una instancia superior son razones para que el juez deba abstenerse, es debido a que se duda de que, habiéndose formado previamente una opinión sobre el asunto, pueda prescindir totalmente de ella y formar su convencimiento sobre otra base.”

69 Así es, como indica PICÓ I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 88-89, “el fin último

tivo por el cual ha de ser apartado. Se pretende pues que el juzgador no forme su convencimiento sobre el asunto que debe decidir de manera anticipada, hecho que, como se ha expresado, puede no ocurrir en caso de entrar en contacto con la prueba vulneradora de la confidencialidad. Sin embargo, en la práctica ésta es una solución con escasos visos de prosperar, por el ya señalado difícil encaje en las actuales causas de abstención y recusación.⁷⁰

6.3.2. En el proceso arbitral

En el arbitraje, en un sentido totalmente contrario al exhaustivo sistema de causas tasadas previsto en la LOPJ para la recusación de jueces y magistrados, la recusación de los árbitros se configura de modo muchísimo más genérico, a través de la cláusula abierta del art.

de esta causa es proteger la mal denominada «imparcialidad objetiva», esto es, según la STC 138/1994, de 9 de mayo (f.j 7º) «asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso, por haber sido instructores de la causa, por haber ostentado, con anterioridad, la condición de acusado o, en fin, por su previa intervención en otra instancia del proceso [...] La Ley quiere evitar, en un supuesto y en otro, que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como Instructor»”

70 En este contexto pudiera resultar pertinente acudir, otra vez, a los estudios de la psicología jurídica. Y es que una de las soluciones que los autores de dicho campo de estudio han postulado para remediar este problema ha sido el de “confrontar la ilusión de objetividad”. Extrapolado al caso objeto de estudio en este artículo, supondría hacer notar al juzgador que el conocimiento de los hechos que le ha proporcionado la prueba confidencial inadmitida puede hacerle incurrir, de modo inconsciente e involuntario, en un razonamiento sesgado. Véase a este respecto SOOD, A «Motivated cognition in... op.cit, p. 320, cuando asegura: “especially in legal decision-making contexts, in which people strive to reach accurate and lawful conclusions, the key to reining in motivated cognition might lie in drawing attention to inadvertently and inappropriately motivating factors”

17.3 LA. En efecto, dicho artículo establece que “un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia(...)”. En la práctica, la interpretación de dicho artículo ha versado, muy mayoritariamente, sobre supuestos en los que se cuestionaba el aspecto subjetivo de la imparcialidad⁷¹, debido a lo cual poca información aportan para resolver el supuesto aquí analizado.

En esta situación puede ser de utilidad la consulta de las “Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014”, cuyo fin principal estriba en intentar dotar de contenido al deber de imparcialidad, de independencia y de revelar aquellos hechos y circunstancias que puedan menoscabar dichos deberes.

En lo que al conflicto de intereses se refiere, la norma general 2 expresa que, bien en el momento de la designación, bien en el transcurso del procedimiento, el árbitro no deberá conocer del asunto si tuviese dudas sobre su imparcialidad o independencia. Asimismo, en el apartado (b) se destaca que la misma solución deberá adoptarse en caso de que “existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad y la independencia del árbitro”. Y el apartado (c) estima justificadas “aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes”.

71 Como así constatan los resultados de una consulta en la base de datos CENDOJ sobre resoluciones judiciales que apliquen el art. 17 LA. (Fecha de última consulta: 24 de enero de 2024.)

Así pues, en aquellos casos en que la prueba vulneradora de la confidencialidad aporte información relevante para conocer la verdad de lo acaecido, muy particularmente cuando dicha información no haya podido ser incorporada a través de los medios de prueba admitidos, estimo que debería recusarse al árbitro, por razón de que existirán dudas justificadas sobre su imparcialidad. Por el contrario, si dicha prueba aporta nula o escasa información para el esclarecimiento de las afirmaciones controvertidas sobre los hechos, es razonable pensar que ello no afectará a su imparcialidad ni su decisión se verá influida por dicha prueba, de modo que quizás no sería necesario apartarlo del conocimiento del asunto.

7. Vulneración de la confidencialidad y buena fe procesal

La proposición de una prueba a través de la cual se pretenda incorporar información confidencial al proceso acarreará, de entrada, la consecuencia de su inadmisión. No obstante, y en atención a las concretas circunstancias de cada caso, podría considerarse también un quebrantamiento de las reglas de la buena fe procesal y, por ende, que conllevara la aplicación de consecuencias adicionales a su inadmisión.

7.1. Concisa aproximación al principio de la buena fe procesal

La buena fe procesal, consagrada en la vigente LEC mediante su positivización en el art. 247 LEC, constituye, tal y cómo afirma PICÓ I JUNOY, un principio general del proceso toda vez que “la idea de la buena fe se encuentra ínsita en el fundamento de distintas instituciones procesales, existiendo multitud de normas que tienden a su protección.”⁷²

72 PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal. Segunda edición*, J.M. Bosch, Barcelona, 2013, p. 51.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado, debido a lo cual, igual que se advertía respecto de la confidencialidad, únicamente a través del análisis del caso concreto podrá determinarse si se han respetado o no sus reglas. Sin embargo, de los esfuerzos doctrinales para definirla y dotarla de contenido, es posible extraer algunas ideas basilares sumamente útiles para resolver sobre el respeto de una concreta conducta procesal al principio de la buena fe procesal.

Así, PICÓ I JUNOY define dicho principio “como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”⁷³, identificando la protección de los derechos fundamentales del art. 24 CE como el fundamento de las reglas de la buena fe procesal⁷⁴. De ello se deriva, como dicho autor indica, que en todos los supuestos de infracción de las reglas de la buena fe procesal se encuentra latente un conflicto de intereses entre derechos fundamentales: el de defensa –de la parte que pretende efectuar una determinada actuación procesal de forma reprobable– y los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad de armas procesales (esto es, al proceso con todas las garantías) o a un proceso sin dilaciones indebidas –de la contraparte.⁷⁵ Por consiguiente, para entender quebrada la buena fe procesal es necesario que se afecte a un derecho fundamental, valor o bien constitucionalmente protegido. Asimismo, y por razón de que suponen un límite al ejercicio de derechos fundamentales, las reglas de la buena fe deben ser interpretadas restrictivamente, debiendo guardar

73 PICÓ I JUNOY, J., *El principio de...* op.cit, p. 72. Definición que, como el propio autor destaca, ha sido acogida por parte de la jurisprudencia, como por ejemplo en el AAP Barcelona 101/2008, de 20 de febrero, (f.j. SEGUNDO). (Roj: AAP B 1147/2008 – ECLI:ES:APB:2008:1147*) o el AAP Sevilla 102/2009, de 28 de mayo, (f.j. SEGUNDO) (Roj: AAP SE 1450/2009 – ECLI:ES:APSE:2009:1450A).

74 PICÓ I JUNOY, J., *El principio...* op.cit, pp. 85-96.

75 PICÓ I JUNOY, J., *El principio...* op.cit, pp. 36-37.

una necesaria proporcionalidad entre la limitación impuesta y el fin perseguido con dicha limitación.⁷⁶

7.2. Algunas consideraciones sobre la aportación de una prueba confidencial como presupuesto de mala fe procesal

Un buen punto de partida para el análisis de esta cuestión lo constituye la SAP Barcelona 500/2020, de 17 de septiembre⁷⁷, toda vez que contiene un ejemplo sumamente ilustrativo sobre el particular. En efecto, la sentencia describe como, tras una mediación por derivación judicial, una de las partes, a propósito del requerimiento del tribunal para que manifestasen si habían alcanzado algún acuerdo que los llevara a desistir del recurso de apelación, aprovechó la ocasión para aportar una serie de documentos protegidos por la confidencialidad. Concretamente, unos “preacuerdos parciales alcanzados, que el Tribunal no le había solicitado ni debía manifestar, para después restarles vigencia y validez jurídica precisamente porque no se alcanzaron, (...) dos documentos que al parecer se trabajaron en la mediación uno sin firmas, con identificación de las partes y del mediador que alcanzaría a cuestiones de responsabilidad parental y otro firmado en blanco sobre cuestiones de repartos vacacionales, gastos y liquidación de la vivienda”. Según el Tribunal, se relatan los pretendidos acuerdos con la clara intención de influir en su decisión, lo que estima contrario a la buena fe procesal y sancionable económicamente en virtud de lo dispuesto en el art. 247 LEC.

76 En este sentido la STC 37/1989, de 15 de febrero, destaca, en su (f.j. 8º) que “Según una muy reiterada doctrina constitucional, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios (STC 26/1981, fundamento jurídico 5.º), es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (STC 13/1985, fundamento jurídico 2.º), y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho (STC 62/1982, fundamento jurídico 2.º), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental.”

77 (Roj: SAP B 8425/2020 – ECLI:ES:APB:2020:8425.)

Si bien únicamente a través del estudio del caso concreto podrá determinarse si la aportación de la prueba confidencial es una actuación procesal contraria a las reglas de la buena fe, cabe exponer, complementariamente al ejemplo extraído de la jurisprudencia, algunas ideas para valorar esta cuestión. En este sentido, interesa apuntar a continuación algunos aspectos que, en mi opinión, deberán ser tomados en consideración para valorar la compatibilidad de la aportación de dicha prueba con el marco de actuación que impone el principio de la buena fe procesal.

De entrada, debe tenerse muy presente que el derecho a la prueba es un derecho fundamental, por lo que únicamente en aquellos casos más graves, en los que su ejercicio comprometa un derecho de igual rango, podrá comportar una sanción. Resulta imprescindible pues que la prueba aportada con inobservancia de la confidencialidad vulnere o pueda poner en liza otro derecho fundamental.

Igualmente, estimo que ha de apreciarse claramente que la fuente de prueba debe merecer la reserva de la confidencialidad. Por el contrario, cuando la concurrencia de la confidencialidad no esté clara o sea dudosa pienso que, aunque finalmente la prueba se inadmita por dicho motivo, sería desproporcionado sancionarlo por contravenir la buena fe procesal.

Y también pienso que debería tenerse en cuenta la intención subyacente a la aportación de la prueba. Así, si se aporta con ánimo de sorprender a la parte contraria, o de lograr la convicción del tribunal por cauces ajenos a los previstos legalmente, habrá mayores motivos para reprobar dicha conducta. En esta línea, cabría valorar también la existencia o inexistencia de otras pruebas admitidas a través de cuya práctica pudiese ser verificada la afirmación sobre el hecho que se pretendía verificar con la prueba ilegal.

8. Reflexión final

El conflicto de intereses que puede generarse entre la confidencialidad de los MASC y el derecho a la prueba no tiene, especialmente

cuando se analiza en el plano abstracto, una fácil y clara solución. Ciertamente, tanto la necesidad de proteger la información confidencial como el imperativo de otorgar la máxima eficacia al derecho a la prueba proporcionan sólidos argumentos para defender la postura respectiva.

Cualquier aproximación doctrinal que pretenda analizar esta cuestión ha de partir de esta premisa, y por ello debe reputarse errónea cualquier solución apriorística que únicamente tenga en cuenta la tutela de uno de los distintos intereses en liza, obviando por consiguiente las necesidades de protección del otro.

En este sentido, las soluciones propuestas en el presente trabajo a los potenciales problemas que dicho conflicto de intereses puede generar tratan de ser respetuosas con ambos valores en juego. En efecto, considero que la limitación probatoria que se ha expuesto es proporcional respecto del fin perseguido, puesto que se ajusta plenamente a la posible y válida configuración legal del derecho a la prueba, y, a su vez, es idónea para la consecución de dicho fin pretendido.

9. Bibliografía

- ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012.
- ASENCIO MELLADO, J.M., «La STC 97/2019, de 16 de julio: descanse en paz la prueba ilícita», *Diario La Ley*, N.º 9499, 2019.
- ANDINO LÓPEZ, J.A., *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2014.
- ANDINO LÓPEZ, J.A., «Estudio del art. 283.3 LEC. ¿Puede el juez in-admitir una prueba que vulnere la legalidad ordinaria?», *Justicia: revista de derecho procesal*, N.º. 1, 2014, pp. 237-270.
- ANDINO LÓPEZ, J.A., *La nueva configuración del secreto profesional del abogado*, J.M. Bosch, Barcelona, 2021.

- ANDINO LÓPEZ, J.A., *La correspondencia entre abogados y su aportación procesal: un problema a resolver*, La ley soluciones legales, Madrid, 2024.
- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BARONA VILAR, S., «La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿Más o menos protagonismo?» *Meditaciones sobre mediación (MED +)* (Ed. Barona Vilar, S), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 31-61.
- BONET NAVARRO, A., *Proceso Civil y Mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. Bonet Navarro, A), Thomson Reuters, Pamplona, 2013.
- BRAMAN, E., NELSON, T., «Mechanism of Motivated Reasoning? Analogical Perception in Discrimination Disputes», *American Journal of Political Science*, Vol. 51, N° 4, 2007, pp. 940-956.
- CARNELLUTI, F., *La prueba civil* (traducción de Niceto Alcalá Zamora, Arayú, Buenos Aires, 1955).
- CASANOVA MARTÍ, R., «La inutilizabilidad de la prueba ilícita en el proceso civil a debate», *Justicia: revista de derecho procesal*, N.1., 2016, pp. 335-364.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Artículo 329», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (AAVV)*, Civitas, Madrid, 2001.
- ESCALER BASCOMPTE, R., «Sobre la necesaria intervención del abogado en los arbitrajes de Consumo y su incidencia en el alcance del control judicial de oficio», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º. 56, 2022.

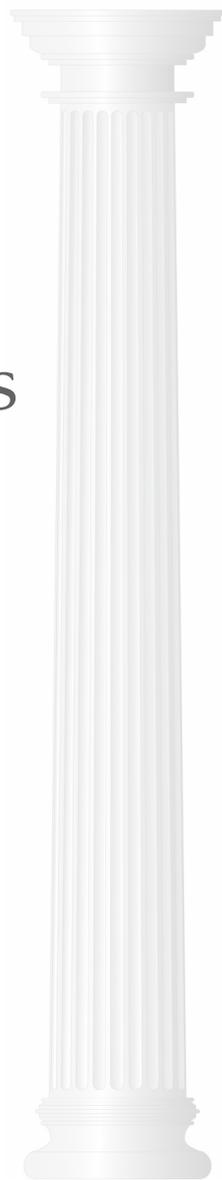
- GARCIMARTÍN MONTERO, R., «Comentario al artículo 283», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I. Arts. 1 a 516* (coord. Cordón Moreno, F, et al), Aranzadi, Navarra, 2001.
- GÓMEZ JENE, M., «Epílogo: mediación y arbitraje», *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. (Coord. López Simó, F, Garau Sobrino, FF), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 402-414.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., «La quiebra en el proceso civil de la confidencialidad debida en la mediación», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, N.º 6, 2022, pp. 47-70.
- IÑIGUEZ ORTIZ, E y FEIJOÓ CAMBIASO, R., «El poder oculto de la prueba ilícita: una aproximación psicológica», *Themis: Revista de Derecho*, N.º 71, 2017, pp. 167-182.
- KANG, J. et al., «Implicit bias in the courtroom», *UCLA Law Review*, 1124 (2012), pp. 1124-1186.
- KUNDA, Z., «The case for motivated Reasoning», *Psychological Bulletin*, 1990, Vol. 108, No 3, pp. 480-498.
- MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «El principio de confidencialidad en la mediación, una delimitación conceptual obligada», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 44, 2018.
- MEHTA SOOD, A., «Motivated Cognition in Legal Judgments– An analytic Review», 2013. *The Annual Review of Law and Social Sciences*, 9, pp. 307-325.
- MERINO ORTIZ, C, LASHERAS HERRERO, P., «Artículo 9. Confidencialidad», en *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. Castillejo Manzanares, R) (Coord. Alon-

- so Salgado, C., Rodríguez Álvarez, A), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 113-122.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2ª edición, J.M. Bosch, Barcelona, 2004.
- MUNNÉ CATARINA, F., «La prueba de hechos conocida en una mediación», *Juris: Actualidad y práctica del derecho*, N.º. 210, 2014, pp. 43-46.
- MUNNÉ CATARINA, F., «La prueba en el proceso arbitral», en *La prueba civil: aspectos problemáticos* (Dir. Picó i Junoy, J) (Ed. Vázquez Albert, D), Thomson Reuters, Barcelona, 2017.
- MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967.
- MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica procesal. 25 años de estudios forenses*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012.
- PASTOR BORGONÓN, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. A propósito de la sentencia N.º 114/1984, de 29 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 1984), dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 167/1984», en *La evolución del Derecho Procesal a la luz de JUSTICIA. 40 años de historia* (Dir. Picó i Junoy, J), J.M. Bosch, Barcelona, 2021, pp. 667-698.
- PETTY, R; WEGENER, D; WHITE, P., «Flexible correction processes in social judgment: implications for persuasion», *Social Cognition*, Vol. 16, N.º. 1, 1998, pp. 93-113.
- PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996.
- PICÓ I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, J.M. Bosch, Barcelona, 1998.
- PICÓ I JUNOY, J. «La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil», en *Aspectos Prácticos de la Prueba Civil* (Dir. Abel Lluch, X., Picó i Junoy, J.), J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 17-47.

- PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona, 2011.
- PICÓ I JUNOY, J., «El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita», *Juris: Actualidad y práctica del derecho*, N.º 171, 2012, pp. 35-37.
- PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal. Segunda edición*, J.M. Bosch, Barcelona, 2013.
- PICÓ I JUNOY, J., «La prueba ilícita: un concepto todavía por definir», *La Ley Probática*, N.º 1, 2020.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: Evolución Jurisprudencial. (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Atelier, Barcelona, 2008.
- SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Contribución al estudio de la prueba», *Estudios de derecho probatorio*, Communitas, Lima, 2009, pp. 23-39.
- TORRES LANA, J.A., «Principios rectores de la mediación», en *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española. (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)* (Coord. López Simó, S., Garau Sobrino, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 122-160.
- VEGAS TORRES, J., «Otras modificaciones introducidas en la LEC por la Ley 5/2012. Mediación y proceso civil», *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. (Coord. López Simó, F., Garau Sobrino, FF), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 365-399.
- WISTRICHT, A., RACHLINSKI, J Y GUTHRIE, C., «Heart Versus Head: Do judges Follow the Law or Follow Their Feelings», *Texas Law Review*, 2015, pp. 855-923.



Reseñas



FACH GÓMEZ, Katia, “The Technological Competence of Arbitrators: A Comparative and International Legal Study”, *European Yearbook of International Economic Law, Special Issue*, Springer, 2023, pp. 172.

Núria Borràs Andrés
Investigadora post-doctoral
Università degli Studi di Brescia

La editorial Springer nos ofrece, en el reconocido *European Yearbook of International Economic Law*, la monografía titulada “The Technological Competence of Arbitrators: A Comparative and International Legal Study” (la competencia tecnológica de los árbitros: un estudio legal comparado e internacional), en el que se puede encontrar un riguroso y completo abordaje teórico-práctico sobre la necesaria capacitación tecnológica de los árbitros como actores principales del arbitraje, tanto nacional como internacional, principalmente en el campo comercial y de inversión.

La autora de la monografía es la jurista Katia Fach, doctora en derecho (2001) y profesora titular de derecho internacional privado en la Universidad de Zaragoza. Su trayectoria de investigación, con marcada tendencia comparada, en mecanismos alternativos de resolución de

conflictos y litigación internacional, acreditada por sus publicaciones en materia de mediación, arbitraje, comercio internacional e inversiones la posicionan, sin temor a equivocarnos, como una voz más que autorizada para el análisis de todas las cuestiones suscitadas. La dedicación y el esfuerzo realizado, así como el detalle en la búsqueda de fuentes y en el análisis de los datos a su alcance, han permitido la redacción de un trabajo riguroso y muy oportuno sobre la dimensión tecnológica en el mundo arbitral, de indudable repercusión en el contexto de movilización digital en el que nos encontramos.

Se trata, pues, de una monografía de valor en el ámbito procesal, que pone su foco de atención en un campo de auge innegable como es la creciente integración de las tecnologías en el mundo de la práctica legal y de la resolución de litigios, más aún cuando su objeto y destinatarios, como advierte la autora, se encuentran totalmente inmersos en las dinámicas tecnológicas. El trabajo no tiene una vocación generalista, sino que se dirige a llenar un vacío concreto, esto es, el interrogante sobre la específica capacitación tecnológica que es exigible a los árbitros en el contexto de un proceso arbitral justo, eficiente y actualizado, y lo hace desde una perspectiva eminentemente práctica.

Con orden y claridad, la autora va desglosando todos los aspectos esenciales de esta encrucijada, dejando patente la incertidumbre y la laguna normativa ante la que nos encontramos. Es destacable el espíritu crítico y la honestidad que subyacen todas sus páginas, pues la autora da una efectiva respuesta a los interrogantes planteados sin obviar las variables éticas, prácticas y legales que puedan tener repercusión en las propuestas que formula, como las garantías procesales, los desequilibrios en los recursos y las lagunas formativas de los árbitros, los movimientos de carácter ludita o la pluralidad de actores implicados en el proceso arbitral y su especialización funcional, por citar algunos de ellos.

En cuanto a la estructura de la obra, consta de siete capítulos ordenados de forma lógica y coherente. Al margen de un primer capítulo de matiz introductorio, esencial para la delimitación del objeto de estudio, y un capítulo final, de carácter conclusivo, la monografía

consta de cinco partes diferenciadas, que siguen la lógica de las cinco W o las cinco preguntas propias del género periodístico, ubicadas en los capítulos centrales de la obra: Capítulo 2: ¿Qué es la competencia tecnológica en el actual mundo arbitral?, Capítulo 3: ¿Por qué es importante en el arbitraje la competencia tecnológica desde un punto de vista legal y financiero?, Capítulo 4: ¿Quién tiene que ser tecnológicamente competente en el arbitraje?, Capítulo 5: ¿Dónde está regulada la competencia tecnológica de los árbitros? y Capítulo 6: ¿Cuándo deben ser tecnológicamente competentes los árbitros? Salta, pues, a la vista la compleción con que se aborda el tema a lo largo del trabajo. Partiendo de una lectura profunda de la obra, destacamos a continuación algunos contenidos, que son desarrollados y perfeccionados a lo largo del texto.

En el segundo capítulo, – ¿Qué es la competencia tecnológica en el actual mundo arbitral? – la autora deja en evidencia la dificultad de encontrar una definición única del concepto competencia tecnológica, y lo hace sirviéndose, en primer lugar, de textos emanados de entes supranacionales de contextos diversos, como el de Naciones Unidas, la Unión Europea o el contexto anglosajón. En segundo lugar, el análisis de encuestas y estudios realizados entre los profesionales del sector, tanto del mundo legal en general como del ámbito del arbitraje, permite observar la coexistencia de opiniones muy diversas sobre la oportunidad y la viabilidad de exigir ciertas habilidades tecnológicas a los actores implicados. Se va haciendo patente, eso sí, que existe un nivel de competencia tecnológica exigible a los árbitros, que ha ido enraizándose tras la crisis del COVID-19 y de la que ya no es posible dispensarles, vinculada a su capacidad de entender y hacer uso de las herramientas tecnológicas que les permitan desarrollar de modo eficiente las tareas que genuinamente les pertenecen.

El tercer capítulo – ¿Por qué es importante en el arbitraje la competencia tecnológica desde un punto de vista legal y financiero? – lo utiliza la autora para fundamentar la oportunidad de esta competencia tecnológica. Para ello, el texto se compone de dos partes, una dedicada a la exposición de los beneficios que la incorporación de herramientas y capacitación tecnológica puede aportar al proceso arbitral, y otra dedi-

cada a la consideración de sus posibles amenazas. Como se deduce del espacio dedicado a cada una de las partes, los beneficios de la competencia tecnológica son sobresalientes bajo el punto de vista de la profesora Fach, fundamentado ampliamente en la gran multitud de fuentes que en la última década promueven una mejora de la eficiencia de los mecanismos de resolución de conflictos.

Los beneficios puestos sobre la mesa constituyen un espectro muy amplio: financieros, medioambientales, competitivos, procesales y de transparencia, entre otros. Es reseñable la claridad con que la autora vincula la competencia tecnológica de los árbitros con la oferta de un servicio más profesional, eficaz y transparente. En el mundo tecnológico en que dicha discusión tiene lugar, es evidente que los árbitros con mayor capacitación en este sentido poseen herramientas que les dotan de mejor preparación y, con ello, generan mayor confianza y dan también respuestas más eficientes y ajustadas a las necesidades de las partes. De este modo, el libro rompe definitivamente con el tradicional monopolio de la formación jurídica como elemento clave de los actores legales, y deja sentadas las bases de algo ya innegable: dada la considerable autonomía de los árbitros y su elegibilidad por las partes, los profesionales con competencia tecnológica gozan de una mejor posición competitiva en el mundo arbitral.

Pero no son solamente de tipo productivo o competitivo los beneficios de esta capacitación, sino que tiene efectos directos en la consecución de los objetivos propios de un proceso más justo. Esto es, la agilidad de los procedimientos, la mejora en la calidad de las decisiones y el coste razonable de los servicios arbitrales, puesto que la simplificación del proceso y la optimización del tiempo conlleva una reducción proporcional en el cobro de estos servicios, que podría, como señala la autora, favorecer el acceso a estos mecanismos. La atención sobre este aspecto debe ser enorme, porque el proceso jurisdiccional puede observar y aprender mucho de los avances que, en materia de litigación, se produzcan en sectores como el arbitral, menos anclados en rigidismos y con un mayor margen de flexibilización de las normas procedimentales.

En los últimos años, son muchos los países europeos que han impulsado estrategias y grupos de trabajo para mejorar la eficiencia del sistema judicial, adaptándolo a la revolución digital. Sin embargo, lo cierto es que seguimos entroncados en un sistema que se concibe desde paradigmas asentados en el siglo XIX, en el contexto de una sociedad con enormes dificultades para los desplazamientos y en la que cualquier pretensión de intermediación en la resolución de litigios requeriría inevitablemente del factor presencial. Todo ello ha cambiado enormemente en el mundo actual, en el que la obtención y transmisión de la información han sufrido un giro copernicano provocado por la aparición y gestión del dato digital como unidad básica del sistema. Es desde este paradigma desde donde debe repensarse cualquier sistema de resolución de litigios y, sin lugar a dudas, observar la digitalización del mundo arbitral, que avanza imparable hacia las medidas que la autora presenta en el libro, puede sernos de gran utilidad.

La monografía va abordando progresivamente las especificidades de esta competencia tecnológica de los árbitros en los capítulos cuarto y quinto, prestando atención, en el primero, a los sujetos a quienes puede exigirse esta habilidad técnica, y, en el segundo, a los momentos en que esta competencia adquiere un mayor protagonismo a lo largo del proceso de arbitraje. El cuarto capítulo, pues, parte del hecho frecuente de que los árbitros no trabajen en solitario, sino contando con la asistencia de profesionales que pueden pertenecer, a su vez, a dos categorías: aquellos que tienen conocimiento legal (*legal assistants*) y aquellos que prestan servicios de apoyo técnico, pero sin formación jurídica (*non legal professionals*). Las tareas asignadas a estos profesionales son de diferente naturaleza, pero la autora hace emerger dos cuestiones aplicables a ambas figuras: los límites en la delegación de tareas por parte del árbitro y el deber de control que ejerce el árbitro sobre el trabajo de estos colaboradores.

La primera de las cuestiones no es pacífica como bien se ilustra en el texto, aunque acaba por admitirse, con base en recientísima jurisprudencia y otros documentos del sector, que ciertas tareas, también en cuanto a la redacción de algunas partes del laudo arbitral, sean llevadas a cabo

por los asistentes siempre y cuando exista supervisión directa por parte del árbitro. Lo mismo sucede en relación con los profesionales técnicos que ofrecen apoyo de carácter tecnológico: no puede exigirse a los árbitros una competencia tecnológica de primer grado propia de profesionales de la informática, de modo que es admisible y aconsejable que cuenten con expertos para ellas. Aceptada esta premisa, una segunda cuestión aporta nuevas luces sobre la necesaria competencia tecnológica del árbitro: si la revisión y el control de las tareas delegadas es requisito indispensable como garantía del proceso, es entonces esperable que el árbitro sea capaz de entender los mecanismos y herramientas técnicos que las subyacen. Se abren, tras estas afirmaciones, interesantes líneas de debate que esperamos puedan dibujar los contornos de estas nuevas exigencias o, como las llama la autora, deberes de la próxima generación (*next-generation duties*).

Tras la concreción de los sujetos a quienes pertenece este deber de capacitación tecnológica, se despliega a lo largo del capítulo quinto un análisis completo y riguroso sobre la ubicación actual de estos deberes en el nivel normativo. Como consecuencia del vacío normativo que ya se ha mencionado, la autora realiza un ejercicio preciso y realista de comparación y traslación de deberes similares contemplados para los abogados y los jueces en el panorama internacional. Así pues, el capítulo aborda una a una estas tres categorías de profesionales, haciendo un repaso encomiable tanto de fuentes de *soft law*, como de *hard law*, ilustradas con jurisprudencia actualizada. El lector puede, con ello, adquirir un vasto conocimiento sobre la ubicación normativa y el fundamento de dichas habilidades tecnológicas, identificando a la vez las lagunas actuales. Asimismo, se sale al paso de la carencia en la mención explícita de esta capacitación técnica de árbitros y jueces mediante una labor hermenéutica de los deberes éticos y profesionales a los que están actualmente sometidos dichos sujetos, destacando que en el contexto actual muchos de ellos ya no pueden considerarse satisfechos sin una capacitación tecnológica adecuada.

El sexto capítulo – *¿Cuándo deben ser tecnológicamente competentes los árbitros?* – finaliza la labor de concreción que la autora va perfilando a medida que avanza el discurso. Ya totalmente centrado en el arbitra-

je, se van desglosando los diferentes estadios del proceso en los que es oportuno y necesario que los árbitros y las partes implicadas hagan uso de medios tecnológicos. Estos momentos van desde la sesión informativa, en la que las partes deben decidir los extremos del arbitraje, hasta tiempo después de concluido el proceso, prestando atención a las virtualidades de las vistas y la garantía de los derechos de defensa de las partes. Estamos ante un capítulo que, además de describir las fases y acciones en las que se materializa dicha competencia, se constituye como una guía práctica muy útil para todo aquel que quiera conducir eficazmente un proceso de arbitraje remoto o en formato híbrido, puesto que la autora clarifica las tareas y subtareas propias de la dirección del proceso, sobre quiénes recae la responsabilidad de garantizarlas en su vertiente técnica, las cautelas a seguir e incluso las cláusulas negociables entre las partes relativas a dichos aspectos técnicos.

En la línea de todo aquello que deben tener en cuenta los árbitros dentro del campo tecnológico, emergen dos cuestiones a las que la autora concede el espacio final de la obra: la ciberseguridad y las medidas de protección de datos. Se trata de dos cuestiones vitales en el campo arbitral, dada la cantidad de datos sensibles y de alto valor que se almacenan y generan en ciertos procesos de arbitraje comercial transnacional, y que los convierten en un blanco muy anhelado por el ciberterrorismo. La ilustración de dicha problemática con recientes casos de ciberataques y espionaje digital en litigios transnacionales, permite al lector hacerse una clara idea de la actualidad y dimensiones de este fenómeno, así como de la dificultad de tomar medidas al respecto cuando dichos ataques no han podido ser prevenidos. En este sentido, la autora destaca una encrucijada final: ¿quiénes son razonablemente responsables de garantizar la correcta preservación de datos y la ciberseguridad para las partes? El debate se presta a un mayor desarrollo y delimitación, pero la autora apunta la dirección y concluye que, en los casos en que los árbitros prestan sus servicios en el seno de instituciones arbitrales, es necesaria una responsabilidad compartida entre aquellos y las instituciones arbitrales, que son las que poseen mayor posibilidad y recursos para tales cometidos.

Concluimos afirmando que nos encontramos ante un trabajo de gran calidad técnica, así como de importancia y novedad en la materia abordada. La tecnificación propia del tema abordado y su ajenidad para quienes no son especialistas del mundo digital no es dificultad para el lector en ningún momento, en atención al estilo didáctico de la monografía y la sencillez expositiva. El propósito de la autora de tomar en cuenta vastas fuentes internacionales normativas y jurisprudenciales, siempre que sean relevantes, es una nota de fondo de toda la obra, que ofrece al lector la sensación de haber profundizado en el tema de un modo global y con una aproximación muy práctica.

La exhortación a la lectura de esta monografía no puede ser mayor, pues se trata de una obra pionera que viene a llenar un vacío en dos ámbitos, el tecnológico y el arbitral, en los que continuamente se abren panoramas de urgente consideración, tal como se desprende de las advertencias que la autora realiza a lo largo de la monografía y que ella misma aborda con ejemplar precisión. Interesará su lectura a todos aquellos interesados en el proceso de arbitraje, desde inquietudes tanto prácticas como teóricas, así como a jueces y abogados, por las numerosas referencias que se les conceden. Si el buen juicio nos acompaña, la temática abordada seguirá trayendo consigo un buen número de textos normativos y académicos, que sin duda podrán enriquecerse en el diálogo con la monografía reseñada.

Recensión de la obra JIMENO BULNES,
M., *La Orden Europea de Detención y
Entrega*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024,
558 páginas, ISBN: 978-84-1197-815-6.

Celia Carrasco Pérez
Personal Investigador en Formación (FPI)
Universidad de Burgos

Albert Camus advirtió y así lo recuerda el autor Fernando García de Cortázar en su libro *Érase una vez Europa*, que la honestidad consiste en juzgar a una doctrina por sus cimas, sin omitir sus abismos y sus sombras. Aunque en este caso se hacía referencia a la religión cristiana, el estudio de la construcción y evolución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y, en definitiva, la comprensión del funcionamiento judicial de la Unión Europea en términos de cooperación judicial requiere el reconocimiento de los evidentes avances, mejoras y ventajas de este marco legal, con la necesaria mirada crítica hacia las imperfecciones en sus aspectos prácticos.

La autora de la monografía que tengo el placer de reseñar, la catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos, Mar Jimeno Bulnes, se embarca en ese camino de honestidad hacia el estudio de la Orden Europea de Detención y Entrega, que no es otro que el estudio de la judicialización de la cooperación judicial en materia penal y el triunfo de las garantías y la protección de los derechos fundamentales. Se ana-

liza con rigor los abismos y sombras de este instrumento procesal tras más de 20 de años de funcionamiento de la Decisión Marco 2002/583/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Más aún cuando, como bien refiere la autora, las reflexiones que en esta monografía se vierten coinciden con la propuesta de reforma del instrumento procesal en clave de mejora, y en particular, para evitar que los responsables de delitos graves puedan eludir la acción de la justicia trasladándose a otro Estado miembro de la Unión. Es, por tanto, el imperio de la soberanía estatal de los Estados miembros el Talón de Aquiles del actual diseño de la cooperación judicial penal como bien puso sobre la mesa el famoso caso Puigdemont, en el que no hubo lugar al reconocimiento automático en la ejecución de la Orden Europea de Detención y Entrega en España por parte de las correspondientes autoridades de ejecución extranjeras. Se genera de este modo un grado de escepticismo hacia la consolidación del Espacio Judicial Europeo ante la ausencia de coordinación de los instrumentos procesales penales europeos con el respectivo Derecho procesal nacional de los Estados miembros.

El funcionamiento de la cooperación judicial en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia atiende al debido triunfo de la Orden Europea de Detención y Entrega. Este vino a materializar el aparato práctico e institucional de la base jurídica sobre la que descansa la cooperación judicial, y en esencia todo su aparato normativo. Esto es, la implementación del principio de reconocimiento mutuo, que lejos de ser arbitrario o automático sienta su operatividad en la confianza mutua que se presenta como hilo conductor tanto del Espacio Judicial Europeo, como de la integración europea.

La Orden Europea de Detención y Entrega, publicada por la editorial Tirant lo Blanch en la colección de Derecho Procesal de la Unión Europea, se suma a la trayectoria profesional de la académica Mar Jimeno Bulnes, quien a lo largo de su vida profesional ha liderado la investigación procesal del que puede denominarse el Derecho Procesal Europeo. Así lo corroboran los proyectos investigadores de financiación europea, estatal y autonómica que sucesivamente, ha dirigido con carácter inin-

terrumpido desde el año 2003 en el marco de la temática relativa al Espacio Judicial Europeo. Junto a ello, son conocidas por todos y todas las obras y publicaciones resultantes de esta su investigación que parte desde la base del principio de reconocimiento mutuo propuesto en el Consejo Europeo de Tampere (1999) como piedra angular y su posterior regulación positiva en el actual Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea desde la firma del Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Es desde este momento donde tiene lugar el dinámico dictado de instrumentos procesales y materiales, a fin de hacer posible la cooperación judicial entre los Juzgados y Tribunales de los Estados Miembros. Es por ello por lo que la catedrática de Derecho Procesal ha venido avalando su conocimiento sobre la temática, desde numerosas contribuciones sobre las que aporta el grado de conocimiento necesario a saber desde la academia bajo un seguimiento actualizado en la adaptación, evolución y aplicación del cada vez más actual y extenso Espacio Judicial Europeo, tan necesario en el tiempo y geografía en la que nos encontramos. La monografía *La Orden Europea de Detención y Entrega* se suma a la bibliografía de referencia precedida por obras tal como *Aproximación legislativa “versus” reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar* (2016) o *Un proceso europeo para el siglo XXI* (2011).

En efecto, la monografía que se presenta responde a la preferencia desde el inicio de su carrera académica por aquella investigación encuadrada dentro de la especialidad del Derecho Procesal Europeo. Toca en este momento reunir de forma unitaria y sistemática la experiencia adquirida en este tiempo en la aplicación del que es el primer instrumento de reconocimiento mutuo en materia procesal penal: la Orden Europea de Detención y Entrega, en adelante OEDE. De esta forma la autora suma a su legado investigador una nueva obra en la que, a lo largo de sus más de 500 páginas, ofrece una lectura ágil estructurada en seis capítulos. Como bien señala Francisco Jiménez-Villarejo Fernández, prologuista de la obra, se aporta en ella la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y resoluciones nacionales, abordando los temas mas relevantes que

la aplicación de la OEDF ha dado lugar y a los que se ha tenido que enfrentar en los últimos años.

A lo largo de las líneas que siguen las siguientes páginas, se anima al lector a enriquecerse con la lectura y estudio de la obra. Todo ello, desde mi enfoque como investigadora predoctoral, quien en curso de realizar tesis doctoral en la materia bajo la dirección de la profesora Jimeno Bulnes, invita a los iniciados en la investigación en materia de Espacio Judicial Europeo, pero también a aquellos estudiantes, doctorandos y recién doctores en Derecho Procesal a contar en sus bibliotecas personales con la obra que aquí se reseña como un ejemplar de obligado recurso.

En esencia, como hemos referido, la monografía ofrece una revisión del instrumento de la OEDF tras su puesta en marcha hace más de 20 años a partir de la Decisión Marco 2002/594/ JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Y es por cuanto que la instauración en el marco geográfico de la Unión del instrumento procesal de la OEDF, anticipado a la regulación positiva del principio de reconocimiento mutuo, supuso una auténtica evolución más que revolución, como bien anota el prologuista de la obra, en el panorama judicial europeo frente al procedimiento clásico de la extradición, aún en uso fuera del marco de la Unión Europea.

Desde sus orígenes la Unión Europea ha tenido como objetivo asentar un marco de entendimiento y progreso en el continente, tanto desde el punto de vista económico, como social, político y de seguridad. El Tratado de Maastricht de 1992 fijó el pilar Política Exterior y de Seguridad Común y definió el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como uno de los objetivos de la Unión Europea hasta que se reguló dicho objetivo a través del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2007. Estableciendo diversas competencias entre las que se encontraba la necesidad de garantizar un nivel de seguridad adecuado mediante la correspondiente coordinación y cooperación policial y judicial así como el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal. Fruto de esa coordinación y cooperación se constituye la OEDF.

Desde la puesta en marcha del instrumento procesal, como se expone a lo largo de toda la obra, la OEDE ha sido una herramienta efectiva y ágil en la lucha contra la criminalidad, especialmente en materia terrorista y crimen organizado, consolidando el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales dictadas en el marco de un procedimiento penal, encauzando una comunicación directa entre autoridades judiciales sin la intervención de la autoridad política. A su vez, durante su historia, la Unión Europea ha experimentado una progresiva ampliación, facilitando el progreso económico y social de los nuevos estados miembros que convergieron hacia los estándares europeos, asegurando una zona de democracia y estabilidad. Sin embargo, los expertos en Derecho Internacional podrán asegurar que hoy día nos encontramos en una crisis del proceso Europa, asociado ya no solo a la depresión financiera, sino a la concatenación de crisis de los refugiados, Brexit, Covid-19, así como la invasión rusa de Ucrania que ha sacudido el escenario europeo.

Los desafíos que asolan el proyecto Europa han generado notables dudas y escepticismo entre los Estados miembros y junto a la polarización del debate que surge entre Estados, obliga a plantearse la situación en términos de seguridad y cooperación judicial ante la necesaria confianza mutua como presupuesto fundamental para el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en material penal. En este sentido la operatividad de la OEDE ofrece y representa, no solo un mecanismo procesal ágil y efectivo de la cooperación judicial penal. Sino también su análisis reflexiona acerca de los desafíos que asolan el continente y que inevitablemente repercuten en la capacidad operativa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y el actual diseño de la cooperación judicial penal. Por estas razones, la monografía ve la luz en un momento político y jurídico vital situándose como un estudio de referencia del proceso de consolidación de la cooperación judicial y el triunfo de las garantías ante los retos que deberemos afrontar.

El estudio monográfico se divide en seis capítulos interrelacionados entre sí partiendo de una brillante introducción y finalizando con aquellas reflexiones en términos de eficiencia y reforma. A continuación,

trataremos de exponer las principales ideas que desarrolla la autora en las 558 páginas de estudio que convierten esta obra en una valiosa fuente bibliográfica para la ciencia procesal.

Tras la debida introducción que conforma el capítulo primero, el segundo capítulo de la obra, titulado *Aspectos Generales* aborda el estudio de aquellas instituciones que configuran a la OEDE como instrumento judicial bajo el análisis del sistema de reconocimiento mutuo, profundizando en la confianza mutua como *conditio sine qua non* sin el que la OEDE pudiera funcionar. Y que, complementado con el principio de aproximación legislativa, configura la base jurídica en clave de constitucionalidad europea. Junto a ello la autora ofrece el examen de los antecedentes de la Orden de Detención Europea desde una perspectiva internacional, europea y de corte nacional cuyas características han influido en la construcción del actual sistema de detención y entrega.

Finaliza la autora el ámbito de estudio general para dar paso al examen del funcionamiento de la OEDE dentro de este capítulo II, exponiendo su regulación legal, tanto en el marco de la Unión Europea como en el nacional de los distintos Estados miembros, con especial incidencia en el régimen español. Resulta necesario abordar el contexto en el que tuvo lugar la formulación de la Decisión Marco 2002/583/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, así como a la posterior adaptación de la norma europea en el conjunto de los Estados miembros la cual no estuvo exenta de dificultades, en unos Estados más que otros, en concreto en lo que se refiere al ámbito de entrega de nacionales. La autora ofrece un examen práctico que la actual regulación española plantea a partir de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Tras el análisis de los aspectos generales, como ya se ha anunciado, a partir de la página 123 la autora entra a examinar el funcionamiento y procedimiento de detención y entrega de la persona reclamada en uno y otro Estado miembro. En particular, los capítulos referidos a

la *Emisión*, capítulo III, y *Ejecución*, capítulo IV, conforman el cuerpo capital de la obra.

Atendiendo a la normativa española y en su caso europea, junto con el examen de la jurisprudencia europea y nacional, se estudia el procedimiento trifásico de la OEDE, cuáles son las de emisión, ejecución y entrega. El capítulo III relativo a la *Emisión* aborda el estudio del contenido, ámbito de aplicación, transmisión y requisitos que preceden a la emisión de la OEDE, esto es, la solicitud por el Estado miembro de la euro-orden. Se incide en el estudio de las autoridades afectadas en el procedimiento de emisión con especial atención al caso español y su carácter judicializado y la noción de autoridades judiciales en la que se aborda el papel del Ministerio Fiscal. En este sentido, la autora se apoya en la jurisprudencia que ofrece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de notable relevancia que ha contribuido a proporcionar una interpretación equilibrada referida al concepto de autoridad judicial. Además, como particularidad, la autora ofrece un interesante repaso del listado de los 32 euro-delitos, esto es, de los concretos supuestos delictivos en los que resulta de aplicación la OEDE.

El IV capítulo relativo a la *Ejecución* examina el procedimiento de detención y entrega que corresponde al Estado miembro solicitado y/o requerido. La autora adopta la perspectiva pasiva en el procedimiento de detención y entrega para abordar el análisis de las autoridades judiciales competentes en España para la ejecución y entrega de la OEDE emitida por otros Estados miembros incidiendo especialmente en los motivos de denegación obligatorios y facultativos. Tras su tratamiento la autora presta especial atención a la necesaria observancia de los derechos fundamentales frente a la simplicidad y agilidad que caracteriza al procedimiento de entrega. Se trata, por tanto, de un aspecto esencial y práctico en tanto que la propia esencia y naturaleza jurídica de la OEDE se asienta en proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales entre los Estados miembros en todo el *iter* procedimental que envuelve a la OEDE y que es objeto de estudio por la autora a tenor de las tres fases que transcurren en el Estado de emisión: detención, audiencia y entrega.

Finalmente, la autora pone fin a la obra de manera previa a exponer las conclusiones, con un novedoso capítulo V por cuanto reúne en él aquellas cuestiones relevantes que han tenido desarrollo en los últimos tiempos, han producido un importante impacto en la OEDE en los distintos Estados miembros y han repercutido en la evolución de la cooperación judicial europea, con referencia a la casuística jurisprudencial. La autora ha procedido al examen del impacto del COVID-19, del particular caso respecto del Reino Unido así como del caso Puigdemont, para los que dedica apartados específicos. Todo ello bajo el título que da pie al capítulo *Disposiciones y situaciones especiales* vienen precedidas del estudio de dos disposiciones especiales como es el principio de especialidad, y la concurrencia de solicitudes. En particular, considero atractivo el desarrollo de este capítulo por su tratamiento práctico y actualizado que es ejemplo de la necesaria evolución y adaptación del procedimiento de la OEDE, en las particularidades del mismo funcionamiento del Espacio Judicial Europeo.

A este respecto solo nos queda decir que el estudio de la obra permite hacer balance de la vida de la OEDE como primer instrumento que puso en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. En este marco la autora ha logrado exponer el éxito de la OEDE como sistema que aúna eficacia y respecto a los derechos y garantías de las personas reclamadas. Es una obra que acierta al poner en valor el instrumento de la OEDE desde su enfoque práctico, adaptada a las legislaciones nacionales y debidamente actualizada.

Ochoa Monzó, V. y Ochoa Monzó, J.
(dirs.), *Los Tribunales consuetudinarios y
tradicionales: cuestiones jurídicas*, Tirant
lo Blanch, Valencia, 2023, 228 pp.

Brian Buchhalter Montero
Investigador predoctoral
Universidad Complutense de Madrid

La editorial Tirant lo Blanch publicó en 2023 esta obra, dirigida por Virtudes Ochoa Monzó y por Josep Ochoa Monzó, profesores en la Universidad de Alicante de Derecho Procesal y Administrativo respectivamente. El volumen se dedica al estudio de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales que, reconocidos expresamente por el art. 125 CE, han cobrado recientemente actualidad con la LO 10/2021, de 14 de diciembre. Esta Ley ha incorporado, en el art. 19 LOPJ (aps. 5 y 6) al Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela y Pueblos de su Marco y al Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia de l'Horta d'Aldaia.

La obra se compone, además de por un sobrio prólogo de los directores, de 6 capítulos:

El primero de ellos, a cargo de Josep Ochoa Monzó, examina lo que el autor ha denominado un «heterodoxo ejemplo de huida del Derecho administrativo». Josep Ochoa Monzo aborda aquí si la incorporación de aquellos Tribunales en el art. 19 LOPJ es suficiente para considerar que las funciones que ejercitan (indudablemente administrativas antes de la

LO 14/2021, para él) son materialmente jurisdiccionales o no. Es decir, si la «mera voluntad del legislador puede atribuir una función jurisdiccional a lo que a todas luces eran jurados (de riegos) de los previstos en la Ley de Aguas» (p. 16). Y, particularmente, si eso redundaba en algún beneficio en la gestión del agua. Tras un extenso y prolijo examen de las normas, de la jurisprudencia (ordinaria y constitucional) y de la doctrina, el autor concluye que esta huida del Derecho administrativo (que se produce por la mutación en la naturaleza jurídica de aquellos órganos) no supone una «merma de garantías procedimentales o procesales» (p. 47). Lo que no percibe el autor es, sin embargo, qué *plus* cualitativo aporta el cambio en la naturaleza jurídica, especialmente porque el legislador no ofrece razones (*ibid*). Se trata, entonces, de una relevante aportación al clásico debate sobre el deslinde entre jurisdicción y administración (en que la discusión sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria [judicial] puede ser, quizás de ayuda). Es decir, ¿es libre el legislador para determinar qué es jurisdiccional y qué no es jurisdiccional? ¿O existe, más bien, una suerte de materia jurisdiccional-natural que el constituyente *reconoce* y que, el legislador, cautelosamente administra?

Daniel Sala Giner, «Cronista» del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, titula su aportación «Las Ordenanzas de la Acequia de Rovella». Tras definir las ordenanzas en general (p. 53), el autor se ocupa particularmente de las normas de la Acequia de Rovella, una de las que constituyen el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. En este capítulo, Daniel Sala Giner aborda (acompañada de algunas agradables imágenes: pp. 58 y 59) la historia de la Ordenanza de Rovella, que data de 1699. Examina, así, el devenir histórico de aquella norma, tratando particularmente los llamados capítulos de 1778 y las vicisitudes posteriores en la actualización de aquellas Ordenanzas durante el siglo XIX hasta su renovación en 1895.

Del tercer capítulo es autora Paloma Arrabal Platero, Profesora Contratada Doctora interina de Derecho procesal en la Universidad Miguel Hernández. Allí examina la Prof. Arrabal Platero algunas cuestiones espinosas del régimen jurídico de los Tribunales consuetudinarios. Tras un examen del *iter* constitucional del que hoy es el art. 125 CE (pp. 82

y ss.), la autora aborda la naturaleza jurídica y los caracteres de aquellos Tribunales. Concluye su aportación tratando algunas cuestiones necesitadas de reforma. Particularmente convincente y necesaria resulta la (re) apertura del clásico debate sobre la posibilidad o no de impugnar las resoluciones de aquellos Tribunales (pp. 101 y 102), que no puede hoy darse por concluido sobre la base de la *auctoritas* de quienes integran esos órganos. No solo porque la *auctoritas* no es un cheque en blanco para ejercitar la función jurisdiccional (ni cualquiera), sino porque no solo los Tribunales consuetudinarios gozan de *auctoritas*. Pero, además de eso, tampoco los inconvenientes prácticos que se aducen habitualmente y que obstaculizarían una suerte de Tribunal *ad quem* que pudiera examinar las decisiones de los consuetudinarios, no son hoy obstáculo insalvable. No son óbice, entonces, para reconsiderar la necesidad de revalorar el dogma (más débil, cada vez) de la inimpugnabilidad de las decisiones de los Tribunales consuetudinarios. Es decir, el fundamento consuetudinario (social, por tanto) de estos Tribunales no oscurece su actividad como órganos del Estado, también sometidos con los debidos ajustes (*cfr.* STC 113/2004, de 12 de julio)¹, a los derechos fundamentales (art. 53.1. fr. 1 CE). Y, de hecho, el art. 169 de la Ordenanza del Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela admite la impugnación de las resoluciones del Tribunal de las Aguas: primero en reposición y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el cuarto capítulo («La resolución de conflictos en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales: tutela judicial y fórmulas autocompositivas»), Virtudes Ochoa Monzó aborda cuestiones clásicas respecto de aquellos órganos: su reconocimiento constitucional y el rol de la Ley a ese respecto (pp. 111 y ss.) y, con alto detalle, el rol de los Tribunales consuetudinarios como órganos «que prestan la tutela judi-

1 Lo que, en esta misma obra que recensiono, llama Virtudes Ochoa Monzó las «peculiaridades propias que acompañan y rodean a estos Tribunales y que representan su propia esencia [...] en los que está presente no ya la *potestas* sino la clásica y conocida *auctoritas* [...]» (p. 108).

cial del artículo 24 CE» (pp. 117 y ss.). Es decir, asume un enfoque más amplio, que va más allá del examen de los Tribunales consuetudinarios como *organización jurisdiccional*, para abordar, como ya anticipó la STC 113/2004, de 12 de julio, los Tribunales consuetudinarios como *destinatarios* (estatales) *de un mandato*: no vulnerar y, a la vez, garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).² Especialmente interesante es la pregunta que plantea Virtudes Ochoa Monzó: «¿soportaría el principio de unidad [jurisdiccional] el eventual reconocimiento de otros [...] Tribunales consuetudinarios?» (p. 122).³ Es decir, ¿hasta qué punto el principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE) puede tolerar la creación o el reconocimiento de pequeños enclaves? La respuesta es, desde luego compleja, pero no creo que la solución pase por un criterio cuantitativo. Más bien, el principio de unidad jurisdiccional quebrará si el poder (en amplitud y calidad) de esos Tribunales consuetudinarios posiblemente reconocidos por una futura reforma de la LOPJ amenaza o no el buen funcionamiento de la jurisdicción ordinaria. Más allá de eso, Virtudes Ochoa examina, por tanto, en detalle la relación entre Tribunales consuetudinarios y tutela judicial efectiva, prestando particular atención a la autocomposición de la *litis* que pueden favorecer estos Tribunales (*cfr.* pp. 136 y ss.).⁴

José Bonet Navarro, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia y Presidente del Tribunal del Comuner, titula su

2 Es decir, como ha aclarado la doctrina del Derecho público en Alemania, que los derechos fundamentales no operan solo como defensa (*Abwehrrechte*), sino que fundamentan también un deber (activo) de tutela por el Estado, que se conoce como *Schutzpflicht*.

3 *Cfr.*, por ejemplo, el Juzgado Privativo de Aguas de Callosa de Segura o el Juzgado Privativo de Aguas del Azud de Afeitami.

4 *Cfr.* art. 159 fr. 1 de las Ordenanzas de 2014 del Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela: «Cuando el denunciado no confiese la infracción o manifieste asistirle alguna excepción justa y legítima, el Tribunal de Aguas hará las reflexiones oportunas para que se concilien las partes».

aportación «El Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia como órgano para la Administración de Justicia». Aborda, en primer término, el (tor-tuoso) *iter* legislativo que ha transitado el Tribunal del Comuner hasta su reconocimiento en el art. 19.6 LOPJ. Tras ese examen, José Bonet examina las consecuencias de aquel reconocimiento (pp. 177 y ss.), es-pecialmente: el tránsito de administración a jurisdicción, consecuencias prácticas de la irrevocabilidad de las resoluciones, la inexistencia de re-cursos en la vía ordinaria y el posible amparo constitucional y la pro-tección estatutaria de los Tribunales en la Comunidad Valenciana (art. 36.1.3.^a de su Estatuto). Particularmente interesantes son las consecuen-cias prácticas (penales, por ejemplo) que el Prof. Bonet Navarro extrae del reconocimiento de los Tribunales consuetudinarios como órganos jurisdiccionales (pp. 185 – 187). Y aunque, como sintetiza Bonet, no hay posibilidad de conceder acceso a un órgano superior cuando un Tri-bunal consuetudinario «juzgando en primera y única instancia, decide imponer una condena o una sanción» (p. 192), creo que queda abierta otra pregunta (al margen de lo que se ha dicho sobre la impugnación de la actividad del Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela): ¿en qué medida pueden ser revisadas las resoluciones firmes de los Tribunales consuetudinarios por la vía de los excepcionales mecanismos de impug-nación de la cosa juzgada? Y, sobre todo, ¿cuál de todos los cánones (civil, penal o contencioso-administrativo)⁵ podría utilizarse a esos efec-tos? La pregunta da por supuesto, claro, que el art. 4 LEC permitiera, directamente, la utilización de alguno de esos cánones. Se trata, como se ve, de una cuestión espinosa.

Y, por último, la obra se cierra con el capítulo de Miguel Pedro Mazón Balaguer (Abogado y Secretario del Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela), titulado: «Los Tribunales consuetudinarios y tradicionales de la Comunidad Valenciana. Referencia al Juzgado Privativo de Aguas

5 Cfr. arts. 510 y ss. LEC (a los que se remiten los arts. 236 y ss. LRJS), 954 y ss. LECrim y 102 y ss. LJCA.

de Orihuela y Pueblos de su Marco». Allí se examina, tras abordar brevemente el régimen constitucional de los Tribunales consuetudinarios (p. 202) y su naturaleza jurídica (pp. 202 y ss.), el Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela (pp. 209 y ss.). Especialmente interesante es el estudio de las Ordenanzas de 1625, de 1836 y de 2014 que han regido la vida del Juzgado (*cfr.* los arts. 153 y ss. de la Ordenanza de 2014, que regulan el Tribunal de las Aguas). Allí es particularmente relevante lo minucioso de la regulación, que obliga al *heredero* (miembro del Juzgado: *cfr.* art. 17 de la Ordenanza) a exponer ante el Juzgado su «queja de manera clara y sucinta, con expresión del artículo contravenido» (art. 155 de la Ordenanza), como si se tratara de un recurso extraordinario (*cfr.* art. 481.1 fr. 2 LEC) o, incluso, del más mundano recurso de reposición del art. 452.1 LEC. Más allá de esto, algunas normas de esta Ordenanza deberán examinarse en detalle desde los principios constitucionales: especialmente dudosa es la denominación «pena» que emplean algunos preceptos, como el art. 168; o la indeterminación del tipo objetivo de algunas sanciones (*cfr.* art. 171 fr. 1). La obra se cierra con algunas reflexiones sobre las ventajas de los Tribunales consuetudinarios y con un examen sucinto de su procedimiento.

Se trata, en definitiva, de una relevante contribución al estudio de los Tribunales consuetudinarios en España.

Two classical columns, one on the left and one on the right, flanking the central text. The columns are tall, fluted, and have a decorative capital at the top and a base at the bottom. They are rendered in a light gray color with subtle shading to give them a three-dimensional appearance.

De los
archivos

Manifestaciones en España del movimiento del Derecho libre durante los años treinta del siglo pasado

Manuel Cachón Cadenas
Profesor emérito
Universidad Autónoma de Barcelona

1. Durante las primeras décadas del siglo XX, cobró fuerza en Alemania una corriente de pensamiento jurídico, denominada movimiento del Derecho libre (sobre esta tendencia jurídica, vid. Segura Ortega, “El movimiento del Derecho libre”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, pp. 423-455). Como pone de relieve García Amado, los integrantes de este movimiento “oscilan entre el radicalismo más extremo, justificando abiertamente la decisión *contra legem* cuando la norma legal vulnera el sentimiento de justicia o los requerimientos de las necesidades sociales, y posturas más prudentes, que se limitan a reivindicar una amplia libertad decisoria dentro de los márgenes del tenor literal de la ley” (vid. García Amado, “Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, XIV, 1997, p. 803).

Pues bien, en los años treinta del siglo pasado, cuando ya el movimiento del Derecho libre había caído en un notable descrédito en Alemania, se produjeron diversas manifestaciones radicales de este movimiento en España, que procedían de orientaciones políticas dispares y aun contrapuestas.

2. La primera de las manifestaciones del movimiento del Derecho libre a la que haré referencia tuvo lugar en 1931, al debatirse el Ante-

proyecto de Bases de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el seno de la Comisión Jurídica Asesora de la República. Fue entonces cuando Francisco Javier Elola, un republicano moderado, formuló una propuesta que admitía la posibilidad de que el Tribunal Supremo se apartara de la ley para evitar sentencias injustas o absurdas:

«El Tribunal Supremo podrá apartarse de la aplicación estricta de la Ley en los negocios civiles de su competencia, cuando la norma legal hubiere perdido su vigencia potencial ante un estado de hecho notoriamente consagrado por la costumbre, o si las circunstancias del caso fueran tales que la Ley no responda, de un modo indudable, a las previsiones del legislador y su aplicación conduzca, dadas las corrientes sociales del momento, a resultados evidentemente injustos por absurdos o contrarios a la conciencia colectiva y propensos a graves conflictos sociales».

La propuesta de Elola no fue acogida.

Elola era un jurista y político de primera fila. Además de salir elegido Diputado a Cortes, fue el primer Fiscal General de la República. Posteriormente sería nombrado Magistrado del Tribunal Supremo y, más tarde, Presidente de la Sala Tercera de este Tribunal. Al finalizar la guerra civil, decidió permanecer en Barcelona, donde fue detenido y sometido a un Consejo de Guerra, siendo fusilado en el Campo de la Bota de la ciudad condal el 12 de mayo de 1939. Sobre la trayectoria vital de Elola, vid. Osuna Francisco, “Javier Elola Díaz-Varela: la lealtad de un magistrado al Estado de derecho hasta las últimas consecuencias”, en *Jueces para la Democracia*, nº 48, 2003, pp. 41-49; asimismo, la obra colectiva *En memoria de Francisco Javier Elola*, coord. César Estirado de Cabo, Valencia, 2023.

3. Ya en plena guerra civil encontramos otra muestra del movimiento del Derecho libre, que, a diferencia del ejemplo anterior, llegó a convertirse en Derecho positivo, aunque sin lograr efectividad práctica. El 14 de enero de 1937 el Gobierno republicano promulgó un Decreto por iniciativa del Ministro de Justicia, que lo era el cenetista Juan García Oliver. Ese Decreto establecía diversas normas orgánicas y procesales

referidas al Tribunal Supremo, y contenía un breve Preámbulo en el que, entre otras cosas, se decía:

“Asimismo es imprescindible abrir cauce a la tesis de que por encima de las Leyes escritas, hay un sentido de equidad, impreso en el espíritu del pueblo”.

Pero el aspecto más relevante del Decreto era la disposición prevista en su art. 9:

“Si la Sala [*del Tribunal Supremo*], al ir a dictar sentencia, estimare que la aplicación de las Leyes en el caso examinado obligaría a una decisión contraria a la equidad o constitutiva de notorio abuso de derecho, se abstendrá de sentenciar y lo pondrá inmediatamente en conocimiento del Presidente del Tribunal Supremo para que ordene la constitución de la Sala de Equidad”.

García Oliver fue sustituido al frente del Ministerio de Justicia por el demócratacristiano Manuel de Irujo, miembro del Partido Nacionalista Vasco. Pues bien, Irujo promovió la promulgación de otro Decreto de 22 de agosto de 1937, en cuyo Preámbulo se decía:

“Las teorías modernas [...] propugnan, en sustitución del antiguo derecho autoritario y formalista, aprisionado en las fórmulas rígidas de la Ley y de la doctrina, un derecho enraizado en la Vida, asentado sobre la voluntad popular y aplicado por los Jueces con aquel margen de libertad que exige la apreciación de las circunstancias y situaciones sociales que forman el subsuelo de cada caso jurídico.

Especialmente en momentos de revolución o transformación intensa, cuando el ordenamiento jurídico de un pueblo no aparece ya adaptado a las exigencias materiales o espirituales del momento y el Legislador no puede aún formular definitivamente el nuevo derecho, se impone la necesidad de confiar a las jurisdicciones de equidad la misión de recoger e interpretar las nuevas tendencias sociales.

El Decreto de la República de catorce de enero de este mismo año, con ocasión de regular el funcionamiento del Tribunal Su-

premo, encomendó a éste la misión de humanizar las Leyes, preconizando la creación en el mismo de una Sala de Equidad, a modo de jurisdicción especial, encargada de actuar la equidad «contra legem».

A desarrollar esa importante disposición van dirigidas las normas del presente Decreto. Como la equidad penal tiene su vehículo en instituciones que funcionan ya con toda regularidad y eficacia en nuestra República, la Sala de Equidad ha de limitarse a cumplir su misión, correctora del derecho escrito, en el ámbito de la jurisdicción civil y la social”.

El art. 1 regulaba la composición de la Sala de Equidad:

“La Sala de Equidad [...] será presidida por el Presidente del Tribunal Supremo o Presidente de Sala en quien aquél delegue sus funciones y estará Integrada por Magistrados del propio Tribunal y Vocales adjuntos comprendidos en las categorías siguientes:

Primera. Catedráticos activos o excedentes de la Facultad de Derecho.

Segunda. Expertos en actividades económicas y negocios de Derecho privado.

Tercera. Expertos en materia social.

Cuarta. Jurados familiares”.

A su vez, el art. 8 regulaba la forma de poner en marcha la actuación de la Sala de Equidad:

“Cuando la Sala Primera (Civil) o la Sala Quinta (Social) del Tribunal Supremo, al resolver un recurso de fondo –háyase o no invocado en él la equidad–, estimase que la aplicación de las Leyes vigentes al caso examinado obligaría a una decisión contraria a la equidad o amparadora de un notorio abuso de derecho, se abstendrá de sentenciar, después de oído el Ministerio fiscal.

El Presidente de la Sala elevará inmediatamente el auto de abstención al Presidente del Tribunal Supremo para que ordene la constitución de la Sala de Equidad”.

Pero, por la información de que dispongo, esa flamante Sala de Equidad no llegó a funcionar en la práctica.

4. Durante la guerra civil, Falange Española elaboró una propuesta global de reforma de la justicia, que incluía, entre otros, los anteproyectos de la LEC, la LECRIM y la Organización Judicial. Pues bien, en las disposiciones generales de los dos anteproyectos procesales se insertó la siguiente norma, que vendría a ser una variante totalitaria del Derecho libre:

«En el caso de que la aplicación del Derecho vigente fuese contraria o disconforme con los intereses de la Moral, la Justicia o la Patria, el Juzgador, suspenderá el pronunciamiento de la decisión y elevará al Jefe del Estado propuesta fundada de resolución para el asunto de que se trate y, a la vez, propuesta concreta de la reforma legislativa de la norma aplicada. Ambas propuestas o una de ellas adquirirán pleno vigor si el Jefe del Estado les concede su aprobación».

El autor principal de esos anteproyectos fue Antonio Luna García, Delegado Nacional de Justicia de Falange. Pero Franco destituyó a Luna, nombrando para ese cargo al catedrático de Derecho Civil Blas Pérez González, que envió a la papelera los textos redactados por Luna.

Normas editoriales

Los autores enviarán su colaboración por correo electrónico a la siguiente dirección: justicia@libreriabosch.com. Junto al trabajo debe aparecer un resumen en castellano y en inglés de una extensión máxima de cien palabras, acompañado de las palabras clave correspondientes (en castellano y en inglés), el nombre del autor y el cargo académico o profesional. De igual modo, deberá traducir al inglés el título del estudio enviado.

Los trabajos presentados deberán ser inéditos. Los autores ceden gratuitamente los derechos de publicación a esta revista o a cualquier otra publicación o medio de reproducción o comunicación, en cualquier formato o soporte, incluida su traducción, que la dirección ejecutiva de la revista considere oportuno ceder.

Los trabajos tendrán una extensión máxima de 60 páginas, a doble espacio, en letras Times New Roman 12 (texto) y 10 (notas), y se enviarán en formato word.

La estructura del trabajo deberá realizarse mediante números: 1, 2, 3, etc. Y dentro del 1: 1.1, 1.2, 1.3, etc. Y dentro del 1.1: 1.1.1., 1.1.2, 1.1.3, etc. Y así sucesivamente.

En la redacción procurará no usarse negrita ni subrayado.

Las citas deberán ir a pie de página. La bibliografía se citará con el siguiente orden: autor (al menos apellidos), título de la obra en cursi-

va, ciudad, año y páginas citadas. Para separar estos datos se utilizará la coma. Los títulos de revista no irán abreviados y deberá constar el año y número de la revista. Cuando se cite la misma referencia varias veces, se hará completa la primera vez y abreviada en las restantes. Si se citan recursos electrónicos deberá indicarse la dirección electrónica donde se ha obtenido la información y la fecha de impresión o lectura (ejemplo: www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia; fecha de consulta: 16/02/2012). Y si se citan resoluciones judiciales deberán destacarse todos los datos necesarios para su localización (ejemplo: STC 112/2011, de 4 de octubre; STS –Sala 1ª– de 17 de septiembre de 2011, RJ\2011\7132; o SAP de Madrid –Sección 7ª– de 23 de octubre de 2011, JUR\2011\31149).

Se acusará recibo de los originales, que serán sometidos a la valoración de dos evaluadores externos. Su publicación podrá ir condicionada a la introducción de modificaciones.

Asimismo, se informará de las publicaciones enviadas a los Directores que podrán ser reseñadas en esta revista.

La revista y sus directores no se hacen responsables del contenido de los trabajos ni de las opiniones y comentarios de los autores.

