



Tercera época

Revista editada por Ilustre Colegio Nacional

ACTA JUDICIAL

de Letrados de la Administración de Justicia

N.º 9. Enero-Junio 2022

<http://www.letradosdejustizia.es/revistaactajudicial>

Sumario

	Págs.
ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA ESPECIAL COMPETENCIA DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, CONFORME A LA LEY 8/2021 Por Antonio Fernández de Buján	02-16
LA COMPENSACIÓN DE PENAS. EL ARTÍCULO 59 DEL CÓDIGO PENAL Por Blanca Aída Castillo Serna	17-46
LA DIGITALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL ALEMÁN Por Brian Buchhalter-Montero López	47-89
VIOLENCIA DE EXTENSIÓN Y VICARIA: MEDIDAS NORMATIVAS URGENTES PARA UNA EJECUCIÓN INICIAL Por Elena del Pilar Ramallo Miñán	90-118
LOS CONFLICTOS PENALES SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN Por Estefanía Navarrete Corral	119-134

Edición semestral

ISSN 2603-7173

Editado en Madrid
(España)

por

Ilustre Colegio
Nacional de Letrados
de la Administración
de Justicia

Licencia de las obras Pág. 135
Consejo editorial y Comité científico Pág. 136
Normas de publicación Pág. 137

ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA ESPECIAL COMPETENCIA DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, CONFORME A LA LEY 8/2021

Access to justice for people with disability: the special competence of the clerk of the court, in accordance with the law 8/2021

Por Antonio Fernández de Buján

Catedrático de Derecho Romano de la UAM. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
antonio.bujan@uam.es

Artículo recibido: 15/11/21 | Artículo aceptado: 15/12/21

RESUMEN

La discapacidad es uno de los grandes desafíos, de presente y de futuro, que tiene planteada la humanidad. Una legislación respetuosa con la discapacidad debe partir del valor de su diferencia y tener presente que afecta no sólo a las condiciones de vida de millones de personas, el diez por ciento de la población mundial, sino también a su dignidad, libertad, desarrollo de la personalidad e igualdad con las demás personas.

Conforme al artículo 13 de la Convención de Nueva York de 2006, ratificada por España en 2008, rubricado Acceso a la justicia, los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas.

ABSTRACT

Disability is one of the great challenges, present and future, facing humanity. Disability-friendly legislation must start from the value of their difference and bear in mind that it affects not only the living conditions of millions of people, ten percent of the world's population, but also their dignity, freedom, development of personality and equality with other people.

In accordance with Article 13 of the 2006 New York Convention, ratified by Spain in 2008, initialed Access to Justice, the States Parties shall ensure that persons with disabilities have access to justice on equal terms with other persons.

PALABRAS CLAVE

Ajustes necesarios, Derecho a entender y a ser entendida, Lenguaje claro y accesible, Asistencia y apoyos necesarios, Acompañante, Persona facilitadora.

KEYWORDS

Necessary adjustments, Right to understand and to be understood, Clear and accessible language, Assistance and necessary supports, Companion, Facilitating person.

Sumario: 1. La previsión legal del acceso a la Justicia de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con las demás personas. 2. La incardinación del artículo 7 bis, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en la nueva concepción social de la discapacidad. 3. El derecho de las personas con discapacidad a entender y a ser entendidas. Asistencia. Apoyos. Acompañante. Persona facilitadora. 4. Bibliografía.

1. La previsión legal del acceso a la Justicia de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con las demás personas

En el prólogo de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, a los Principios y Directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad aprobados en 2020 se afirma: “Las personas con discapacidad son un objetivo fundamental de la labor de mi Oficina, en parte porque son uno de los grupos más desfavorecidos. Durante demasiado tiempo han sido ignoradas, desatendidas e incomprendidas, y sus derechos, sencillamente, negados. Las leyes, los procedimientos y las prácticas siguen discriminando a las personas con discapacidad y el sistema de justicia tiene un papel decisivo a la hora de prevenir estos casos y proporcionar reparaciones efectivas cuando se producen, en particular si son consecuencia de leyes injustas. Garantizar el acceso a la justicia es indispensable para la gobernanza democrática y el Estado de derecho, así como para combatir la desigualdad y la exclusión. Desde la aprobación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad existe un modelo para lograr la inclusión fundamentado en el enfoque de la discapacidad basado en los derechos humanos”¹.

¹ Prólogo al documento elaborado por un grupo de expertos coordinados por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en colaboración con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos. Ginebra, agosto 2020.

A la conexión del documento con la Convención de Nueva York de 2006, a su consideración como documento pionero en la materia y a sus notas características se hace también referencia por la prologuista: “Los Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, elaborados bajo la dirección de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas Aguilar, se encuentran firmemente arraigados en la Convención y celebro su llegada como el primer instrumento de este tipo que proporciona orientaciones amplias e instrucciones prácticas

La discapacidad es uno de los grandes desafíos, de presente y de futuro, que tiene planteada la humanidad. Una legislación respetuosa con la discapacidad debe partir del valor de su diferencia y tener presente que afecta no sólo a las condiciones de vida de millones de personas, el diez por ciento de la población mundial, sino también a su dignidad, libertad, desarrollo de la personalidad e igualdad con las demás personas.

Todas las personas son iguales en dignidad, y al mismo tiempo, diferentes, distintas, únicas, irrepetibles. Muchas personas, cada vez más, son dependientes, frágiles, vulnerables, necesitadas de pleno reconocimiento de su capacidad jurídica, de asistencia, de apoyos y de ayudas, para sentirse seguras, para tomar decisiones por sí mismas y para progresar.

Por otra parte, en el artículo 13.1 y 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante Convención de Nueva York 2006), se exige a los Estados Partes facilitar el acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás:

“1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario “.

En el apartado 2º del artículo 14 de la Convención de Nueva York 2006, rubricado Libertad y seguridad de la persona, se establece: “2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las

sobre cómo garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Los Principios y Directrices redundarán en beneficio de los actores judiciales, las instituciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil, incluidas las organizaciones de personas con discapacidad, para fortalecer las actividades de sensibilización, la formación y la realización de ajustes para asegurar el respeto de los derechos de las personas con discapacidad y su mayor representación y participación en los procedimientos legales. Además, proporcionan un marco para la inclusión y la participación de las personas con discapacidad en las diversas funciones de la administración de justicia (por ejemplo, la posición de juez, jurado o testigo) como un imperativo democrático que involucra y refleja todas las facetas de la sociedad y, de hecho, da forma a la sociedad en que vivimos. Los Principios y Directrices son una contribución indispensable a la consecución de la justicia para todos”.

demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables”.

En el artículo 1 de la Convención de Nueva York 2006, rubricado Definiciones, en los párrafos 3º y 4º, se establece: “Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”².

La Convención de Nueva York 2006 y ratificada por España en 2008³, constituye el primer Tratado Internacional específico sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En el Preámbulo de la Convención de Nueva York 2006 se afirma que los Estados la acuerdan: “Convencidos de que una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los (distintos) ámbitos...”.

La Convención de Nueva York 2006 cambia el paradigma de la discapacidad y adopta el modelo social conforme al cual, las personas con discapacidad deciden conforme a su voluntad, deseos y preferencias, siendo las diversas barreras, el entorno social, las que dificultan su plena integración en la sociedad, de igual forma que la propia discapacidad.

Conforme al derogado modelo médico de discapacidad el tutor o el curador, actúan conforme al mejor interés de la persona con discapacidad y asisten, representan o sustituyen, en mayor o menor medida, según los casos, a las personas con discapacidad en la toma de decisiones, lo que contrasta con la nueva regulación que hace hincapié en el modelo social de discapacidad, en el

² Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York en 2006.

³ España. [Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE de 21 de abril de 2008.](#)

que la curatela y la guarda de hecho tienen, con carácter general, naturaleza asistencial, y, sólo excepcionalmente se prevé que sean representativas y, muy excepcionalmente, sustitutivas.

Como subrayan PÉREZ BUENO y DE LORENZO GARCÍA “se ha producido a nivel nacional e internacional un proceso legislativo que ha permitido el salto paradigmático desde el modelo médico-rehabilitador hasta el modelo social que enfoca la protección de la persona con discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos, dando lugar al nacimiento de diversos instrumentos jurídicos que hacen posible este nuevo paradigma en el que la persona con discapacidad, sujeto de derechos, está en el centro del ordenamiento jurídico.

En este nuevo modelo la dignidad es intrínseca a la persona con discapacidad e inescindible de ésta, y está estrechamente ligada a valores como la libertad y la igualdad...”⁴.

Conforme al párrafo 2, del artículo 1, de la Convención de Nueva York 2006 que se aproxima a lo que se entiende por una definición, aunque la rúbrica del artículo es Propósito: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Entre los apoyos que los países están obligados a prestar a las personas con discapacidad, el Comité de los derechos de las personas con discapacidad, previsto en los artículos 34 y siguientes de la Convención de Nueva York 2006, a propósito del artículo 12.3 señala: “el diseño universal y las medidas de accesibilidad, a fin de que el espacio lo puedan usar todas las personas, y los métodos de comunicación diferentes a los habituales, como el lenguaje de signos o el Braille”.

En el Apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio⁵, de apoyo a las personas con discapacidad, sin duda el más relevante texto legislativo en materia de discapacidad de nuestro Ordenamiento Jurídico, se afirma “que se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, a la que se menciona en 8 ocasiones en los ocho apartados del Preámbulo⁶.

⁴ DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L.C. “Comentarios Introductorios”, en *Fundamentos del Derecho de la discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 51- 90

⁵ España. [Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica](#)

⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A, La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad, *La Ley*, 26.11. 2021, pp. 1-13

Muchas limitaciones, se afirma en el Preámbulo de la Ley, vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio.

La reforma normativa impulsada por esta ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno y a una transformación de la mentalidad social, especialmente la de aquellos profesionales del Derecho que prestan sus funciones a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas. En este sentido, en la Observación General n. 1 de 2014, a propósito de la interpretación del artículo 13 de la Convención de Nueva York 2006, se afirma: “Los Estados partes también deben velar por que las personas con discapacidad tengan acceso a representación jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Se ha determinado que en muchas jurisdicciones este es un problema, que debe solucionarse, entre otros medios, garantizando que las personas que vean obstaculizado su derecho a la capacidad jurídica tengan la oportunidad de impugnar esos obstáculos —en su propio nombre o por medio de su representante legal— y de defender sus derechos ante los tribunales”⁷.

En relación con la formación en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, la Disposición adicional segunda de la Ley 8/2021, de 2 de junio, establece: “1. El Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación general y específica, en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, en los cursos de formación de jueces y magistrados, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, fuerzas y cuerpos de seguridad, médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia y, en su caso, funcionarios de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales que desempeñen funciones en esta materia.

2. Los Colegios de Abogados, de Procuradores y de Graduados Sociales impulsarán la formación y sensibilización de sus colegiados en las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España impulsarán la formación y

⁷ Conforme se afirma en el Apartado III del Preámbulo de la Ley 8/ 2021, de 2 de junio, es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo.

sensibilización en dichas medidas de Notarios y Registradores respectivamente”.

La nueva regulación está inspirada, como exige el artículo 10 CE, en el respeto a la dignidad, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás⁸.

2. La incardinación del artículo 7 bis, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en la nueva concepción social de la discapacidad

En la nueva concepción social de la discapacidad se incardina el nuevo artículo 7 bis, rubricado Ajustes para personas con discapacidad, y previsto, con idéntico tenor, en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹ (en adelante LEC) y en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁰ (en adelante LJV).

En estrecha relación con el artículo 7 bis incardinado en los mencionados textos legales, ha de mencionarse la especial competencia del Letrado de la Administración de Justicia en el marco del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, regulado en el nuevo artículo 42 bis de la LJV, y en el ámbito del proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad, conforme a lo previsto en el nuevo artículo 758 de la LEC, lo que supone una especial vinculación del mencionado Cuerpo de Letrados con la discapacidad.

Al respecto:

- El artículo 758 de la LEC, en el apartado 2, in fine, dispone: “El letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 bis”, y
- El artículo 42 bis a). 5, de la LJV dispone: “El letrado de la Administración de Justicia realizará las adaptaciones y los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta, conforme a lo previsto en el artículo 7 bis de esta Ley”

⁸ Vid. en ALÍA ROBLES, A. El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad. La Ley Digital. Derecho de familia, N° 28, 15307/2020, pp. 1- 15

⁹ España. [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil](#)

¹⁰ España. [Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria](#)

El artículo 7 bis, Ajustes para personas con discapacidad, se divide en dos apartados.

El apartado 1 se divide en los dos párrafos que siguen

“En los procesos a los que se refiere esta Ley en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.

Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán tanto a petición de cualquiera de las partes, como del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno”.

El párrafo primero hace referencia al objeto y la finalidad perseguida por el texto articulado y el párrafo segundo a legitimación y ámbito de aplicación¹¹.

A) Objeto y finalidad

El artículo 7 bis, que se incorpora en la tramitación del Proyecto de Ley en el Senado, constituye la primera modificación relevante que la Ley 8/ 2021, 2 de junio, introduce en el Derecho procesal, en el marco de la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español a la Convención de Nueva York 2006.

En el texto del artículo 7 bis que se incorpora de forma indistinta a la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la referencia a procesos, de forma genérica, es procedente en relación con la LEC, pero no lo es respecto a la LJV, donde el término adecuado sería procedimientos¹². Por otra parte, en relación con la afirmación contenida en el apartado V del Preámbulo “En este artículo – en referencia al 7 bis- se regulan las adaptaciones y ajustes en los procedimientos en que participen personas con discapacidad, con

¹¹ Vid. en DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., Comentario al art. 7 bis, en Comentarios a la Ley 8. 2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, TRA 2021, pp. 1125- 1132

¹² En estos casos, debería haberse optado por los términos de “procedimiento” o “actos” de jurisdicción voluntaria” mucho más acordes con la terminología empleada cuando interviene el juez...”, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria*, Dykinson 2015; *Id*, Prefacio. *Comentarios a la Ley 15/2015 de, la Jurisdicción Voluntaria*, Director, Fernández de Buján, Coordinador, Serrano de Nicolás, A., Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 43- 84

En relación con la terminología en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, vid. así mismo en PICÓ, J., La desjudicialización y procesalización de la Jurisdicción Voluntaria, en *Especial Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, La Ley, julio, 2015, pp. 35 ss.: “La Ley de Jurisdicción Voluntaria ha optado finalmente por utilizar el término “expediente”. Entiendo que se trata de una imprecisión terminológica que debería corregirse por cuanto da a entender equívocamente una naturaleza administrativa a toda esta materia cuando es tramitada por el juez”.

independencia de si lo hacen en calidad de parte o en otra distinta...”, cabe señalar que la utilización del término procedimientos para referirse conjuntamente al proceso y al procedimiento de Jurisdicción Voluntaria es procedente.

Respecto a la afirmación conforme a la cual “se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación -de las personas con discapacidad- en condiciones de igualdad”, cabe analizar la referencia a la igualdad y a las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios:

- a. En relación con la igualdad cumple subrayar que la finalidad esencial perseguida por el artículo 7 bis, en los procedimientos civiles, es garantizar el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, lo que se enmarca en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

En el proceso penal las adaptaciones y ajusten en el procedimiento se incorporan en distintos textos legales a partir de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito¹³, que cabe considerar pionero en este ámbito.

Especial relevancia tiene también al respecto el artículo 9 de la Convención de Nueva York 2006 referido a la accesibilidad: Artículo 9. Accesibilidad: 1 “A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones... estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: g) promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida internet”.

Otros artículos de la Convención de Nueva York 2006 atinentes a la materia que nos ocupa son el artículo 4 Obligaciones de los Estados Partes, g: “... promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad...”, y el artículo 24. 2 “Los Estados Partes... adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas: a) facilitar el aprendizaje del braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares...”.

¹³ España. [Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito](#)

b. En relación con las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios, cabe señalar:

- Qué si bien se mencionan dos términos diferentes, adaptaciones y ajustes, parece que las acepciones de ambos vocablos se utilizan con el mismo significado.

Subraya al respecto FINSTERBUSCH ROMERO que la Convención de Nueva York 2006 de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aparte de instaurar el nuevo paradigma “social de derechos humanos”, codificó la obligatoriedad de realizar ajustes razonables, consistentes en modificaciones a situaciones concretas cuando una norma o política, sin ser en su origen discriminatoria aplicada a una situación específica en el cual el destinatario de la misma es una persona en situación de discapacidad deviene injusta y contraria al principio de igualdad material. Por otra parte, los ajustes razonables y la carga indebida (como límite al primero) son conceptos complejos que se encuentran en la actualidad en pleno desarrollo jurisprudencial, debiendo analizarse en cada caso concreto sus propias particularidades para determinar su alcance”¹⁴.

- Que no se hace referencia en el artículo 7 bis 1, a ajustes razonables sino necesarios: párrafo 1º “En los procesos a los que se refiere esta Ley en los que participen personas con discapacidad se realizarán las adaptaciones y ajustes que sean necesarios...” y párrafo 2º “...dichas adaptaciones y ajustes se realizarán... en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario...” con clara inspiración en el mencionado artículo 13 de la Convención de Nueva York 2006, referido al acceso a la justicia, en el que se alude a ajustes de procedimiento: “1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento...”.
- La idea del ajuste necesario para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad va más allá de la razonabilidad de los ajustes, en el sentido de que impongan una carga desproporcionada en el sentido de no ajustada a una serie de criterios razonables, que en el caso de acceso a la justicia debe ser asumida por los Estados firmantes de la Convención de Nueva York 2006.

En el Glosario de términos de los Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, se consideran Ajustes de procedimiento: “Todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto del acceso a la justicia, cuando se requieran en un

¹⁴ FINSTERBUSCH ROMERO, C. *La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos*. *Revista Ius Et Praxis*, 22(2), 2016, pp. 227- 252

caso determinado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. A diferencia de los ajustes razonables, los ajustes de procedimiento no están limitados por el concepto de «carga desproporcionada o indebida».

Por su parte, el artículo 5 de la Convención de Nueva York 2006, con carácter general, hace referencia a ajustes razonables: “...a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”¹⁵.

B. Legitimación y ámbito de aplicación

“Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán tanto a petición de cualquiera de las partes, como del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno”.

Cabe referirse al respecto las cuestiones que siguen.

Conforme a lo previsto en el artículo 7. 1 bis, las personas con discapacidad sólo están legitimadas, para solicitar las adaptaciones y ajustes, si son partes en el procedimiento. Por el contrario, en el Preámbulo, Apartado V, se afirma que en el artículo 7 bis “...se regulan las adaptaciones y los ajustes en los procedimientos en que participen personas con discapacidad en calidad de parte o en otra distinta...”, es decir, las personas con discapacidad están legitimadas, a todos los efectos, con independencia de su condición procesal. Así, como terceros con interés legítimo o como testigos.

Parece por ello procedente que el término parte utilizado en el artículo 7 bis se interprete en sentido amplio y que la legitimación abarque a todas las personas con discapacidad que intervengan en cualquier fase o actuación del procedimiento de que se trate.

3. El derecho de las personas con discapacidad a entender y a ser entendidas. Asistencia. Apoyos. Acompañante. Persona facilitadora

Artículo 7 bis 2. “Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier situación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

- a) Entender. “Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus

¹⁵ Vid., con carácter general en, DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., Cuaderno de buenas prácticas. Acceso a la Justicia. Plena Inclusión España, diciembre 2018, pp. 165

necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Al respecto cabe subrayar lo siguiente:

- La referencia a hacer uso de medios como la lectura fácil ha de entenderse a título ejemplificativo.
 - La referencia a las comunicaciones abarca no sólo las procesales en sentido técnico, sino cualquier comunicación que se realice a las personas con discapacidad. La propia ubicación del artículo 7 bis en el Título Preliminar, atinente a las Disposiciones Generales, implica que afecta a toda la Jurisdicción Voluntaria.
 - Conforme al artículo 18 de la LJV, correspondiente a la celebración de la comparecencia, en el procedimiento general: “La comparecencia se sustanciará por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la vista del juicio verbal con las siguientes especialidades: 2ª. Se garantizará, a través de los medios y apoyos necesarios, la intervención de las personas con discapacidad en términos que les sean accesibles y comprensibles”.
 - Conforme al artículo 2. Definiciones “A los fines de la presente Convención: “La «Comunicación» incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso”.
 - La Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, se modifica por la ley 8/ 2021, en materia de apoyos, ajustes y accesibilidad, en relación con las personas con discapacidad, en el artículo 25, al que se añade un nuevo párrafo al final con la siguiente redacción: «Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos”.
- b) Ser entendidas. “Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los

medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas”¹⁶.

Al respecto cabe subrayar lo siguiente:

- El 7.2 b se refiere a asistencia y apoyos necesarios para hacerse entender, por lo que la mención a las lenguas de signos y a las medidas de apoyo a personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, deben entenderse con carácter ejemplificativo, y utilizarse cualquier otra forma o medida de apoyo que resulte necesario para el entendimiento.
 - A la necesidad de que las personas con discapacidad sean oídas en condiciones idóneas, en términos que le sean accesibles, se refiere asimismo el artículo 18. 4 de la LJV, incurso en el procedimiento general de Jurisdicción Voluntaria, que se aplica con carácter supletorio a todos los procedimientos específicos previstos en la LJV, y en otras leyes que contengan procedimientos de Jurisdicción Voluntaria en los que intervengan personas con discapacidad, en lo que no se oponga a las normas que singularmente regulen las actuaciones de que se trate, conforme artículo 13 LJV: “...la autoridad judicial o el Letrado de la Administración de Justicia podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”.
- c) Facilitador: “Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida”.

Al respecto cabe subrayar lo siguiente:

- En el Preámbulo V, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, se afirma “Adicionalmente, se menciona expresamente que se permitirá que la persona con discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste”.

La previsión de que el coste de la persona que actúe como facilitador debe ser asumido por la persona con discapacidad contradice lo establecido al respecto en la Convención de Nueva York de 2006 y en la Observación de 2014,

¹⁶ MANZANERO, AL; VALLET, R.; NIETO-MARQUEZ, M; y MARTORELL, A., 2011. Reconocimiento de caras y discapacidad intelectual. Siglo Cero, vol. 48, 1, n. 261, pp. 23- 36.

y podría ser considerado como una discriminación por razón de discapacidad en la medida en que deje sin efecto, ante la posible insuficiencia de recursos, el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que las demás personas. Así, en el artículo 2, rubricado definiciones, se afirma que a los fines de la Convención de Nueva York de 2006: “Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación...”¹⁷.

Finalmente, en el mencionada documento Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, elaborado por la Relatora especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en 2020, se afirma en el Principio 3 que “Los Estados garantizarán que se hagan una serie de ajustes de procedimiento... mediante las siguientes medidas: a. Estableciendo, financiando y ejecutando un programa de intermediarios o facilitadores independientes formados para prestar asistencia en materia de comunicación a las partes de los procesos y al sistema de justicia a fin de determinar si se necesitan ajustes y apoyos, y cuáles son los ajustes y apoyos adecuados, así como para prestar asistencia en la comunicación a lo largo del proceso”.

- d) Acompañante. “La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios”.

Al respecto cabe subrayar que la persona que tenga la condición de acompañante puede o no coincidir con la persona que ocupe la posición de facilitador¹⁸.

Al acompañamiento de la persona con discapacidad se alude en el Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, Apartado III, cuando afirma que “ La idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo

¹⁸ Subraya ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., Comentario al art. 7 bis, en Comentarios a la Ley 8. 2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, cit. p.1132, que dado que los procedimientos en muchas ocasiones suelen extenderse en el tiempo, incluso podría ser posible que la persona con discapacidad pudiera cambiar esta persona de confianza que le acompañe durante el proceso

tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”¹⁹.

4. Bibliografía

ALÍA ROBLES, A. El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad. La Ley Digital. Derecho de familia, nº 28, 15307/2020, pp. 1- 15

DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., Cuaderno de buenas prácticas. Acceso a la Justicia. Plena Inclusión España, diciembre 2018, pp. 165

DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., Comentario al art. 7 bis, en Comentarios a la Ley 8. 2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, TRA 2021, pp. 1125- 1132

DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (2020: 51- 90), “Comentarios Introdutorios”, en Fundamentos del Derecho de la discapacidad).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., La reforma de la Jurisdicción Voluntaria, Dykinson 2015; Id, Prefacio. Comentarios a la Ley 15/2015 de, la Jurisdicción Voluntaria, Director, Fernández de Buján, Coordinador, Serrano de Nicolás, TR Aranzadi 2016.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A, La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad, La Ley, 26.11.2021, pp. 1- 13

FINSTERBUSCH ROMERO, C. (2016: 227 - 252), La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. Revista Ius Et Praxis, 22(2)

MANZANERO, AL; VALLET, R.; NIETO-MARQUEZ, M; y MARTORELL, A., 2011. Reconocimiento de caras y discapacidad intelectual. Siglo Cero, vol. 48, 1, n. 261, pp. 23- 36.

PICÓ, J. (2015: 35), La desjudialización y procesalización de la Jurisdicción Voluntaria, en Especial Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, La Ley, julio 2015

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

¹⁹ Vid., con carácter general en, DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I., Cuaderno de buenas prácticas. Acceso a la Justicia. Plena Inclusión España, cit., pp. 165

LA COMPENSACIÓN DE PENAS. EL ARTÍCULO 59 DEL CÓDIGO PENAL

The compensation of penalties. Article 59 penal code

Por Blanca Aída Castillo Serna

Letrada de la Administración de Justicia
anillosdelpoder2.0@gmail.com

Artículo recibido: 14/11/21 | Artículo aceptado: 28/12/21

RESUMEN

Artículo sobre la evolución en la aplicación del art. 59 CP, desde sus orígenes hasta la doctrina más actual del Tribunal Supremo.

ABSTRACT

Article on the evolution in the application of art. 59 CP, from its origins to the most current doctrine of the Supreme Court.

PALABRAS CLAVE

Medidas cautelares, comparecencias apud actas, retirada de pasaporte, aflicción, abono, compensación.

KEYWORDS

Precautionary measures, court appearances, passport withdrawal, affliction, payment, compensation.

Sumario: 1. Origen. 2. Las medidas cautelares. 3. Ausencia de módulos de conversión. 4. El recurso de casación en relación con el art. 59 CP. 5. 2013. Año clave. El Acuerdo. 6. La STS 1045/2013 de 7 de enero de 2014. El comienzo de una nueva era. 7. La compensación después de la STS 1045/2013. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. Origen

El art. 59 CP trata de compensar las medidas cautelares sufridas con las penas finalmente impuestas cuando ambas sean de distinta naturaleza.

El art. 58 CP, por su parte, se refiere al abono de la prisión provisional y de las privaciones de derechos cautelarmente acordadas, siempre que sean de la misma naturaleza.

Respecto a su origen, el Código Penal de 1822¹, en su art. 98, ya hacía referencia al abono de la prisión preventiva en las penas privativas de libertad; sin embargo, los Códigos de 1848, 1850 y 1870 nada dicen sobre ello.

El art. 114 CP de 1928² de alguna manera lo rescata; pero es el art. 33 CP de 1932³ y posteriormente el mismo artículo del Código de 1944⁴ los que con contundencia lo recuperan. El art. 1 de Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Penal, agregó un segundo párrafo al art. 33 CP, relativo al abono de la medida cautelar de privación del permiso de conducir vehículos a motor o ciclomotores⁵. Esa misma redacción la encontramos en el art. 33 CP de 1973⁶.

La redacción actual del art. 59 CP que establece que cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada, nos la dio nuestro Código Penal de 1995 y nunca ha sido reformado.

Íntimamente relacionado con el mismo, el art. 58 del mismo cuerpo legal establece que:

¹ Art. 98 CP 1822. En las penas que tengan tiempo determinado se empezará a contar este desde el día en que se notifique al reo la sentencia que cause ejecutoria; pero el tiempo que hubiere estado preso, le será contado como parte del de la pena, graduándose cada seis meses de arresto o prisión por tres de obras públicas o por cuatro de reclusión o presidio. Los días de arresto, reclusión u otra pena temporal serán completos de veinte y cuatro horas; los meses de treinta días cumplidos, los años también completos de doce meses.

² Art. 114 CP 1928. Para cumplimiento de las penas de privación de libertad, será de abono toda la prisión preventiva sufrida por el reo, durante la tramitación de la causa hasta que la sentencia sea firme, cualquiera que sea la naturaleza y duración de la pena impuesta.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los declarados multirreincidentes, a quienes sólo se les abonará la mitad de la prisión preventiva, quedando a su favor cualquiera fracción, y si dicha prisión excediere de un año, les será también abonada la totalidad del exceso.

³ Art. 33 CP 1932. La prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad cualquiera que sea la índole de la pena a que fuere condenado.

⁴ Art. 33 CP 1944. El tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualesquiera que sea la clase de la pena impuesta.

⁵ Art.1 Al artículo treinta y tres se agregará el siguiente párrafo: igualmente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, todo el tiempo de privación del permiso para conducir vehículos de motor sufrido por el delincuente durante la tramitación de la causa.

⁶ Art. 33. El tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de la pena impuesta.

Igualmente Se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena todo el tiempo de privación del permiso para conducir vehículos de motor sufrido por el delincuente durante la tramitación de la causa.

1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.

Vemos que ambos preceptos hacen referencia a dar por cumplida una parte de la pena impuesta por las medidas cautelares sufridas durante la tramitación de la causa. Pero, mientras que el art. 58 CP se refiere al abono de la prisión provisional o privaciones de derechos de la misma naturaleza, el art. 59 CP se refiere a penas y medidas cautelares que sean de distinta naturaleza. Por tanto, en el primer caso estaríamos ante un abono y en el segundo ante una compensación, en los términos establecidos por la STS 412/2015 de 26 de enero de 2015⁷ y más recientemente la STS 2602/2019 de 23 de julio de 2019⁸.

Así, podemos concluir que el art. 59 CP se refiere a las medidas cautelares heterogéneas, es decir, aquellas que no coinciden literalmente con la prisión preventiva y las penas privativas de derechos impuestas en la sentencia. En los supuestos de coincidencia entre la pena y la medida cautelar estaríamos ante una medida cautelar homogénea que entrañaría el mero abono y no la compensación de la medida cautelar y se aplicaría el art. 58 CP.

⁷ España. Tribunal Supremo. Sentencia núm 412/2015 de 26 de enero que señala que el artículo 58 del Código Penal se refiere al abono para el cumplimiento de la pena ulteriormente impuesta de las medidas cautelares homogéneas con la sanción a cumplir, bien se trate de la privación preventiva de libertad o de la del ejercicio de determinados derechos. Por lo que el 59 es obvio, así lo dice su propio texto, que se está refiriendo a la aplicación de medidas cautelares heterogéneas, es decir, de diferente contenido.

⁸ España. Tribunal Supremo. Sentencia 2602/2019 de 23 de julio que se refiriéndose al art. 530 LECrim señala que el citado artículo debe ser puesto en relación con el art. 59 del CP, cuyo primer requisito para que opere su aplicación es que estemos ante una medida cautelar, y la libertad provisional con la imposición de las comparecencias apud acta, al igual que la retención del pasaporte, sin duda tienen esa condición.

¿Pero qué pasaría con las medidas de seguridad? ¿Serían abonables o compensables? La doctrina entiende que, por analogía, sí serían abonables⁹.

En cuanto al cuándo, en ambos casos, ya sea abono o compensación, inicialmente será en la ejecución de la sentencia, aunque hay sentencias que en el propio fallo lo recogen. Ya se trate de medidas cautelares relativas a la privación libertad o relativas a la privación de otros derechos, operan cautelarmente, dado que se acuerdan en una fase del procedimiento previo a la sentencia o incluso durante la tramitación de los correspondientes recursos, indultos... así tienen carácter provisional y se imponen atendiendo a los criterios del "*fumis boni iuris*" y del "*periculum in mora*"¹⁰.

2. Las medidas cautelares

Respecto a las medidas cautelares a tener en cuenta, distintas de la prisión provisional, tendríamos que bucear por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal dentro del Título VII "De la libertad provisional del procesado" para encontrar:

- art. 529 bis: la privación provisional de usar el permiso de conducir vehículos de motor, cuando el procesado quedara en libertad. También relativo al permiso de conducir encontramos el art. 764.4 del mismo texto legal que señala que se podrá acordar la intervención inmediata del vehículo y la retención del permiso de circulación del mismo, por el tiempo indispensable, cuando fuere necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, en tanto no conste acreditada la solvencia del investigado o encausado o del tercero responsable civil.

⁹ GARCÍA ALBERO, RAMÓN. Comentarios al Código Penal Español. Tomo I y II. 7ª de., abril 2016. Nada se dice expresamente acerca del abono de la privación cautelar de libertad cuando lo que se imponga en la sentencia sea una medida de seguridad privativa de libertad al amparo de los arts. 101 a 103 del Código Penal, pero la analogía entre ambas situaciones conduce a una respuesta afirmativa. Pues efectivamente, la extensión temporal de las medidas de seguridad privativas de libertad nunca puede superar el máximo legalmente previsto de la pena señalada al delito a la que procedería atender de no apreciarse su concurrencia, y en la ejecución de esta última siempre se habría de tener en cuenta la prisión preventiva sufrida. Además, en el mismo sentido, el art. 60, desde la reforma operada por la LO 15/2003, y con la finalidad de garantizar la asistencia médica precisa, prevé la posibilidad de imponer una medida de seguridad privativa de libertad al penado en el que, después de la sentencia condenatoria, se aprecie una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, estableciendo que, en ningún caso podrá ser más gravosa que la pena sustituida, para lo cual es lógico tener en cuenta el tiempo ya cumplido por el penado privado de libertad.

¹⁰ España. Tribunal Supremo. Auto núm. 921/2004 de 17 de junio y Sentencia núm. 7288/2008 de 26 de diciembre. Sentencia núm 179/2018 de 12 de abril y Sentencia núm 620/2018 de 26 de abril. Sentencia núm 521/21 de 16 de junio.

- art. 530: obligación de comparecer los días que se señalaran en el auto y cuantas veces fuera llamado. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte.

- art. 544 bis: prohibición de residir, o acudir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma; aproximarse o comunicarse a determinadas personas.

- art. 544 ter: orden de protección que comprenderá alguna/s de medidas de las previstas en la legislación procesal criminal. para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima y en su caso de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guardia o acogimiento. Estas medidas podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

- art. 544 quinquies: En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados del art. 57 CP, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas:

- Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.

- Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.

- Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.

- Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el o conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.

De menor aplicación, también podemos hacer referencia a la suspensión del ejercicio o cargo público de los procesados por delitos de terrorismo del art. 384 bis LECrim, de la de los jueces y magistrados; de los arts. 383.1 y 384 LOPJ o de la de los miembros del Ministerio Fiscal del art. 60 EOMF por remisión a la LOPJ. Los arts. 762 y 763 LEC regulan el internamiento urgente no voluntario por razón de trastorno psíquico.

Respecto de las medidas cautelares que se puede adoptar en cuanto a las personas jurídicas; el art. 544 quáter nos remite directamente a las que expresamente disponga el Código Penal. El art. 129.3CP, establece la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

3. Ausencia de módulos de conversión

Como hemos visto, el art. 59 CP ordena al juez o tribunal el abono “en aquella parte que estime compensada”; es decir, así como el art. 53 CP¹¹ establece o el art. 88 CP¹², hoy derogado por LO 1/15, establecía unos módulos, en este caso será el Juez o Tribunal el que según su arbitrio tendrá que estimar la compensación a aplicar.

¹¹ Art. 53.1 CP Si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del artículo 37.

También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.

¹² El art. 88.1 CP 1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

El Alto Tribunal, entre otras, en las sentencias STS 934/99 de 8 de junio, STS 283/2003 de 24 de febrero y STS 391/11 de 20 de mayo ha señalado que “el art. 59 CP contempla la compensación de la pérdida de derechos sufrida a consecuencia del proceso, de modo que el legislador ha tenido en cuenta que la equivalencia entre la pena aplicada y la gravedad del delito se debe observar incluso en el caso en el que, como consecuencia del delito, el Estado ha privado (legítimamente) de derechos al autor anticipadamente. Dado que la pena es por sí misma una reducción del estatus del autor respecto de sus derechos fundamentales, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado. Si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues sería desconocer que el autor del delito ya ha extinguido una parte de la pena impuesta”.

Ya en esta línea la SAP de Jaén de 18 enero de 2002 nos habla de la proporcionalidad en la compensación¹³; teniendo en cuenta las circunstancias personales del penado¹⁴. A pesar de ello, es evidente que la falta de módulos legales de equivalencia, implica una inseguridad jurídica, que no existe en el caso del art. 53 CP¹⁵.

Ante esta situación los Jueces de lo Penal de la Región de Murcia en 2011 adoptaron una serie de criterios, entre los que fijaron, a raíz de los frecuentes supuestos en los que se condenaba por falta, ahora delito leve, hechos que en su inicio se tramitaron como constitutivos de un delito de violencia de género en

¹³ España. Audiencia Provincial de Jaén. Sentencia de 18 enero de 2002 “Pero ello no puede implicar que dicha compensación, justificada en razón del principio de culpabilidad, opere automáticamente. Se hará preciso establecer un juicio fundado de proporcionalidad entre la concreta restricción sufrida y la posibilidad, oportunidad y procedencia de compensación en la ejecución de la pena de distinta naturaleza, juicio que explique los criterios tenidos en cuenta y permita el control de la decisión que el texto legal diseña como discrecional pero no arbitraria”.

¹⁴ UCELAY, P. Comparecencias en el Juzgado por días de prisión, abonos 04/05/2014 (juristadepresiones.com) Al igual que los jueces tienen que valorar la capacidad económica del condenado para establecer el valor de la multa que se le va a imponer, así también tendrán que valorar sus circunstancias personales (laborales, geográficas, familiares...) para decidir cuánto perjuicio le ha causado la obligación de acudir periódicamente al Juzgado.

¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. Diario La Ley, Nº 8293, Sección Doctrina, 15 de Abril de 2014, Año XXXV, Ref. D-121, Ed. LA LEY. La discrecionalidad queda así reducida a los restantes supuestos, (fuera de los establecidos legalmente) si bien la «estimación» del juez o tribunal en todo caso abra un portillo a la inseguridad jurídica. Una misma medida cautelar tiene efectos aflictivos distintos según las circunstancias de la persona que la padezca, al igual que sucede con las penas. Si se prescinde de los módulos legales de equivalencia, formales pero seguros, el abono se presenta como una difícil tarea que obligaría a examinar la incidencia individualizada de cada medida cautelar en el caso concreto. Una labor ingrata puesto que sobre tal extremo no suele haber muchos datos en los autos.

los que las medidas cautelares de alejamiento tienen una duración mucho más extensa que en una falta, teniendo que finalmente, compensarla con una pena de localización permanente. Así, consideraron que:

- 1 día de trabajos en beneficio de la comunidad = 1 día de localización permanente.
- 2 días de alejamiento cautelar = 1 día de localización permanente.
- 1 día de alejamiento cautelar = 1 día de multa.
- 1 día de localización permanente = 2 días de multa.

En estos supuestos, se impondría localización permanente o trabajo en beneficio de la comunidad, así pues ¿se podría compensar el “sobrante” que resulte en la liquidación de condena de la pena de prohibición de aproximación por ejemplo? La doctrina ya se lo planteó, entendiendo que la respuesta debía ser afirmativa¹⁶.

4. El recurso de casación en relación al art. 59 CP

Con anterioridad a revisar la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, cabría señalar en base a qué fundamentos jurídicos podría interponerse recurso de casación contra la resolución judicial relativa a la compensación de penas.

Ni el Código Penal ni nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal nos dan las pistas para saber que cabe recurso de casación. Es el Tribunal Supremo el que, en distintas sentencias, nos diseña la hoja de ruta entre leyes del siglo pasado ante la cantidad de errores alegados en los recursos presentados en cuanto a los fundamentos jurídicos alegados. Así, la STS 3753/20 de 16 de noviembre de 2020 distingue el régimen aplicable atendiendo a la reforma operada por la Ley 41/2015 que en el apartado 1 de su Disposición Transitoria Única establece que “Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor”, por tanto, regirá para los procedimientos incoados a partir del 6 de diciembre de 2015”.

En cuanto al régimen anterior señala la mencionada sentencia que: Los autos relativos al abono o no de la prisión preventiva sufrida por el condenado son susceptibles de casación por declararlo así una añeja y oculta disposición, el

¹⁶ DE LA FUENTE HONRUBIA, F. Compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza (art. 59 Código Penal). En muchas ocasiones, el cumplimiento de la medida de alejamiento o de comunicación sobrepasa en exceso al que finalmente se liquida de la pena de la misma naturaleza objeto de condena, por ejemplo, al ser los hechos constitutivos de una falta y no de un delito. En estos casos, ¿sería posible compensar la pena impuesta –que será trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente– con ese exceso en el cumplimiento de la medida cautelar? Entendemos que sí, aplicando los criterios antes expuestos, y, sobre todo, porque de lo contrario, se estaría cumpliendo una pena que no se corresponde con la definición final en resolución firme de los hechos cometidos por el penado, que verá *de facto* ampliada su condena como consecuencia de una calificación disconforme con aquella.

art. 4 de la Ley de 17 de enero de 1901 sobre abono de prisión preventiva: Las infracciones de esta ley, en cuanto a la prisión preventiva, se considerarán incluidas en el párrafo 6º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El párrafo 6º del art. 849 mencionado equivale al actual párrafo 1º: el error iuris como primer motivo de casación por infracción de ley. La Real Orden de 29 de enero de 1901 insistió en la accesibilidad a la casación de esas decisiones, concretando que deben revestir la forma de auto. Las mencionadas Ley y Real Orden están derogadas en su mayor parte por la legislación posterior que incorporó casi todo su contenido al Código Penal. Pero sus aspectos procesales y en particular lo atinente a esa posibilidad de casación, están vigentes en cuanto no han sido afectados por ulteriores reformas. Tampoco las modificaciones del régimen de prisión provisional (Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2010) han reparado en esa disposición cuya vigencia está asumida por una jurisprudencia que no titubea al tramitar y resolver los recursos de casación contra autos dictados en fase de ejecución por las Audiencias Provinciales declarando abonables o no determinados períodos de prisión preventiva (entre muchas otras SSTs 1449/1998, de 27 de noviembre, 926/1999, de 4 de junio o 501/2001, de 22 de marzo, o 615/2012, de 10 de julio). Es aplicable por analogía ese marco normativo y jurisprudencial a los casos de abono de medidas distintas a la prisión preventiva (SSTs 1045/2013, de 7 de enero de 2014, 53/2015, de 26 de enero, ó 438/2020, de 9 de septiembre: en el Auto impugnado con cita de algunos precedentes se informa con rigor al recurrente de la posibilidad de casación).

Y sigue diciendo respecto del régimen aplicable a los procedimientos penales incoados a partir del 6 de diciembre de 2015: “Otra cosa es que para asuntos incoados ya vigente el régimen de recursos nacido de la reforma de 2015 devenga exigible la interposición de una apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, previa a la casación.

En la misma línea, entre otras, las sentencias: STS 412/2015 de 26 de enero de 2015, STS 611/20 de 16 de noviembre y STS 1086/21 de 23 de marzo de 2021.

5. 2013. Año clave. El acuerdo

Con anterioridad a este año, no encontramos otra sentencia relativa a la compensación que la STS 633/2002 de 21 de mayo de 2002 en la que se denegaba la compensación solicitada por el recurrente. El mismo había sido deportado el 8 de agosto de 1984, desde Francia a la República Dominicana, hasta que en mayo de 1986 fue trasladado a Ecuador, desde donde en Julio de 1987 fue trasladado a Argelia residiendo allí hasta el mes de abril de 1989, fecha en que fue expulsado a la República Dominicana donde permaneció hasta su expulsión a España, el 9 de agosto de 1997. Durante su permanencia en los citados países estuvo sometido a los controles que las autoridades de dichos países le

imponían, residiendo en los domicilios asignados, estando sometido a vigilancia en sus desplazamientos. Dichas medidas no tuvieron siempre la misma intensidad, pero, en todo caso, no impidieron ni la comunicación con la dirección de ETA ni poderle hacer llegar a la banda los documentos que contenían las líneas ideológicas, ni que aquella pudiera recibir comunicaciones. Pues bien, el recurrente pretendía que se compensara el periodo de confinamiento sufrido desde el 9 de agosto de 1984 hasta el 9 de agosto de 1997 con la pena de prisión de diez años que se le había puesto. El Alto Tribunal entendió que el motivo no se podía estimar pues es clara la inaplicabilidad de los arts. 58 y 59 CP. Así, no se cuestionaba que dicha deportación hubiera supuesto una restricción de la capacidad ambulatoria, pero la misma no es equivalente a una privación de libertad; entendiendo que ni hubo privación preventiva de libertad, tal como dice el art. 58 CP, ni se está en presencia de medidas cautelares. Unas y otras tienen que haberse adoptado por un Juez competente en el proceso correspondiente. No en el marco en el que fue llevada la deportación, sin intervención judicial alguna.

Acabando el año 2013, el 19 de diciembre, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dicta Acuerdo del Pleno No jurisdiccional, cuyo primer asunto es la Interpretación de los arts. 58 y 59 del Código Penal en relación a la abonabilidad del cumplimiento de la obligación de comparecer periódicamente anudada a la libertad provisional, estableciendo:

“La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”

A pesar de utilizar la expresión “puede ser compensada” el propio Tribunal Supremo en su STS 52/2015 de 26 de enero señaló, que el art. 59 CP establece que “...el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada...” así el Acuerdo no pretende rebajar el carácter de imperativo a facultativo, sino que al hablar de “puede ser” se refiere a que la compensación no ha de hacerse manera rígida sino teniendo en cuenta el distinto grado de aflictividad que haya tenido la medida cautelar impuesta en el ahora penado. En la misma línea la STS 332/2015 de 3 de junio.

Tal relevancia tuvo este Acuerdo que en la primera sentencia en la que se aplicó, la STS 1045/13, la deliberación y votación se celebró el 12 de septiembre del 2013, pero la Sala acordó prorrogar el término para dictar sentencia hasta que se celebrara este Pleno. Así las cosas, la STS 1045/2013 se dictó el 7 de enero de 2014.

6. La STS 1045/2013 de 7 de enero de 2014. El comienzo de una nueva era

Sin ánimo de ser exhaustiva, pero con la importancia que merece, comentaré cada uno de los puntos que estimo relevantes de esta sentencia.

Hemos de situarnos en el 30 de enero de 2013 cuando la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Tenerife dictó auto en la ejecutoria penal 122/08 desestimando el recurso de súplica del Ministerio Fiscal contra el auto de 21 de enero de ese mismo año que estimaba la solicitud del penado de compensar las dos personaciones mensuales que había llevado a cabo durante la instrucción de la causa como respuesta a la obligación de comparecer apud acta los días 1 y 15, sumando un total de dieciocho meses, que a razón de un día de abono por cada 10 comparecencias, serían treinta y seis comparecencias, cantidad que ajustándola al alza y a favor del reo, totalizarían cuatro días de abono de la pena de prisión impuesta. La Sección entendió que la compensación era adecuada y proporcional a la aflicción padecida por el condenado.

El Ministerio Público fundamenta su recurso de súplica, por un lado, en que no constaban todas las comparecencias firmadas por el penado ante el Juzgado de Instrucción, cuando en la compensación sí que se habían tenido en cuenta la totalidad de las mismas. Así, entendía que todas las comparecencias deben estar acreditadas documentalmente, pues no es lo mismo que se haya impuesto una medida cautelar de obligación de comparecer que efectivamente el penado haya comparecido todas las veces que debía. Por el otro, señalaba que el condenado sólo alegaba un perjuicio genérico, es decir, no especificaba si hubo padecimientos o inconvenientes de cierta entidad que justificasen la rebaja de la pena. Por último, advertía que si se aceptaran estos argumentos deberían revisarse “de oficio” todas las liquidaciones de condena de los presos a disposición del Tribunal, además esta solicitud se podría extender a todas las veces en las que el penado había sido llamado a comparecer ante órganos judiciales, llegando al absurdo de descontar de la pena impuesta el tiempo del que había sido privado para tramitar la propia causa.

El Ministerio Fiscal, lejos de tener por adecuada y proporcional la compensación, interpuso recurso de casación entendiendo, por una parte, que el cumplimiento de las obligaciones de comparecencia apud acta ligadas a libertad provisional, no son ni prisión preventiva, como exige el 58.1 CP ni son medida cautelar que prive de derechos, como exige el 58.4 CP. Así, la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2004, extiende el abono a las situaciones de prisión preventiva, detención, internamiento cautelar por causa penal, arresto del quebrado acordado en procedimientos concursales y prisión provisional atenuada del art. 508 LECrim, pero no la extiende a estas obligaciones de comparecer. Por otra, reiteraba el argumento esgrimido en el recurso de súplica señalando que si se admitiera el criterio de la Audiencia se podría acabar

apreciando esa misma compensación en comparecencias del cualquier tipo, como asistencias a juicio, cada vez más extensos en su desarrollo, citaciones para la práctica de pruebas sumariales, declaraciones repetidas en calidad de imputado o citaciones para ser objeto de pruebas de investigación, reconocimiento o pericia. Por último, estimaba que cuando la comparecencia se efectuara ante el Juzgado de la ciudad de residencia no se vulneraba el derecho a libre elección de residencia.

La Sala no pudo estar en mayor desacuerdo, pues no podía aceptar que una libertad calificada como provisional no implique una restricción del valor constitucional proclamado en el art. 1 CE, así la comparecencia apud acta no puede imponerse a un imputado cuya libertad no sea objeto de medida cautelar alguna. El mismo art. 530 LECrim comienza diciendo que el investigado o encausado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días... De tal manera que desde la resolución judicial que impone las comparecencias periódicas, ya sean mensuales, quincenales, semanales o diarias, la libertad provisional queda condicionada al cumplimiento de ese deber y a la atención de todo llamamiento judicial. Así, la libertad provisional, por sí, es una medida de naturaleza restrictiva, con independencia de que sus efectos sean más o menos intensos atendiendo a las circunstancias personales del afectado. Del mismo modo, el grado de afectación que tal medida haya podido implicar respecto de otros derechos -por ejemplo, a la libertad de residencia- es cuestión que no altera la naturaleza ni el significado jurídico de la medida impuesta.

Por todo lo anterior y por la redacción de los arts. 58 y 59 CP que imponen de forma imperativa el abono/compensación; la Sala estimó que debía de procederse a la compensación operando según los criterios de la motivada razonabilidad y de los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

Respecto al caso concreto, entendió que el cómputo era equilibrado, razonable y por tanto, susceptible de aplicación en supuesto de igual o similar naturaleza; teniendo en cuenta el Acuerdo de 19 de diciembre de 2013.

Para concluir, la Sala estimó que el criterio de la compensación, además de su indudable apoyo en el significado constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico establecido en su artículo primero, tendrá consecuencias benéficas para el sistema de cumplimiento de las penas y para la propia efectividad de las medidas cautelares. Por un lado, contribuirá a eliminar la rutinaria aplicación de una medida restrictiva de la libertad cuya ejecución, vigilancia y seguimiento jurisdiccional no siempre están siendo ejemplares. Por otro, facilitará el efecto pedagógico asociado a la idea de que el cumplimiento por el imputado de esas comparecencias siempre conllevará la expectativa favorable de su futura compensación.

No se trató de una sentencia pacífica, pues hubo un voto particular por parte de Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca al que se adhirió Don Cándido Conde Pumpido Tourón, haciendo sentir su discrepancia en la misma línea que siguieron respecto del Acuerdo de 19 de diciembre de 2013.

Entendían que el legislador ha previsto que aquello que tiene el contenido propio de una pena y que el imputado sufre en fase de instrucción como medida cautelar, pueda ser abonado o compensado con la pena que finalmente se impone. Así, de la interpretación conjunta de los arts. 58 y 59 CP se desprende que las medidas cautelares sufridas en fase de instrucción solo pueden abonarse (si fuera de la misma naturaleza) o compensarse (si fuera de distinta naturaleza) cuando se trate de la prisión preventiva, art. 58.1 CP o de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente a las que se refiere el art. 58.4 CP, es decir, no respecto de cualquier medida cautelar.

No existe en la CE un precepto que imponga tal compensación con carácter general, sin embargo del art. 118 CE relativo a la obligación de colaborar con los jueces y tribunales en el curso del proceso, resultan de la LECrim algunas obligaciones para imputados, testigos y peritos en cuya configuración no se contempla ninguna clase de compensación; por ejemplo la de comparecen o estar a disposición del Tribunal durante la celebración del juicio oral, que en ocasiones se extiende notablemente en el tiempo, lo cual, afecta sobre todo al imputado. El que estas restricciones puedan calificarse como "cargas procesales" no justifica, que se prescindiera de su significado material respecto de los derechos a los que afectan. La diferenciación entre medidas cautelares y cargas procesales es sin duda posible y justificada. Y, es claro que, respecto de las "cargas", no está prevista en la ley ninguna compensación por la restricción de los derechos a los que afectan.

Respecto de la obligación apud acta recogida en el art. 530 LECrim está claro, por una parte, que es inherente a la situación de libertad provisional del imputado, (constituirá) como una manifestación de la situación procesal que le impone mantenerse a disposición del juez o tribunal, aunque naturalmente su intensidad variará según las circunstancias; y, por otra, que no sólo se extiende a los días que fueran concretamente señalados, sino, además a los días en que fuera llamado, y que obviamente no están precisados en la resolución judicial que acuerda la libertad condicional. Si finalmente se concretaran, cabría preguntarse si también serían acreedores de compensación.

Así, ni la comparecencia apud acta se compensaba con la pena, ni ha habido un cambio legislativo que aconseje cambiar de criterio. De hecho, si se admitiera el cambio que propone la Sala, entre otras consecuencias, destaca la incertidumbre interminable sobre el criterio de compensación, difícilmente reducible a reglas generales, máxime cuando la tesis aprobada tras el Pleno

podría extenderse a cualquier medida adoptada como cautelar durante el proceso.

Evidentemente, esta sentencia provocó un tsunami en el mundo jurídico. A nadie dejó indiferente. Sectores doctrinales estimaron que era evidente que la obligación apud acta implica la restricción de un derecho que debía traducirse en una compensación por días de prisión¹⁷, otros que tan sólo se veía limitada la libertad deambulatoria¹⁸, otros que no cualquier restricción podía ser abonada¹⁹, incluso los hubo que compartían la postura del fiscal y del voto particular basándose en la evolución histórica y jurisprudencial vividas hasta la fecha.²⁰

7. La compensación después de la STS 1045/2013

¹⁷ RÍOS MARTÍN, J.C. SP/DOCT/3880. No cabe duda de que la obligación de acudir a un juzgado diariamente, o semanalmente o cada dos semanas, implica la restricción de un derecho que debe traducirse en una compensación por días de prisión. Cuestión distinta es la ponderación que se realice, la cual ha de estar alejada de puros criterios matemáticos. El órgano que dictó la sentencia es el que está en mejores condiciones de emitir la resolución, por lo que será a ese juzgado o tribunal al que los penados deberán solicitar la compensación. En todo caso, de acuerdo con el art. 120 CE, la decisión deberá ser motivada.

¹⁸ DE LA FUENTE HONRUBIA, F. Compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza (art. 59 Código Penal) No se discute que la obligación de comparecencia sea una consecuencia de la medida cautelar de libertad provisional, lo que se discute por tanto es que prive de un derecho y no sólo lo limite. El derecho afectado por esta medida cautelar es la libertad ambulatoria, pues obliga al sujeto a acudir al órgano judicial periódicamente para garantizar que el mismo, en su condición de imputado, está a disposición del Tribunal. Tal obligación, empero, no puede ser considerada una privación de dicho derecho por cuanto el imputado conserva plenamente su libertad de deambulación, que no se ve privada, sino limitada por cuanto se le obliga a comparecer aunque no quiera.

¹⁹ UCELAY, P. Comparecencias en el Juzgado por días de prisión, abonos 04/05/2014 (juristadepresiones.com) En ambos preceptos, 58 y 59, el legislador ha previsto que aquello que tiene un contenido propio de una pena y que el imputado sufre en fase de instrucción como medida cautelar, pueda ser abonado o compensado en la que finalmente se impone. Pero no necesariamente que cualquier restricción de derechos derivada de la necesidad de asegurar el proceso repercuta en la pena impuesta.

²⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas. Diario La Ley, Nº 8293, Sección Doctrina, 15 de Abril de 2014, Año XXXV, Ref. D-121, Editorial LA LEY. Creo, por mi parte, que las posturas del fiscal y del voto particular pueden reforzarse con algunas consideraciones de carácter histórico. Hasta la reforma del art. 33 CP 1973 por la Ley de 24 de abril de 1958, sobre abonos de retiradas cautelares del permiso de conducir de vehículos de motor, la prisión provisional fue la única medida cautelar abonable, y ello sólo en las penas privativas de libertad. Hubo que llegar al art. 58.2 CP 1995 para admitir el abono generalizado de «las privaciones de derechos acordadas cautelarmente». No hay noticias de que durante la preparación y tramitación del precepto se pensara siquiera en tales comparecencias. El silencio jurisprudencial de estos últimos treinta años resulta también bastante significativo. De consolidarse esta jurisprudencia, el trabajo de nuestros juzgados y tribunales aumentaría desproporcionadamente para, en definitiva, establecer equivalencias sobre bases fácticas poco fiables.

Se tratará en este epígrafe, siguiendo un criterio cronológico, de comentar los aspectos más significativos de las resoluciones dictadas desde ese 7 de enero de 2013 en materia de compensaciones por el Alto Tribunal con el fin de ver la evolución que se ha ido produciendo en tan controvertida materia.

La sentencia inmediatamente posterior relativa a las compensaciones fue la **STS 758/2014 de 12 de noviembre**. El recurrente era italiano y pretendía que las medidas cautelares sufridas: prohibición de salida del territorio español y cumplimiento de la obligación de comparecer "apud acta" ante el Juzgado durante la tramitación de la causa fueran compensadas con la pena de prisión impuesta.

El Ministerio Fiscal entendió acertada la decisión de la Audiencia Nacional; de fecha 24 de febrero de 2014, basada en que las medidas no implicaban privación de libertad ni menoscabo de la misma y en que la libertad provisional como medida cautelar no es equiparable a una situación de detención o prisión. Señalaba el Ministerio Público que entre la obligación de comparecer y la prohibición de salir del territorio español y las penas previstas en el Código Penal, no existe la correspondencia necesaria para el abono o compensación de los arts. 58 y 59 del CP.

La Sala estimó el recurso de casación basándose en los argumentos que dieron lugar al Acuerdo de 19 de diciembre de 2013 y a la STS 1045/2013, mandando proceder a una nueva liquidación de condena por el órgano de instancia. Basándose en los criterios de proporcionalidad y equidad que estime oportunos, tendrá que incluir en la compensación las comparecencias ante el Juzgado durante la tramitación de la causa y la prohibición de viajar fuera del territorio español, que, no obstante, el arraigo del penado en España, había de resultarle gravosa dada su nacionalidad italiana.

Llama la atención que, en esta sentencia dictada en el mismo año 2014, el Tribunal Supremo da un paso más teniendo en cuenta a la hora de compensar, no sólo las obligaciones apud acta, sino la prohibición de salida del territorio nacional, teniendo especialmente en cuenta el grado de aflicción, que se presupone elevado, al ser italiano el recurrente.

En la **STS 888/2014 de 23 de noviembre**, en la que nuevamente se estimó el recurso, con los mismos argumentos que en la anterior y se mandaba al Tribunal de instancia proceder a una nueva liquidación de condena en los mismos términos que en la STS 758/2014, incluyendo en este caso tan sólo en la compensación la obligación de comparecer periódicamente ante el juzgado durante la tramitación de la causa, al ser la única medida cautelar impuesta.

De esta sentencia destaca el "tirón de orejas" del Alto Tribunal a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, pues en la propia resolución impugnada manifestaba expresamente conocer el Acuerdo No Jurisdiccional en el que se declara abonable el gravamen soportado por razón

de la medida cautelar de la libertad provisional; si bien señalaba que solamente estaba dispuesta a aceptar una vinculación para el caso de que se llegase a una "consolidada doctrina" jurisprudencial, cuando se reiterase el criterio expuesto en la STS 1045/2013. Así que, entre tanto, decidía resolver conforme al voto particular de la misma. Ante ello, la Sala Segunda, entendió necesario hacer una aclaración previa a resolver el fondo del recurso de casación: "la denominada doctrina legal, si por ello se entiende la jurisprudencia homogénea no contradicha, constituyó fundamento posible del acceso a la casación en otros órdenes jurisdiccionales, como el civil. Pero tal doctrina no vincula, ni vinculó, en la jurisdicción penal. De ahí que el Tribunal de instancia podrá, pese a lo que diremos, continuar decidiendo conforme a lo que estime oportuno. Como antes y como después de reiterarse la jurisprudencia a que se refiere. Eso sí con el coste de imponer al justiciable el oneroso recorrido de la vía de recurso cuyo resultado, mientras no se revoque aquella decisión del Pleno de la Sala Segunda, es inequívocamente predecible". Finalmente le recordó que la sentencia ya había sido reiterada por la STS 758/2014 de 12 de noviembre.

En cuanto a la **STS 52/2015 de 26 de enero**, el recurrente solicitaba que se compensaran con la prisión impuesta las medidas cautelares sufridas: obligación de comparecencia "apud acta" y prohibición de aproximación a la Comisaría de Marbella, localidad en la que se encontraba el domicilio del penado. El Alto Tribunal, estimó parcialmente el recurso. Así, no entendió que hubiese obstáculo en compensar las comparecencias apud acta atendiendo al art. 59 CP, al Acuerdo de 19 de diciembre de 2013 y a las dos sentencias ya dictadas en ese sentido. Sin embargo, rechazó compensar la prohibición de aproximación, y ello porque este tipo de compensaciones ni estaban contempladas en el Acuerdo señalado ni el penado concretó los perjuicios que esa prohibición le había ocasionado, por tanto, era imposible graduar adecuadamente la compensación a llevar a cabo según el art. 59 CP.

Dando un paso más; D. José Manuel Maza Martín emitió un voto particular, en el que entendía que el recurso debía de haber prosperado íntegramente, dado que la prohibición de aproximación es una medida cautelar tal como exige el art. 59 CP. Sin embargo, no exige que existan efectos aflictivos, los cuales sólo se tendrán en cuenta para realizar una compensación adecuada.

La **STS 151/2015 de 17 de marzo**, desestimó el recurso de casación planteado por el recurrente al que se le había aplicado la compensación establecida por el Acuerdo No jurisdiccional y por la STS 1045/2013. El penado D. Aurelio alegaba que esa decisión era arbitraria ya que el supuesto de esa sentencia; obligación de comparecer apud acta los días 1 y 15 de cada mes; no guardaba similitud con el suyo; comparecencias diarias, posteriormente dos veces por semana y finalmente semanales, lo que a su juicio implicaba una mayor intensidad y aflictividad que debía ser compensada de forma mayor. Al

Alto Tribunal le pareció razonable el criterio seguido, ya que un mayor número de días de comparecencias se traducían en mayor número de días de libertad; además tampoco se alegaba ni que la vida ordinaria del acusado, ni sus relaciones laborales o personales se hubieran visto especialmente afectadas.

En una línea similar encontramos el **ATS 1196/2015 de 23 de julio**.

En la **STS 154/2015 de 17 de marzo**, la condenada se mostraba disconforme con la compensación realizada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla de un día de prisión por cada treinta o fracción de ellos que tuvo retirado el pasaporte; pretendiendo que se compensara un día de prisión por cada día que tuvo retirado el mismo; basándose en que no había podido visitar a su hijo que residía en Polonia y en que los negocios que tenía en el extranjero habían tenido que ser atendidos por una tercera persona.

El Alto Tribunal, se mostró sorprendido por la falta de sentido común de la petición, preguntándose si alguna persona a la que se le ofreciese elegir entre permanecer un día en prisión o un día sin pasaporte optaría por lo primero. Y concretando que aun viéndose afectada la libertad de movimiento por esta medida cautelar, se podría recabar autorización judicial puntual para viajar. Desestimó finalmente el recurso, entendiendo además que si de algo podía calificarse la compensación realizada por la Sala de instancia era de generosa, pues a pesar de los perjuicios sufridos, durante meses los mismos habían sido inexistentes.

Por su parte la **STS 224/2015 de 14 de abril de 2015**, estimó el recurso presentado por D. José Ramón en el que solicitaba que se compensaran las comparecencias apud acta con la pena de prisión; pues la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga a pesar del informe favorable a la compensación por parte del Ministerio Público, se acogió al voto particular emitido en la ST 1045/2013, entendiendo que la aflicción sufrida por el penado con ocasión de la medida cautelar no alcanzó un "especial grado" al haberse cumplido la obligación de comparecencia en el juzgado de la localidad del domicilio del penado. En la misma línea que en la STS 888/14, el Alto Tribunal volvió a dar un "tirón de orejas", pues el resultado del recurso iba a ser predecible y aun así se obligó al justiciable a recorrer el oneroso recorrido de la vía del recurso.

De la **STS 332/2015 de 3 de junio**, no destaca la estimación del recurso presentado por el penado porque la Sala de instancia con el favor del Ministerio Público, rechazaban la compensación al no haberse acreditado la existencia de un especial grado de aflicción a consecuencia del cumplimiento de la medida impuesta. Destaca porque contempla la posibilidad de compensar obligaciones apud acta sin que se haya fijado la periodicidad. Así, la Sala Segunda señaló que no existe ningún impedimento para que, en el marco del art. 530 LECrim, no se fije la obligación de una comparecencia periódica, limitándose a exigir la

obligación de comparecer del imputado cuando fuere llamado. Entiende que la libertad provisional con obligación de comparecer es una medida cautelar, y como tal está orientada al cumplimiento de los fines que le son propios. Por tanto, si las comparecencias en días determinados no se consideran necesarias o útiles para el cumplimiento de los fines para los que se ha acordado, carece de sentido su automática imposición. En todo caso, es necesario un ejercicio de ponderación tanto para valorar la necesidad de la medida como su extensión. Una vez impuesta la obligación y constatado su cumplimiento, se consolida ya una limitación provisional de libertad de la que deriva un gravamen susceptible de ser compensado con independencia de que las circunstancias personales del imputado incrementen o debiliten el grado de aflicción derivado de su cumplimiento.

En la **STS 629/2015 de 18 de octubre**, Doña Trinidad recurría en casación, informando favorablemente el Ministerio Fiscal la denegación de la compensación de las comparecencias *apud acta* efectuadas, un total de 125. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga se acogía para rechazar esta compensación a los criterios esgrimidos por el voto particular de las STS 1045/2013. De esta sentencia 629/2015 merece que se pongan de relieve, los argumentos que respecto a la interpretación del art. 59 CP estableció la Sala. Así, señaló que la interpretación que hace la Audiencia Provincial de este precepto aboca a vaciar sustancialmente de contenido las medidas cautelares consideradas heterogéneas con respecto a las penas que efectivamente se imponen en sentencia. Siendo el fin del art. 59 CP compensar las medidas cautelares con las penas impuestas cuando ambas no sean sustancialmente idénticas, sino de "distinta naturaleza", no debe el intérprete restringir el concepto de heterogeneidad a los supuestos de la privación de libertad. Esta interpretación no se ajustaría a las tres expresiones que resultan claves en la dición de la norma: "medidas cautelares"; "distinta naturaleza"; y "compensación". Y es que ser de "distinta naturaleza" difícilmente concuerda semánticamente con "ser coincidente", que es la exigencia que se impone en los argumentos recogidos en el auto impugnado. Sí concuerda, en cambio, "distinta naturaleza" con el concepto de heterogeneidad de las medidas cautelares con respecto a las penas que regula en el art. 59 CP. Obviamente, se estimó el recurso de casación.

En la **STS 619/2015 de 19 de octubre** pretendía el recurrente Nazario con informe a su favor del Ministerio Público que se compensaran con la pena de prisión impuesta las 125 comparecencias judiciales a las que añadía las 28 vistas de juicio oral y 42 comparecencias en otra causa en la que resultó absuelto. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga para denegar esta compensación se acogió una vez más al criterio del voto particular de la STS 1045/2013, señalando además que las comparecencias no supusieron un especial

sacrificio para el penado, al haberse llevado a cabo en el Juzgado de la localidad donde estaba sito su domicilio.

El Alto Tribunal recordaba una vez más los argumentos esgrimidos en la STS 1045/2013 y estimaba el recurso, mandando que por el Tribunal de instancia se procediese a la liquidación de condena incluyendo la compensación de la obligación de comparecer periódicamente ante el Juzgado durante la tramitación de la causa conforme a los criterios de proporcionalidad y equidad que estimase oportunos. Decidiendo así mismo sobre la toma en consideración de igual obligación en la causa de la que resultó absuelto.

Vemos que se abre la puerta a compensar las medidas cautelares sufridas en una causa con la pena impuesta en otra. Mutatis mutandi como se establece en el art. 58.2 CP. Si bien, respecto de las 28 vistas del juicio oral nada dice.

El **ATS 991/2017 de 8 de junio** inadmitió el recurso de casación planteado por D. Anselmo contra el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra que desestimaba la compensación entre la pena de prisión y el periodo de vigencia de la medida de prohibición de aproximación a la víctima. La Sala además de hacer valer los mismos argumentos que en la STS 52/2015 de 26 de enero, señaló, por un lado, que, en el caso de las medidas cautelares de alejamiento, a diferencia de la comparecencia apud acta, la afflictividad de la medida no consiste en una obligación de hacer sino en una obligación de no hacer, limitando la comunicación entre acusado y víctima. Y por otro, mientras que la comparecencia apud acta guarda relación con una situación de libertad provisional, limitando tal derecho; las medidas de alejamiento tienen una finalidad tuitiva hacia la víctima; de manera que no se dirigen propiamente a una restricción de la libertad deambulatoria, sino a una limitación del ámbito relacional entre el investigado y la persona a cuyo favor se acuerda.

El **ATS 1159/2018 de 13 de septiembre**, también inadmitió el recurso de casación planteado. La parte recurrente pretendía que se compensasen las comparecencias quincenales comprendidas entre el 23 de abril de 2008 y el 19 de marzo de 2012, resultando un total de casi 100 comparecencias; alegando que no hubo incumplimiento injustificado en ningún caso. Sin embargo, sólo se le habían compensado 10 comparecencias, que son las que constaban selladas por el Juzgado con la fecha y firmadas por la recurrente en la pieza separada. En la misma había además una casilla más firmada pero sin el sello del juzgado y en la misma hoja se hacía constar de forma manuscrita y en la parte superior: "ojo: no firma (todos los lunes)".

El Alto Tribunal nos guía para estas situaciones estableciendo que, si el recurrente no estaba de acuerdo con la realidad recogida en la pieza separada, debía comunicarlo al órgano judicial para que, a través de un certificado

expedido por el Letrado de la Administración de Justicia, se completaran las comparecencias en el sentido pretendido.

El **Auto 1481/2018 de 5 de diciembre**, de nuevo inadmitió el recurso de casación, en el que el recurrente, de una parte, pretendía que se compensaran 175 comparecencias, en lugar de las 43 que se habían tenido en cuenta a la hora de liquidar la pena. La Sala Segunda, una vez más, señaló que, si se no está de acuerdo, se tendría que haber pedido que se expidiera un certificado por Letrado de la Administración de Justicia Y de otra, pretendía que se compensara un día de privación de libertad por cada treinta días de retirada de pasaporte y prohibición de salir del territorio nacional. A pesar de lo señalado en la STS 1045/2013 de 7 de enero de 2014, en la STS 154/15 de 17 de marzo y de que no hay obstáculo en proyectar la doctrina del Pleno no Jurisdiccional a la retirada del pasaporte prevista en el art. 530 CP, el penado ni tenía pasaporte ni constaba que hubiera solicitado autorización para su expedición ni siquiera que hubiera acreditado una situación de necesidad de salida del territorio nacional, por tanto la Sala de instancia entendió que difícilmente podía suponer una especial aflicción o penosidad que justificara la compensación instada.

La **STS 172/2019 de 1 de abril**, desestimó el recurso de casación en el que el penado pretendía que en la liquidación de condena llevada a cabo por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, se compensaran 108 días, (del 23 de agosto de 2017 al 8 de diciembre del mismo año) tiempo durante el cual D. Francisco estuvo cumpliendo en Bélgica el instituto de la libertad condicional, y no sólo los ocho días correspondientes al tiempo que duraron sus dos detenciones (22 de agosto de 2017 y del 8 de diciembre al 14 de diciembre 2017).

La Audiencia sostenía que las medidas cautelares restrictivas del derecho a la libertad que según el recurrente se aplicaron por la justicia belga no constan documentadas. Y el Alto Tribunal en la misma línea argumentó que, no constaban las resoluciones judiciales que habrían acordado o decidido estas supuestas medidas cautelares personales, ni que éste las cumplimentara y que por tanto su derecho fundamental a la libertad hubiera sido restringido o menoscabado en un grado suficiente para considerar que se tuvieran que compensar esos 108 días en la liquidación de condena. Todo ello, sin perjuicio de que si llegaran a probarse en el futuro, se compensasen con arreglo a la ley y a la jurisprudencia de la Sala.

En la **STS 341/2019 de 3 de julio** se aborda el tiempo que media entre el dictado de la sentencia y el efectivo ingreso en prisión del penado. El recurrente denunciaba que el Tribunal de instancia no había computado las comparecencias apud acta que se habían llevado a cabo durante ese periodo.

Tras repasar lo dispuesto en el Pleno No jurisdiccional y en las sentencias posteriores, que estamos aquí examinando, la Sala concluyó que habría que

estimar el recurso dado que no existe base para distinguir entre las comparecencias llevadas a cabo antes y las llevadas a cabo después de dictarse sentencia, hasta el efectivo ingreso en prisión para el cumplir la pena impuesta. La ley ni establece distinciones entre ellas ni establece que la comparecencia apud acta deba quedar sin efecto una vez celebrado el juicio oral. Es más, tras la celebración del juicio oral y el dictado de la sentencia, es precisamente cuando puede preverse un mayor riesgo de fuga del acusado ante la inminente ejecución de la condena. El proceso no finaliza hasta el cumplimiento efectivo de lo decidido en la sentencia firme, por lo que las medidas cautelares deberán prevalecer hasta que el Juez o Tribunal acuerde expresamente su cese o, lógicamente, hasta que ya no cumplan finalidad alguna por ingresar en prisión el penado para la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

En la **STS 377/2019 de 23 de julio**, se da un paso más al estimar la compensación no sólo de las comparecencias apud acta sino además la retirada de pasaporte, siendo ambas coincidentes en el tiempo.

La Sección Tercera de la Audiencia Nacional, Sala Penal, Servicio Común de Ejecutorias, sólo accedió a compensar la obligación apud acta a razón de un día de prisión por cada diez comparecencias, denegando la compensación de la retirada de los pasaportes, español y francés, a razón de un día de prisión por cada treinta días de retirada del mismo. Hay que tener en cuenta que el penado tuvo que modificar su rutina, pues tuvo dejar de viajar como hacía habitualmente a Francia, Andorra y Panamá.

La Sección Tercera, a pesar de recoger en su auto la Jurisprudencia de la Sala, especialmente en cuanto a la proyección de la compensación de la retirada del pasaporte del Auto 1481/2015 de 5 de diciembre, admitiendo la posibilidad de compensación de la medida cautelar de privación del pasaporte, la denegaba en este caso entendiendo por un lado, que supondría un doble cómputo al coincidir temporalmente la retirada del pasaporte y la obligación de comparecencia y por otro, porque la defensa no alegaba en qué medida la restricción de libertad había incidido en el penado quien ni siquiera había solicitado autorización al Tribunal para salir de España.

La Sala Segunda recordó que cuando el art. 59 CP señala "las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza", ha de entenderse que está contemplando el cómputo de las medidas cautelares en la ejecución de sentencia, ya se trate de medidas cautelares relativas a la libertad o a medidas relacionadas con penas privativas de otros derechos. Ambas al operar cautelarmente deben ser consideradas medidas cautelares, dado que se acuerdan en una fase del procedimiento previa a la sentencia, tienen carácter provisional y se rigen en su imposición con arreglo a los criterios del "*fumus boni iuris*" y del "*periculum in mora*". Así, al acordar el órgano ad quo la libertad provisional con retirada de pasaporte, está acordando una medida cautelar

restrictiva del derecho a la libertad, en concreto al derecho de circular libremente; que por sí sola ya implica un componente incuestionable de aflicción o gravosidad para el imputado, sin necesidad de tener que acreditar el penado que ha solicitado al Tribunal autorización para salir de España.

En cuanto al doble cómputo por compensar ambas medidas coincidentes en el tiempo, el Alto Tribunal señalaba respecto a la retirada del pasaporte que estamos ante una medida cautelar heterogénea no solo con respecto a la prisión provisional, sino también en relación con la comparecencia *apud acta*, por lo que cabría la compensación aunque haya coincidencia en el tiempo, a diferencia de lo que ocurre con las medidas homogéneas abonables, que si son coincidentes en un periodo temporal no lo serían.

De la **STS 443/2019 de 2 de octubre** no resulta relevante que se compense la retirada de pasaporte siguiendo la línea de la STS 154/15 o del ATS 1481/2018, a razón de un día de prisión por cada treinta días de privación del pasaporte, sino el periodo tenido en cuenta para establecer el cómputo. La Sección Tercera de la Audiencia Nacional al efectuar la liquidación de condena, rechazó compensar el tiempo en que la ejecución de la pena impuesta estuvo suspendida a causa de la petición de indulto; a pesar de que aun siendo firme la sentencia la medida cautelar seguía en vigor.

La Sala Segunda estimó el recurso entendiendo que no se puede penalizar al recurrente por haber llevado a cabo una petición de indulto, ya que el art. 62 CE reconoce este derecho de gracia, además, hay que tener en cuenta que la citada medida cautelar, que como hemos indicado seguía vigente, al no haberse dejado sin efecto, ya tiene por sí sola un componente incuestionable de aflicción o gravosidad para el imputado. Por otro lado, el indulto es el resultado del legítimo ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, y no se puede obviar que, en este caso, el retraso en decidir sobre la procedencia del mismo no es atribuible al peticionario, sino a la Administración.

De la **STS 584/2019 de 27 de noviembre** podemos destacar que asienta el criterio de la compensación de dos medidas de cautelares sufridas en el mismo periodo de tiempo.

La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, compensó las comparecencias *apud acta* pero desestimó la petición del penado que pretendía que se le compensaran además los 94 meses de retirada del pasaporte a razón cinco días por cada mes, señalando que la retirada del pasaporte se acordó para garantizar el cumplimiento de la obligación *apud acta*, y no como medida cautelar independiente. Además, el recurrente, español, con residencia en España y sin relación alguna en principio con el extranjero, no especificaba ni perjuicio ni aflicción sufridos.

El Alto Tribunal señaló que la retirada de pasaporte también debe compensarse recordando los argumentos esgrimidos en las STS nº154/2015, de

17 de marzo, STS 443/2019 de 2 de octubre, así como en el ATS 1481/2018 de 5 de diciembre, en tanto en cuanto supone una restricción de la libertad ambulatoria del sujeto; aún en el caso de que tuviera carácter complementario de otra (garantizar las comparecencias apud acta) Además sus efectos no son necesariamente coincidentes. Así, pues, en principio ha de afirmarse la posibilidad de compensación, con independencia de que se haya acreditado una concreta aflicción. Cosa distinta sería que pudiera sostenerse que la obligación apud acta implica ya la imposibilidad de salir del territorio nacional, cuando para ello fuera necesario el pasaporte, en cuyo caso, la retirada del mismo operaría solamente como garantía del cumplimiento, sin añadir más restricción. Pero en cuanto que la retirada del pasaporte suponga un incremento de las restricciones a la libertad de movimiento, deberá procederse a su compensación. La existencia o inexistencia de alguna aflicción concreta que haya sido demostrada puede y debe ser valorada al concretar la compensación, pero no la excluye.

La **STS 438/2020 de 9 de septiembre** reviste el interés de resolver sobre la compensación de las comparecencias a las sesiones del juicio. La recurrente, ahora en casación y anteriormente en súplica, no estaba de acuerdo con lo acordado en el auto de 5 de diciembre de 2019 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que en sí es muy interesante por cómo establece las reglas de cómputo. La parte dispositiva del auto rezaba:

“Que se practique nueva liquidación de condena de la pena de prisión a que fue condenada en esta causa la penada Amalia incluyendo los siguientes abonos, además de los que ya constan en la liquidación practicada:

a.- Un día de prisión por cada ocho comparecencias “apud acta” que haya efectivamente realizado. Si aplicada esta regla de conversión resulta una fracción final de menos de ocho comparecencias, dará lugar al abono de un día de prisión si es superior a cuatro.

b.- Un día de prisión por cada mes en que estuvo sujeta a la obligación de entregar el pasaporte, lo que conllevaba la prohibición de obtener uno nuevo, situación que se mantuvo desde el 7 de septiembre de 2011 hasta el 7 de octubre de 2019”.

Vemos que, en ambos casos, el Tribunal ha hecho uso de la facultad de modular la compensación en virtud del art. 59 CP mejorando bastante el criterio establecido por el Tribunal Supremo en el Acuerdo de 19 de diciembre de 2013. Además, da respuesta a la posible situación de que no se llegue a ocho comparecencias para compensar un día.

El Alto Tribunal estableció que hay que interpretar teleológicamente el art. 59 CP para dilucidar si comprende esas otras obligaciones o cargas procesales del acusado. Siendo la respuesta negativa, pues las medidas cautelares abonables son aquellas que suponen un plus respecto de lo que es

inherente a la condición de investigado/acusado, aquellas que el órgano judicial podría o no adoptar (prisión provisional, obligación de comparecer, retirada del pasaporte, alejamiento...). El estatus de acusado acarrea habitualmente una serie de molestias, inconvenientes, cargas... se trata de inconvenientes ineludibles, no abonables. Sería un exceso inasumible llegar a la compensación de toda molestia que suponga un proceso penal y que son inherentes a su desarrollo.

En la **STS 484/2020 de 1 de octubre**, el Ministerio Fiscal recurría en casación el auto de Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el que por un lado se acordaba, compensar al penado la pena de prisión impuesta a razón de un día de prisión por cada mes de retención de pasaporte y por otro, compensar un día de prisión por cada diez comparecencias apud acta.

Según el Ministerio Público, mientras que obligación de comparecencia implica una obligación de hacer que conlleva una limitación de la libertad personal y que por tanto es obligado compensarla, en la retirada de pasaporte y prohibición de salida del territorio no hay una limitación de la libertad tan intensa. Así, entendía que para que proceda la compensación se tendrá que acreditar que en el caso concreto se ha producido un perjuicio o, al menos, un cierto grado de aflicción. Y en este caso ni consta que el interesado solicitara salir de España ni que existiera una situación de necesidad de salida del territorio que se viera frustrada por la medida adoptada. Por todo ello, sostenía que no debería admitirse la compensación, pero que si lo hiciera no debería superar el máximo de abono contemplado para las comparecencias apud acta, que sería un día de abono por cada año de retención de pasaporte.

La Sala, señaló que a pesar de que ambas medidas cautelares fueron coincidentes en el tiempo, conllevan restricciones a la libertad deambulatoria diferentes y que, por tanto, ambas deben de ser compensadas. En cuanto a la necesidad de acreditar un grado de aflicción concreto; recordando su propia jurisprudencia, no lo estimó necesario, si bien en caso de acreditarse una aflicción específica, la misma se tendrá en cuenta a la hora de establecer el módulo de compensación.

Por último y a pesar de concretar que el criterio de cómputo, es una cuestión que debe apreciar el tribunal a quien corresponda la competencia de ejecución y sólo puede ser corregido por el Alto Tribunal en caso de manifiesta desproporción, deslizó que le parece razonable que los tribunales tiendan a establecer criterios estandarizados cuando no se acrediten unos perjuicios o molestias singulares, para dar un tratamiento igual a situaciones que no guardan entre sí diferencia alguna y recuerda el criterio establecido en la STS 1045/2013. Finalmente, estableció que siguiendo la misma proporción y ponderando la menor restricción que la retirada de pasaporte supone, le parece razonable un módulo de compensación de un día de prisión por cada seis

meses de retención del pasaporte o de prohibición de salida de España, insistiendo en que no se trata de un criterio cerrado ya que, si se acreditaran perjuicios singulares, habrían de ser tomados en consideración para efectuar la compensación que en cada caso se estime procedente.

De la **STS 611/2020 de 16 de noviembre** llama en primer lugar la atención la compensación llevada a cabo en el auto recurrido, de 29 de mayo de 2020 dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de las Palmas, pues por los 4147 días que el recurrente estuvo privado de pasaporte sólo se le compensaba un día de privación de libertad, cuando a otro condenado, en auto de la misma fecha se le compensó un día de prisión por cada año de privación del pasaporte.

El penado acreditaba que hasta la imposición de la medida cautelar viajaba periódicamente, aproximadamente una vez al año; extremo que observando el pasaporte se podía apreciar que era un hábito en su vida. Además, explicaba que se le denegó la autorización solicitada para efectuar el tradicional viaje de novios y que tuvo que renunciar al deseo compartido con su mujer de adoptar un menor en el extranjero. Reclamaba que por cada grupo de treinta días se le tuviera por cumplido un día de privación de libertad.

La Audiencia por su parte, señalaba que sólo se vio privado del viaje de novios y que habiéndosele compensado las comparecencias apud acta se podría incurrir en un incorrecto doble abono.

La Sala Segunda, refrescando su jurisprudencia entendió que son medidas con efectos heterogéneos y perfectamente compatibles en cuanto a su compensación. En cuanto al tiempo, se debe valorar el que efectivamente hayan estado vigentes las medidas, incluido el comprendido desde la firmeza de la sentencia hasta el inicio de la ejecución, incluso si ha mediado una suspensión de la ejecución de la pena, si no se alzó entre tanto la medida.

En segundo lugar, resulta relevante la argumentación del Ministerio Fiscal, compartida por la Sala en cuanto a la competencia para fijar el módulo de equivalencia que no es sino del Tribunal de instancia. Así, al igual que en la fijación del quantum penológico o indemnizatorio, el establecido por el Tribunal de instancia no será revisable en casación si está motivado y obedece a parámetros legales. Por tanto, sólo podrán revisarse ocasionalmente si se apartan de esas pautas legales, aquí los principios que inspiran el art. 59 CP, o jurisprudenciales (lo que permite hablar de infracción de ley), o bien resultan irracionales, por ejemplo, en este caso en el que la compensación tan sólo fue de un día.

Finalmente, la Sala siguiendo los mismos argumentos que los comentados en la STS 484/2020 de 1 de octubre, estableció el módulo de compensación de un día de prisión por cada seis meses de retención del pasaporte.

La **STS 67/2021 de 28 de enero** está íntimamente ligada con la STS 443/2019 en la que la Sala Segunda corrigió el criterio del Tribunal de instancia ampliando el cómputo para la compensación de la privación del pasaporte al periodo de suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta por la solicitud de indulto por parte del penado, dado que durante ese periodo la medida cautelar siguió vigente.

En este segundo caso, el recurrente solicitaba, por un lado, que se ampliara ese cómputo hasta el momento en el que se realizó la liquidación de condena definitiva, el 18 de junio de 2020. Por otro, que se computasen todas las comparecencias correspondientes al periodo en el que estuvo vigente la obligación de efectuarlas, dado que el Tribunal de ejecución solo había tenido en cuenta las que constaban efectivamente realizadas en la causa y no todas las que hipotéticamente hubieron de realizarse.

Respecto a la primera de las pretensiones, la Sala accedió; así señaló, siguiendo los mismos argumentos que en la STS 443/2019, que, en términos generales, mientras la medida cautelar esté vigente, existe la posibilidad de que la restricción de movilidad produzca efectos gravosos, por tanto, ese periodo debe computarse. Aplicando este criterio a este caso concreto sería hasta que se inicie el efectivo cumplimiento de la pena de prisión. Si bien, como toda regla general, tiene su excepción, que el Tribunal de instancia apreciara prácticas abusivas para retrasar injustificadamente ese momento de ingreso en prisión, lo que podría dar pie, con un tratamiento análogo al dispensado para el cómputo de los días de prisión del art. 504.5 LECrim, descontar del cómputo el tiempo derivado de las demoras imputables al penado. En todo caso, los días en los que la medida hubiera visto suspendidos sus efectos, por ejemplo, como en este caso, por haber obtenido el penado autorización para viajar al extranjero deben quedar excluidos del cómputo.

Respecto a la segunda, el Alto Tribunal la desestimó, pues en la línea de lo establecido en la STS 332/2015 apuntó que la aflicción que se repara vía art. 59 CP no es el establecimiento de la obligación, sino su cumplimiento. En este caso se siguió la pauta del ATS 1481/2018 señalando que ha de estarse a aquello que resulte constatado en la causa por cualquiera de los medios válidos en derecho. Así, se recabó toda la documentación obrante en la causa, y se le dio al penado la oportunidad completarla. Oportunidad que el penado rechazó. En definitiva, el Tribunal acudió a todos los medios a su alcance para, con la intervención contradictoria de las partes, concretar el verdadero alcance de la medida que se fijó, a los efectos de poder compensarla equitativamente evitando cualquier arbitrariedad.

En la **STS 253/2021 de 18 de marzo**, el Ministerio Fiscal recurría en casación el auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, no por la compensación de las comparecencias apud acta, a razón de un día de

prisión por cada diez comparecencias, sino por la que se hace de la prohibición de salida del territorio nacional y retirada de pasaporte de un día de prisión por cada mes de retención cuando, según el Ministerio Público, el penado no había visto para nada limitada su libertad, es más, cuando fue requerido para que entregara el pasaporte ni siquiera lo tenía por habersele quedado intervenido en la cárcel.

Como en las Sentencias anteriores, STSS 484/2020 y 611/2020 y siguiendo sus mismos razonamientos, pues comparte con el Ministerio Público que el módulo aplicado por la Sección resulta excesivamente generoso, cuando ni se ha alegado ni concretado ninguna afectación especial, por pequeña que haya sido, el Alto Tribunal estableció el módulo de compensación de un día de prisión por cada seis meses de retención del pasaporte.

La **STS 262/2021 de 23 de marzo**, va íntimamente relacionada con la STS 611/20 de 16 de noviembre, no sólo porque se trata de la misma Sección de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, sino porque era un copenado al recurrente de aquélla; al que se le compensó un día de prisión por cada seis meses de retención del pasaporte.

En el caso que nos ocupa, el recurrente reclamaba que se le compensase un día de prisión por cada mes de privación de pasaporte, lo que según sus cálculos eran 138 días; en lugar de los nueve días compensados; uno por año.

En términos similares a la STS 611/20, el penado también alegaba que hasta la retirada del pasaporte hacía viajes fuera de España, si bien no solicitó ningún permiso durante el tiempo en que estuvo vigente la medida.

La Sala entendió, en cuanto a la fiscalización casacional, que el criterio sostenido por la Audiencia, era correcto y conforme a las pautas legales, no era ni ilógico ni arbitrario ni inmotivado. Ahora bien, hay que tener en cuenta, por un lado, que los criterios seguidos no están en plena sintonía con la última jurisprudencia de la Sala, posterior a la propia decisión de la Audiencia y por otro, la compensación dispensada al copenado. Así, finalmente estableció que procedía compensar la medida a razón de un día de prisión por cada seis meses (o fracción) de retención del pasaporte.

De la **STS 289/2021 de 7 de abril** destaca que la Sala Segunda hace un repaso de sus sentencias hasta la fecha. De una parte; de aquellas que recogen los criterios seguidos en cuanto al módulo de compensar un día de prisión por cada seis meses de retención del pasaporte y de otra, de aquellas que sostienen la compatibilidad de la compensación de las comparecencias apud acta junto con la retirada de pasaporte.

En el caso concreto, la Sala entendió exagerada la compensación pretendida por el recurrente 101 días de prisión por la privación de pasaporte desde el 7 de mayo de 2010 al 8 de octubre de 2018 y le aplicó el criterio que se

ha ido asentando en el caso de que no se acredite una especial aflictividad; un día de prisión por cada seis meses de retención del pasaporte.

En la **STS 432/2021 de 20 de mayo**, además de la particularidad del caso concreto, fijar la compensación de una medida cautelar que fue anulada por el Tribunal Constitucional, es especialmente llamativa la interpretación que hace la Sala del art. 59 CP, así lo declara aplicable a los casos en que:

1. Concorre una efectiva divergencia de naturaleza entre los derechos restringidos por la medida cautelar y los que resultan afectados por la pena.
2. Afectando la medida cautelar y la pena a los mismos derechos, existe un exceso de duración de la primera que posibilita compensar el gravamen en otro derecho que introduce una pena acumulada.
3. Se compensa la medida cautelar de prisión provisional con la pena de multa, o una medida de alejamiento con la pena privativa de libertad que finalmente se imponga, o entre la medida de alejamiento y la pena pecuniaria.
4. En los que la medida cautelar sufrida y la pena impuesta, pese a proyectar su efecto sobre un mismo derecho, lo hacen con una muy distinta intensidad cualitativa o sustantiva. Supuesto de dualidad heterogénea relativa.

En cuanto al caso concreto, el recurrente, D. Roberto, pretendía que se le compensara con la pena de prisión todo el tiempo que estuvo sometido a la prohibición de salida del territorio nacional, que concreta en tres años, dos meses y veintidós días (del 9 de enero de 1999 al 31 de julio de 2001) en lugar de los siete días que había acordado compensar el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Servicio Común de Ejecutorias.

Esta petición deriva del auto del Juzgado de Instrucción Central nº 5 de 9 de enero de 1998 que acordaba la libertad provisional de D. Roberto "con obligación apud-acta de comparecer ante este Juzgado semanalmente y siempre que fuere llamado, designar domicilio conocido, hacer entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización al respecto". Y que posteriormente fue anulado por STC 169/2001, no sólo por la falta de previsión legal habilitante (la redacción vigente en aquel momento del art. 530 LECrim no contemplaba ni la obligación de entrega del pasaporte ni la prohibición de salida del territorio nacional sin autorización; tan sólo contemplaba la obligación apud acta de comparecer en los días que fueran señalados en el auto y cuantas veces fuere llamado) sino por carecer la decisión de una ponderación de proporcionalidad para restringir el derecho fundamental afectado.

La Sala señaló que, sin perjuicio de compensar las comparecencias apud actas, respecto a la retención del pasaporte no se puede aplicar el módulo de

compensación de un día de prisión por cada seis meses de duración de la medida. Haciendo referencia a las STSS 53/2015, 611/2020, 629/15 y al Pleno de 19 de diciembre de 2013 recordó que la compensación debe de hacerse, no de manera rígida, sino teniendo en cuenta el distinto grado de aflicción que hubiera tenido la medida abonable en relación a la pena a compensar y que el criterio de compensación ha de ser expresión de los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

En este caso el penado era argentino, teniendo su arraigo en el extranjero, sin otra vinculación con España que su presencia coyuntural por estar instruyéndose aquí la causa en la que se adoptó la medida cautelar comentada. Así, de una parte, soportó una penosidad límite difícilmente comparable con otros supuestos en los que la medida no comportaba especiales perjuicios ni personales ni económicos. De otra, respetó en todo caso lo preceptuado por la medida hasta su nulidad por el Tribunal Constitucional.

Por todo ello, la Sala acordó compensar un día de privación de libertad por cada quince días o fracción que el condenado estuvo cautelar e indebidamente privado de su pasaporte y del derecho de salir del territorio español sin previa autorización judicial. Sin perjuicio de la compensación que, además, le corresponda por la obligación de comparecencia apud acta.

De la **STS 473/21 de 2 de junio**, en la que la Sala estimó el recurso de la parte quejosa con la regla del “café para todos” en cuanto a la privación del pasaporte con prohibición expresa de salida del territorio nacional sin que el recurrente haya acreditado, aunque sí alegado, una especial aflicción: un día de prisión por cada seis meses que estuvo vigente la medida cautelar; lo que podría llamar la atención, teniendo en cuenta la evolución en la aplicación del art. 59 CP, son los argumentos del Tribunal de Instancia y del Ministerio Fiscal. El primero resuelve no compensar esta medida cautelar sufrida y el segundo se opone a esta compensación porque para que pudiera ser abonada esta medida cautelar tienen que haber “concretas circunstancias que permitan apreciar y ponderar la realidad e intensidad de la carga de restricción que comportó para el afectado”; si bien hay que tener en cuenta que unos y otros son de los años 2018 y 2019 y el módulo que se va estandarizando se inició con la STS 484/2020 de 1 de octubre.

8. Conclusiones

Mucho se ha avanzado desde aquel 19 de diciembre de 2013. Y mucho se ha hecho en pro de la restricción de libertad o de cualquier tipo de derecho del ciudadano; pero sobre todo de la libertad.

No sólo se está generalizando la aplicación de este art. 59 CP, sino que como hemos visto, sin afán de cristalización, pues habrá que estar a las

circunstancias concretas; se han estandarizado módulos de compensación para situaciones similares.

Si bien, hemos visto una evolución destacable respecto de las compensaciones de las obligaciones de comparecencia apud acta y de la prohibición de salida del territorio nacional con privación del pasaporte, sospecho que el catálogo de medidas cautelares sobre las que podremos hablar de compensaciones no tardará en incrementarse, habida cuenta de la interpretación del art. 59 CP que hace la STS 432/2021.

Tras la STS 1045/2013 de 7 de enero de 2014, nació o mejor dicho, se incrementó de alguna manera nuestra responsabilidad como órganos judiciales. De un lado, nos obliga a prestar mayor atención al auto de libertad, pues de todos es sabido, que en más ocasiones de las que nos gustaría admitir, se utilizaba el “modelo de los uno y quince” por sistema. Sí, molesta reconocerlo; pero cualquiera que haya trabajado en un juzgado de instrucción lo sabe. De otro, quizá no se lleva el debido control de las comparecencias apud actas. Es decir, es posible la pérdida de alguna de ellas, la falta de envío al órgano judicial que las ha acordado, etc. Ambos extremos siempre fueron acreedores de una especial atención, pero tras esta sentencia que permite compensar las comparecencias por días de prisión; mucho más.

Respecto al acusado, sería conveniente que sus letrados, les instruyeran en este tipo de compensaciones, pues seguramente serían más rigurosos en el cumplimiento de las comparecencias y en la conservación de las firmas y sellos que las avalan.

9. Bibliografía

GARCÍA ALBERO, RAMÓN. Comentarios al Código Penal Español. Tomo I y II. 7ª ed., abril 2016.

UCELAY, P. Comparecencias en el Juzgado por días de prisión, abonos 04/05/2014 (juristadeprisiones.com).

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. Diario La Ley, nº 8293, Sección Doctrina, 15 de abril de 2014, Año XXXV, Ref. D-121, Ed. LA LEY.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F. Compensación de medidas cautelares con penas de distinta naturaleza (art. 59 Código Penal).

RÍOS MARTÍN, J.C. SP/DOCT/3880.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

LA DIGITALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL ALEMÁN

Digitization of the German civil procedure

Por Brian Buchhalter-Montero López

Graduado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Valencia

brianbuchhalter@gmail.com

Artículo recibido: 09/10/2021 | Artículo aceptado: 14/12/2021

Al Dr. Benedict Heil y a Aleksandr Ratman, por su generosidad e inestimable ayuda.

RESUMEN

La digitalización del proceso civil alemán se ha ido produciendo paulatinamente desde comienzos de los años 2000. Así, en este trabajo se estudia el *iter* legislativo que ha derivado en una pretensión totalizante de digitalización, que se materializará en los próximos años. Se analizan, pues, las principales propuestas de digitalización que circulan en la praxis y en la teoría procesal alemana, haciendo especial consideración de las implicaciones que la digitalización comporta respecto de los principios generales del proceso civil alemán.

ABSTRACT

The digitization of the German civil procedure has been taking place gradually since the beginning of the 2000s. Thus, this paper examines the legislative iter that has led to an all-encompassing attempt at digitization, which will materialize in the next few years. The main digitization proposals circulating in German practice and procedural theory are therefore analyzed, with special consideration of the implications of digitization with regard to the general principles of German civil procedure.

PALABRAS CLAVE

Digitalización, proceso civil, intermediación, publicidad, Alemania.

KEY WORDS

Digitalization, civil procedure, immediacy, publicity, Germany.

SUMARIO: 1. Introducción: la preocupación por la digitalización de los procesos judiciales en la Unión Europea y Alemania; 2. Desarrollo normativo de

la digitalización en Alemania. 3. Principales propuestas al respecto: 3.1. Facilitar el acceso de los ciudadanos a la Administración de Justicia; 3.2. Optimizar el tráfico jurídico electrónico: 3.2.1. Envío de documentos electrónicos a través de la Administración de Justicia; 3.2.2. Mejora de la comunicación electrónica con los ciudadanos; 3.3. ¿Quién sufre los riesgos de una comunicación fallida y cómo se distribuyen?; 4. Propuestas relativas a la estructuración y estandarización de las alegaciones de las partes: el *Basisdokument*); 5. Audiencias virtuales; 6. Prueba electrónica: 6.1. Creación de un medio de prueba electrónico *sui generis*; 6.2. Proposición y admisión; 6.3. Práctica; 6.4. Valoración; 7. Especial consideración del llamado procedimiento acelerado *online*: 7.1. Líneas generales para la regulación y configuración del procedimiento acelerado *online*; 7.2. El procedimiento: 7.2.1 Competencia territorial; 7.2.2. Competencia *ratione materiae* y *personae* del tribunal *online*; 7.2.3. Inicio del procedimiento; 7.2.4. Comparecencia del demandado y sus posibles actitudes; 7.2.5. Conversión al procedimiento ordinario; 7.2.6 Audiencia virtual; 7.2.7. Medios de prueba y práctica de la prueba; 7.2.8 Sentencia; 7.2.9. Recursos. 7.3. Críticas y propuestas de mejora; 8. Afección de los principios generales del proceso: 8.1. Ejercicio exclusivo de la jurisdicción por parte de jueces y magistrados (art. 92 GG); 8.2 Independencia judicial (art. 97.I GG); 8.3. Acceso a la justicia; 8.4. Proceso justo: especial consideración del acceso a las actuaciones y la necesidad de motivación de resoluciones judiciales: 8.4.1. Acceso a las actuaciones; 8.4.2. Necesidad de motivación de las resoluciones judiciales; 8.5. Principio dispositivo y aportación de parte; 8.6. Principios de oralidad y escritura; 8.7. Principio de intermediación; 8.8 Principio de publicidad. 9. Conclusiones; 10. Bibliografía.

1. Introducción: la preocupación por la digitalización de los procesos judiciales en la Unión Europea y Alemania

El 2 de diciembre de 2020 se hacía pública la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a la «digitalización de la justicia en la Unión Europea» (UE, en adelante). Allí se ponía de relieve, haciendo hincapié en las implicaciones derivadas de la pandemia del COVID-19, que: «(...) [esta] ha puesto de manifiesto la necesidad de que la UE acelere las reformas nacionales para digitalizar la gestión de los asuntos por parte de las instituciones judiciales, el intercambio de información y documentación entre las partes y los abogados, y un acceso sencillo y continuado a la justicia para todos. Así, [la pandemia] ha dado un impulso adicional a los esfuerzos realizados por los Estados miembros para aprovechar al máximo las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) en sus sistemas

judiciales. (...)»¹. De este modo, la pandemia del COVID-19 ha acrecentado en cierta medida la preocupación por la digitalización de los procesos judiciales en la UE. Sin embargo, el objetivo de modernizar y digitalizar los procesos judiciales no trae solo causa de la pandemia, ni es solo perceptible en declaraciones institucionales de la UE. También algunos Estados miembros como Alemania han manifestado —desde hace más de dos décadas— su interés por digitalizar y acercar los procedimientos judiciales a los ciudadanos². Ya en el año 2001, el legislador alemán comenzó la promulgación de una serie de normas, cuya finalidad principal era la reconfiguración de un proceso civil que, anclado en la vieja tradición del papel, debía ser adaptado al progreso de las nuevas tecnologías³. El punto álgido de este proceso de reforma se produjo con la promulgación de la Ley de 10 de octubre de 2013, para la promoción del tráfico jurídico electrónico con los tribunales. También la judicatura y otros operadores jurídicos se han enfrascado en la formulación de propuestas para la digitalización del proceso civil en Alemania. Especialmente destacables en este contexto son algunos grupos de trabajo, cuyas aportaciones han pretendido aclarar cómo pueden aprovecharse las nuevas posibilidades técnicas del proceso civil para lograr que los procedimientos judiciales sean menos hostiles para los ciudadanos y más eficientes⁴. Fruto de los inestimables trabajos de algunos de estos grupos, se ha publicado recientemente un conjunto de tesis y propuestas de reforma, bajo el título *Modernisierung des Zivilprozesses – Diskussionspapier*. Este conjunto de tesis contiene unas interesantes propuestas que afectan a la digitalización del proceso judicial y que, en algunos casos, comportan una modificación sustancial de las normas fundamentales del proceso civil,

¹ No puede tampoco olvidarse que, dada la configuración federal del Estado alemán, cada uno de los Estados federados («Länder») ha combatido jurídicamente la pandemia de manera diferente. Respecto de las implicaciones que la diversidad de regulación en los diferentes Estados federados despliega en los procesos civiles, puede verse DEURING, S., *Der Öffentlichkeitsgrundsatz in Zeiten der COVID-19-Pandemie: Über die Vereinbarkeit des “Corona-Lockdown” mit einem Kernprinzip unter besonderer Berücksichtigung des Zivilverfahrensrechts*, Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht, Vol.2 (2020), p. 22 y ss.

² Para España y sin ánimo de exhaustividad, se puede ver algunos relevantes trabajos como: BARRIO ANDRÉS, M. (dir.), *Legal Tech – La transformación digital de la abogacía*, Wolters Kluwer, 2019; GALLO, F., *COVID y justicia telemática*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 965 (2020); GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R., *Camino a la inmediatez digital en justicia: juicios y actos procesales remotos*, Diario la Ley, núm. 9873; SANJURJO REBOLLO, B., *Modernización digital de la Administración de Justicia: especial referencia a la jurisdicción contable*, Revista Española de Control Externo, Vol. 13, núm. 37, 2011, pp. 61 y ss.

³ No solo está afectado el proceso civil, también otros muchos más. Sobre las implicaciones de la digitalización en el procedimiento administrativo puede verse el muy detallado trabajo de GUCKELBERGER, A., *Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2019 p. 549 y ss.

⁴ *Modernisierung des Zivilprozesses*, Diskussionspapier, 2 de febrero de 2021, p.III.

contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (ZPO, en adelante) y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (GVG, en adelante). La revolución total, sin embargo, está llamada a producirse el próximo 1 de enero de 2022 con la entrada en vigor del § 130d ZPO, que obliga a tramitar electrónicamente todos los procesos civiles.

2. Desarrollo normativo de la digitalización en Alemania

La digitalización del proceso civil en Alemania, que hunde sus raíces en la ya lejana década de los noventa, se ha ido intensificando con la irrupción de la pandemia del COVID-19⁵. Así, de lo que se trata en las siguientes líneas es de exponer las normas fundamentales sobre las que se cimienta esta modernización y digitalización del proceso civil alemán.

2.1. Ley de 25 de junio de 2001, para la reforma del procedimiento de notificación judicial

La norma que inicia el camino hacia la digitalización del proceso civil alemán es la Ley de 25 de junio de 2001, para la reforma del procedimiento de notificaciones en el proceso judicial⁶. Su finalidad radicaba, decía el Gobierno federal alemán en el Proyecto remitido al *Bundesrat*⁷, en modernizar y simplificar el régimen de las notificaciones en el proceso civil, a efectos de acomodarlo a la realidad social y a las modalidades vigentes en la práctica de notificación de resoluciones y escritos judiciales⁸. Así, el Gobierno alemán ponía de relieve en la fundamentación que acompañaba su Proyecto, que la nueva Ley «amplía las posibilidades de escoger entre diferentes modalidades de notificación. Simplifica las notificaciones sustitutorias, reduce los costes materiales y temporales de protocolización de las notificaciones y permite que el destinatario de la notificación pueda recibirla por fax o a través de documento electrónico (correo electrónico)»⁹. De esta manera, la Ley de 25 de junio de 2001 modernizaba por completo el Título II de la Sección III del Libro II del ZPO (§§ 166 y ss.) y, en lo que a nosotros nos interesa, el § 174.III ZPO pasaba a establecer lo siguiente: «(3) Un documento electrónico también puede ser notificado a las personas mencionadas en el apartado 1. Lo mismo se aplicará a otras partes del procedimiento si han consentido expresamente el envío de documentos

⁵ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 1.

⁶ «Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahren (Zustellungsreformgesetz – ZustRG)».

⁷ El *Bundesrat* es la Cámara Alta de la República Federal Alemana (similar al Senado español o a la *House of Lords* británica).

⁸ *BR Drucksache 492/00*, p. 1.

⁹ *BR Drucksache 492/00*, p. 2. Al respecto puede verse WAGNER, P.P., *Das elektronische Dokument im Zivilprozess, Juristische Schulung*, 2016, pp. 29 y ss.

electrónicos. Para el envío, el documento deberá estar provisto de una firma electrónica y protegido contra la divulgación no autorizada a terceros (...).

Así pues, el nuevo § 174.III ZPO daba cabida a los documentos electrónicos, siempre que las partes hayan consentido su utilización. En este sentido, el Proyecto del Gobierno era claro al poner de relieve que de lo que se trataba era de agilizar la notificación de las resoluciones judiciales, evitando la impresión en papel de las mismas en la medida de lo posible: «El apartado 3 [del § 174 ZPO] se refiere a los supuestos en los que la resolución a notificar se almacena en soportes de datos electrónicos (disco duro/disquete). Por lo general, se trata de procesos en los que se conservan expedientes electrónicos y en los que, por lo tanto, la resolución que debe notificarse se almacena (...) en un soporte de datos electrónico (...). En este caso, *en lugar de imprimir primero un documento y enviar su copia (...), en el futuro será posible enviar la resolución almacenada por electrónico (e-mail) directamente al destinatario, a efectos de notificársela*»¹⁰.

2.2. Ley de 13 de junio de 2001, para la adaptación al tráfico jurídico moderno de los preceptos jurídico-privados relativos a la forma

Posteriormente se promulgaba la Ley de 13 de junio de 2001, para la adaptación de los preceptos jurídico-privados relativos a la forma al tráfico jurídico moderno¹¹. En relación a nuestro artículo, la mayor de las novedades se produce con la introducción del § 130a ZPO, cuyo tenor original fue el siguiente: «(1) Cuando se prescriba la forma escrita para los escritos procesales y sus anexos, para las solicitudes y declaraciones de las partes (...), la designación de tales solicitudes, declaraciones y dictámenes como documento electrónico será suficiente para satisfacer esta forma [escrita], siempre que [la forma digital] sea apta para ser procesada por el tribunal. El responsable deberá dotar al documento de una firma electrónica cualificada de acuerdo con la Ley de Firma Digital. (2) El Gobierno Federal y los Gobiernos de los Estados Federados determinarán para sus territorios, por reglamento, el momento a partir del cual se podrán presentar los documentos electrónicos ante los tribunales y la forma adecuada para la tramitación de los mismos. Los gobiernos de los Estados federados pueden delegar por reglamento esta autorización a las administraciones judiciales de los Estados federados. La autorización del formulario electrónico puede limitarse a los tribunales u organismos administrativos individuales. (3) Un documento electrónico se considerará presentado desde el momento en que la dependencia judicial designada para

¹⁰ *BR Drucksache 492/00*, p. 38. La cursiva es nuestra.

¹¹ «*Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*». Tampoco es posible obviar las reformas que se producen en el Código Civil Alemán (BGB, adelante), siendo especialmente relevante la introducción del § 126a.

recibirlo lo haya registrado». Respecto de este nuevo § 130a ZPO, el Gobierno ya había afirmado en su Proyecto, remitido al *Bundestag*, que tan solo se trataba de una posibilidad y no de una obligación de utilizar estos mecanismos electrónicos¹².

2.3. Ley de 27 de julio de 2001, para la reforma del proceso civil

Igualmente, pocos días después, se promulgaba la Ley de 27 de julio de 2001, para la reforma del proceso civil¹³, que estuvo llamada a modificar sustancialmente el proceso civil en general —y no solo con miras a la digitalización¹⁴. En lo que a nosotros nos interesa, es capital la introducción del § 128a ZPO¹⁵ —que cobrará una relevancia inusitada con la irrupción de la pandemia del COVID-19—, y de cuyo tenor se desprendía lo siguiente: «(1) Cuando las partes estén de acuerdo, el tribunal puede, a instancia de parte o de sus representantes, acordar que estas intervengan en la audiencia desde un lugar distinto a la sala de audiencias y que desde allí realicen actuaciones procesales. La audiencia será simultáneamente retransmitida en audio y en video tanto en el lugar donde se encuentren las partes o sus representantes, como en la sala de audiencias. (2) Cuando las partes estén de acuerdo, el tribunal puede acordar que el interrogatorio de un testigo, un perito o de la otra parte se realice igualmente por videoconferencia. El interrogatorio será simultáneamente retransmitido en audio y en video en la sala de juicios (...). (3) La retransmisión no se grabará. No cabe recurso contra las resoluciones que se tomen en virtud de los apartados primero y segundo de este párrafo»¹⁶. El precepto no estaba previsto en ninguno de los dos Proyectos de Ley que remitió el Gobierno al *Bundesrat*¹⁷ y al *Bundestag*¹⁸. Su existencia se debe al Informe de la Comisión jurídica del *Bundestag*, de 15 de mayo de 2001, que fundamentaba la inclusión del precepto de la siguiente manera: «En opinión de todos los grupos parlamentarios, la modernización de la Justicia es una tarea de gran relevancia, a la que también

¹² *BT Drucksache*, 14/4987, p. 24.

¹³ «*Gesetz zur Reform des Zivilprozesses – ZPO-RG*»

¹⁴ Sobre esta reforma puede verse, entre muchos otros: CALLIES, G., *Der Richter im Zivilprozess. Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß? Gutachten A zum 70. Deutschen Juristentag in Hannover*, C.H. Beck, 2014, pp. 11 y ss.; y RAESCHKE-KESSLER, H., *Die Rechtsmittelreform im Zivilprozess von 2001 – ein Fortschritt?, Rechtspolitisches Forum*, 20, Institut für Rechtspolitik Trier.

¹⁵ Algunos se refieren al precepto como, hasta la pandemia del COVID-19, norma oscura o «*Dunkelnorm*». Así, WINDAU, B., *Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, p. 2753.

¹⁶ Su ámbito de aplicación se restringe a las audiencias contenciosas; no abarca, sin embargo, la conciliación del § 278 ZPO como hacen notar GUISE-RÜBE, R. y KUHNKE-FRÖHLICH, S., *Videoverhandlung als Regelfall*, LTO, 8 de julio de 2021.

¹⁷ *BR Drucksache*, 536/00.

¹⁸ *BT Drucksache*, 14/4722.

debe contribuir el Gobierno Federal. La necesidad de que renovar la Justicia es evidente, como se desprende, por ejemplo, de la falta de medios tecnológicos (...). [Así], mediante una cuidadosa ampliación de las posibilidades de uso de los modernos medios de comunicación, también se podrían conseguir considerables ganancias de eficacia más allá de esto, lo que beneficiaría a todas las partes en el proceso. Por lo tanto, además de las disposiciones del proyecto de ley del Gobierno, la Comisión jurídica recomienda la inserción de un § 128a en el ZPO. Esta nueva disposición permite que, con el acuerdo de todas las partes, puedan desarrollarse actos procesales por videoconferencia»¹⁹.

De la regulación deben destacarse dos aspectos: en primer lugar, que el tribunal no está vinculado por el acuerdo de las partes, sino que puede acordar la presencia física de las partes, cuando lo considere necesario para el esclarecimiento de los hechos o para la resolución amistosa del conflicto²⁰; al respecto debe destacarse la propuesta del Partido Democrático Libre de Alemania (FDP) que en mayo de 2020 presentó el *Bundestag*²¹ una propuesta de modificación del § 128a ZPO, en el sentido de obligar al tribunal a celebrar la audiencia por videoconferencia si así lo solicitan las partes²². En segundo lugar, que es presupuesto necesario para el desarrollo de la videoconferencia, que los tribunales dispongan de los medios electrónicos necesarios. A este respecto, las partes, en principio, no gozan del derecho a exigir que el tribunal sea equipado con tales medios, a efectos de satisfacer su deseo de intervenir por videoconferencia²³.

2.4. Ley de 22 de marzo de 2005, sobre la utilización de medios electrónicos de comunicación en la Administración de Justicia

Tras la capital introducción de esta modalidad telemática de realización de audiencias, hubo que esperar hasta marzo de 2005 para apreciar una nueva norma relevante al respecto, cuando se promulga la Ley de 22 de marzo de 2005, sobre la utilización de medios electrónicos de comunicación en la Administración de Justicia²⁴. Así, el Proyecto remitido por el Gobierno al *Bundesrat*, destacaba ya los importantes pasos en la digitalización del proceso civil que se habían producido con las dos Leyes anteriores de 2001, que acaban de tratarse. Sin embargo, el Proyecto del Gobierno ya advertía que, para permitir la tramitación integral de las causas en formato electrónico, seguía siendo necesario introducir

¹⁹ *BT Drucksache*, 14/6036, p. 116.

²⁰ *BT Drucksache*, 14/6036, pp. 118 y 119.

²¹ El *Bundestag* es la Cámara Baja de la República Federal Alemana (similar al Congreso de los Diputados español o a la *House of Commons* británica).

²² *BT Drucksache*, 19/19120.

²³ *BT Drucksache*, 14/6036, p. 120.

²⁴ «*Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz – JKomG*».

en las legislaciones procesales especiales (no solo en la ZPO), determinadas reformas²⁵. En lo que a nosotros nos interesa, la modificación más relevante que produjo la Ley de 22 de marzo de 2005 es la introducción de los dos siguientes preceptos en la ZPO (§ 130b y 298a ZPO): «Cuando la Ley exija al Juez, al Secretario Judicial, al funcionario documentador del tribunal o al agente de ejecución la firma manuscrita, es suficiente para entender satisfecha tal forma, cuando estos incluyan su nombre al pie del documento y su firma electrónica cualificada»²⁶. Además de la inclusión del § 130b ZPO, la Ley de 22 de marzo de 2005 introdujo el nuevo § 298a ZPO. Mediante su inclusión, se trataba de crear un sustrato legal para que fueran posteriormente los Gobiernos estatales y el Gobierno federal quienes —por reglamento— determinasen el alcance de la tramitación electrónica de los expedientes, concretando qué tribunales y respecto de qué procesos podía hacerse uso de esta posibilidad²⁷. El nuevo § 298a ZPO disponía lo siguiente: «(1) Los expedientes pueden tramitarse electrónicamente. El Gobierno Federal y los Gobiernos de los Estados Federados determinarán, en su ámbito competencial, el momento en el que los expedientes puedan tramitarse electrónicamente, así como las condiciones organizativas y técnicas de espacio, y para la formación, gestión y conservación de los expedientes electrónicos (...). La posibilidad de tramitar electrónicamente los expedientes puede restringirse a determinados tribunales o procesos. (...)».

2.5. Ley de 25 de abril de 2013, para la intensificación del uso de sistemas de videoconferencia en los procedimientos judiciales y fiscales

El 25 de abril de 2013 se promulga la Ley para la intensificación del uso de sistemas de videoconferencia en los procedimientos judiciales y fiscales²⁸. La modificación más relevante que se produce con la entrada en vigor de esta norma, es la renovación del anteriormente citado § 128a ZPO — y de preceptos similares en otras normas procesales. Así en el apartado primero, se introduce la expresión «de oficio» (*von Amts wegen*), de suerte que el tribunal no requiere del acuerdo de las partes para ordenar la celebración de la audiencia por

²⁵ *BR Drucksache*, 609/04, p. 1.

²⁶ Como recuerda KIEßLING, E., § 130b ZPO en SAENGER, I., *Zivilprozessordnung*, C.H. Beck, novena edición, 2021, pár. 4, el legislador no ha previsto de manera expresa la consecuencia jurídica que supone la falta de firma electrónica, aunque existe unanimidad en entender que deben tratarse estas faltas del mismo modo que las faltas de firma analógica. La norma está prevista para resoluciones judiciales como autos o sentencias, pero no para los testimonios de ejecución (§ 725 ZPO), pues se corre el riesgo de una pluralidad de ejecuciones indebida, como recuerda STADLER, A., § 130b ZPO en MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., *ZPO*, C.H. Beck, decimoctava edición, 2021, pár. 2.

²⁷ *BR Drucksache*, 609/04, p. 75.

²⁸ «Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltlichen Verfahren».

videoconferencia. De lo que se trataba, decía el Proyecto remitido por el *Bundesrat* al *Bundestag*, es de «desvincular al tribunal del requisito del acuerdo de las partes»²⁹, lo que supone un importante cambio de dirección en el espíritu de la norma³⁰. Más allá de esto, el Proyecto remitido por el *Bundesrat* ponía de relieve la ventaja de ahorro en tiempo y dinero que significa la realización de videoconferencias, de modo que: «(...) el refuerzo del uso de las técnicas de videoconferencia es, como oferta, expresión de una Justicia orientada a la satisfacción de sus usuarios. El grado de efectividad de esta Ley, orientada a la configuración del futuro, depende directa y proporcionalmente del aumento de los recursos de los tribunales y de la aceptación de la retransmisión por videoconferencia por parte de los operadores jurídicos»³¹.

2.6. Ley de 10 de octubre de 2013, para el fomento del tráfico jurídico electrónico con los tribunales

Igualmente, en 2013 se promulga la relevante Ley de 10 de octubre de 2013, para el fomento del tráfico jurídico electrónico con los tribunales³². El Proyecto del Gobierno, remitido al *Bundesrat*, tenía en mente que la digitalización del proceso civil no se estaba produciendo con la suficiente celeridad, a diferencia de lo que sucedía (y sucede) en el tráfico jurídico extraprocesal³³. La causa de tal atraso es la falta de confianza de los usuarios en las condiciones de uso de la comunicación electrónica con los tribunales, tanto porque la firma electrónica carece de gran aceptación, como porque no todos los tribunales están lo suficientemente dotados para tramitar electrónicamente los expedientes³⁴. El Proyecto, sin embargo, no se contentaba con poner de relieve las dificultades que atravesaba la digitalización, sino que daba cuenta de algunas soluciones que podían ayudar a poner en marcha la nueva Ley de 10 de octubre de 2013. Así, «las barreras de acceso a la comunicación electrónica con la Administración de Justicia deben ser reducidas significativamente y la confianza del usuario en el manejo de estos nuevos canales comunicación debe ser reforzada»³⁵. Con esa intención, la Ley de 10 de octubre de 2013 modifica el § 130a ZPO, introducido con la gran reforma de 2001 en el siguiente sentido: «(1) Los escritos preparatorios y sus anexos, los escritos y las declaraciones de las partes, así como las informaciones escritas, las declaraciones, los dictámenes periciales, las traducciones y las declaraciones de terceros pueden presentarse al tribunal como

²⁹ *BT Drucksache*, 17/1224, p. 18.

³⁰ *BT Drucksache*, 17/1224, p. 18.

³¹ *BT Drucksache*, 17/1224, p. 2.

³² «*Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten – ERVFördG*».

³³ *BR Drucksache*, 818/12, p. 1.

³⁴ *BR Drucksache*, 818/12, p. 1.

³⁵ *BR Drucksache*, 818/12, p. 1.

documentos electrónicos, de conformidad con los apartados siguientes. (2) El documento electrónico debe ser adecuado para su tratamiento por el tribunal (...)»³⁶.(3) El documento electrónico debe estar firmado por la persona responsable, mediante una firma electrónica cualificada o debe ser firmado manuscritamente y enviado a través de un medio de comunicación seguro. (...)»³⁷.

Con esta nueva redacción, el Gobierno ponía de relieve que el nuevo § 130a ZPO amplía y simplifica el acceso electrónico a los tribunales, a efectos de ponerlo en consonancia con el tráfico jurídico privado, que se desarrolla principalmente por medios electrónicos³⁸. Sin embargo, además de la modificación del § 130a ZPO, la Ley de 10 de octubre de 2013, introduce el capital § 130d ZPO que entrará en vigor el 1 de enero de 2022 y que establece lo siguiente: «Los escritos preparatorios y sus anexos, así como las solicitudes y declaraciones que deban presentarse por escrito, que sean presentadas por un abogado, por una autoridad pública o por una persona jurídica de derecho público, incluidas las asociaciones constituidas por ellas para el ejercicio de sus funciones públicas, se remitirán como documento electrónico. Si ello es temporalmente imposible por razones técnicas, la transmisión segura podrá realizarse conforme a la modalidad ordinaria. La imposibilidad temporal [de remitir electrónicamente un documento] debe justificarse en el momento de la presentación del documento presentado ordinaria o inmediatamente después (...)».

2.7. Ley de 5 de julio de 2017, para la introducción del acta electrónica en la Administración de Justicia y para el fomento del tráfico jurídico electrónico

Y, por último, llegando al fin de este breve *iter* legislativo y al margen de otras normas de menor calado y de carácter reglamentario que se han promulgado en los últimos años, la última norma de decisiva relevancia en la materia es la Ley para la introducción del acta electrónica en la Administración de Justicia y para el fomento del tráfico jurídico electrónico, de 5 de julio de 2017³⁹. La reforma fundamental que introduce la norma es la modificación del §

³⁶ Recientemente una sentencia del Tribunal laboral (*LAG, en adelante*) de Schleswig-Holstein, de 25 de junio de 2021 ha declarado inadmisibile y tenida por no realizada una comunicación que incumplía los requisitos formales del § 46c.II.1 de la Ley de la jurisdicción laboral (*ArbGG, en adelante*), idéntico al § 130a ZPO.

³⁷ El apartado cuatro del nuevo § 130a ZPO enumera los medios de comunicación seguros. Respecto de estos medios puede verse el detallado trabajo de MÜLLER, H., *Der elektronische Rechtsverkehr tritt aus der Nische, Juristische Schulung*, 2018, pp. 1193 y ss.

³⁸ *BR Drucksache 818/12*, p. 31.

³⁹ «*Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Forderung des elektronischen Rechtsverkehrs*».

298a ZPO. Los Proyectos remitidos por el Gobierno al *Bundesrat*⁴⁰ y al *Bundestag*⁴¹ no preveían modificación alguna de este § 298a ZPO, sino que fue la Comisión jurídica del *Bundestag* la que propuso la modificación del precepto en el siguiente sentido: «(1a) Los expedientes procesales se tramitarán electrónicamente a partir del 1 de enero de 2026. El Gobierno Federal y los Gobiernos de los Estados federados determinarán para sus respectivos ámbitos, por reglamento y según el estado de la técnica, las condiciones marco organizativas para la creación, el trámite y el almacenamiento de los expedientes electrónicos, incluidos los requisitos de accesibilidad que deben cumplirse. El Gobierno Federal y los Gobiernos de los Estados federados podrán, por reglamento, determinar para sus respectivos ámbitos que los expedientes creados en papel sigan tramitándose en papel. Los gobiernos del Estado federado pueden transferir las competencias previstas en las frases 2 y 3 de este artículo a las autoridades del Estado federado responsables de la jurisdicción civil por reglamento (...). (2) Si los expedientes se tramitan electrónicamente, los documentos en papel se digitalizarán y serán sustituidos por un documento electrónico, según el estado de la técnica. Se garantizará que el documento electrónico se corresponda visualmente y en cuanto a su contenido con los documentos y otros registros existentes. El documento electrónico deberá ir acompañado de una prueba de transmisión que documente el procedimiento utilizado para la transmisión y la conformidad visual y material [del documento enviado y del recibido]. (...)».

3. Principales propuestas al respecto

Sobre la base de este desarrollo normativo, los operadores jurídicos alemanes han ido proponiendo una serie de reformas y objetivos a conseguir, con la finalidad de aumentar la calidad del proceso civil. Las propuestas principales son las que siguen:

3.1. Facilitar el acceso de los ciudadanos a la Administración de Justicia

Una de las primeras propuestas que surgen al respecto es la creación de una sede electrónica, que permita a los ciudadanos acceder de manera segura a los servicios que ofrece la Administración de Justicia⁴². Se trata, pues, de formular un canal de acceso integral a la Justicia, a través del cual se pueda

⁴⁰ *BR Drucksache*, 236/16.

⁴¹ *BT Drucksache*, 18/9416.

⁴² También lo propone RÜHL, G., *Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert*, *Juristen Zeitung*, núm. 17 (2020), p. 813. Este modelo ya se sigue en algunos países como Dinamarca, en el que desde 2018 todos los procesos civiles deben tramitarse electrónicamente. Pieza fundamental de esta tramitación electrónica es el portal «minretssag.dk», como recuerda PIROUTEK, C., „Going digital“ statt „Never ending Story“, *e-Justice*, septiembre 2018, p. 17.

establecer una comunicación fluida y segura⁴³. Esta sede electrónica no agota, sin embargo, sus funciones en el intercambio más o menos formal de información, sino que puede servir para la promoción de otros mecanismos de digitalización como la realización de audiencias virtuales o incluso el desarrollo totalmente *online* de procedimientos civiles⁴⁴. Además de lo anterior, esta sede electrónica juega un importante papel aglutinante y unificador, en la medida en que evita la proliferación descontrolada de plataformas y sistemas de intercambio de información que confunden al ciudadano y que ofrecen —por lo menos formalmente— un estándar de protección de datos discutible⁴⁵. Más allá de estas ventajas, esta sede electrónica permitiría una comunicación más fluida entre la Administración de Justicia y los ciudadanos, en la medida en que permitiría flexibilizar el estricto régimen de comunicaciones que establece el § 129a ZPO, pues como señala PRÜTTING, un proceso civil no deja de ser otra cosa que una «especial forma de comunicación» y, como tal, está sujeta al desarrollo técnico de la comunicación en general⁴⁶. Más allá de esto y al margen de la previsión general que realiza el § 129a ZPO en el sentido de admitir solicitudes y declaraciones generales que se pretendan hacer constar en las actuaciones, no existe precepto alguno en el ZPO que regule las comunicaciones de los ciudadanos (no inmersos en el proceso civil) con la justicia civil. El precepto, de evidente utilidad en su ámbito de aplicación, no da cobertura normativa suficiente para establecer un régimen de comunicación fluido entre los ciudadanos y la Administración de Justicia, pues presupone la presencia física de solicitantes y declarantes. De este modo, presuponiendo la presencialidad de los interesados, el § 129a ZPO pretende garantizar que las declaraciones y solicitudes que se realizan ante la justicia civil son efectivamente *serias* — lo que, discutiblemente, a la vista del precepto quedaría excluido cuando estas se realizan por otros medios no presenciales⁴⁷.

⁴³ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. IV.

⁴⁴ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 11.

⁴⁵ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 11. Sobre la protección de datos puede verse: KLINK, J., *Datenschutz in elektronischen Justiz*, Kassel University Press, Kassel, 2010; y también LEIBENGER, D., PETRLIC, R., SORGE, C. y VOGELGESANG, S., *Elektronische Akten: Anforderungen und technische Lösungsmöglichkeiten*, en *Kooperation: Tagungsband des 18. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS 2015 / Co-operation: Proceedings of the 18th Legal Informatics Symposium IRIS 2015*, Österreichische Computer Gesellschaft, 2015, pp. 271 y ss.; también KUCHENBAUER, K., *Der gläserne Richter – Big-Data-Analyse als Mittel zur Vorsehrbarkeit richterlicher Entscheidungen?*, *JuristenZeitung*, núm. 13, 2021, pp. 647 y ss.

⁴⁶ PRÜTTING, H., *Auf dem Weg von der mündlichen Verhandlung zur Videokonferenz*, *Anwaltsblatt*, núm. 5, 2013, p. 330. Un entendimiento similar de la vista oral como una comunicación abierta y argumentativa entre las partes profesas FISCHER, N., *Überlegungen zu einem sozialen elektronischen Zivilprozess: Kritische Anmerkungen zur Justiz-Elektronifizierung am Beispiel des »Justizkommunikationsgesetzes«*, *Kritische Justiz*, Vol. 38, núm. 2 (2005), p. 162.

⁴⁷ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 6.

En este sentido, las reformas que se plantean al respecto tienen como objetivo principal ampliar el ámbito de aplicación del precepto, permitiendo que los ciudadanos puedan realizar tales declaraciones y solicitudes de manera seria, pero no necesariamente presencial —pues en ocasiones tal presencialidad no es razonablemente exigible, como sucede con las personas físicamente imposibilitadas para desplazarse hasta la Administración correspondiente⁴⁸. Las propuestas de digitalización radican aquí en dotar a las secretarías de los tribunales, que hacen las veces de receptoras de las declaraciones, de los medios tecnológicos suficientes para poder comprobar— sin desmedro de los principios básicos del Estado de derecho y de la tutela judicial efectiva— la seriedad de las solicitudes y declaraciones de los ciudadanos, lo que podría complementarse (o incluso realizarse totalmente) con algunos mecanismos como los sistemas *chat automático*⁴⁹ (supervisado en última instancia por personal cualificado) que permitiera filtrar en mayor o menor medida las declaraciones y solicitudes serias de las no serias⁵⁰.

3.2. Optimizar el tráfico jurídico electrónico

Otra de las principales propuestas que se han realizado en el contexto de la modernización y digitalización del proceso civil estriba en la optimización del tráfico jurídico electrónico, lo que pasa por el tratamiento de las siguientes cuestiones:

3.2.1. Envío de documentos electrónicos a través de la administración de justicia

El envío de documentos electrónicos a (y a través de) la Administración de Justicia puede contribuir decisivamente a simplificar y a la vez a asegurar el tráfico jurídico que circunda el proceso civil. Respecto de esta cuestión, la norma fundamental es el § 130a.III.1 ZPO que prevé dos mecanismos para garantizar la seguridad y la autenticidad del documento que accede al proceso civil y que es enviado electrónicamente: bien la firma electrónica cualificada (*qeS*, por sus siglas en alemán) o bien la firma manuscrita en conjunción con el envío del documento por medio de un llamado canal seguro de comunicación (*sicherer*

⁴⁸ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 6.

⁴⁹ La utilización de los llamados «Live-Chats» es defendida con amplitud por diversos actores. Ver al respecto: Informe final del grupo de trabajo de Estados federados, *Legal Tech: Herausforderungen für die Justiz*, 2018, p. 85.

⁵⁰ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 7. La cuestión de la seriedad de la pretensión también es recurrente, al respecto se puede ver KORVES, R., *Formularzwänge im (digitalisierten) Prozessrecht*, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol. 1 (2018), p. 7, haciendo notar que el propio BGB alemán se refiere a la cuestión en algunos preceptos como los §§ 118, o 2247.III.

Übertragungsweg). Estos canales seguros de comunicación vienen concretados por la propia ZPO (§ 130a.IV ZPO) y son, entre otros, la llamada «cuenta *De-Mail*», el buzón especial de la abogacía (beA⁵¹) o el buzón especial del notariado (beN)⁵². Más allá de esto, lo cierto es que la ZPO no contiene regulación concreta de la cuestión, sino que se limita a establecer la obligación de los abogados (desde el 1 de enero de 2018) de recibir notificaciones de los tribunales a través del buzón especial de la abogacía, como mandan los §§ 145.III.4 ZPO y 31a.VI ZPO⁵³. Para el 1 de enero de 2022, los abogados estarán obligados no solo a recibir comunicaciones sino también a enviar sus escritos por vía telemática, conforme al ya citado § 130d ZPO. En este contexto, se ha propuesto una ampliación de los sujetos obligados a comunicarse electrónicamente con los tribunales, a efectos de abarcar grupos de individuos que normalmente se relacionan con los tribunales (peritos judiciales, administradores concursales, intérpretes, traductores etc.)⁵⁴. La idea de esta ampliación es que tales colectivos abandonen los canales de comunicación informales como el teléfono o el correo electrónico para pasar a utilizar mecanismos más seguros y conformes con la seriedad que exige el proceso civil⁵⁵. Sin embargo, una excesiva ampliación del círculo de sujetos — abarcando, por ejemplo, a todas las personas jurídicas privadas — no parece de momento deseable, dada la brecha digital todavía existente entre determinados grupos poblacionales⁵⁶.

3.2.2. Mejora de la comunicación electrónica con los ciudadanos

De otra parte, además de facilitar la transmisión de documentos en el proceso civil, la digitalización debe pasar por una mejora de la comunicación electrónica con los ciudadanos no ya con la Administración de Justicia en general, sino con el tribunal concreto que conoce de su asunto. Al respecto se sostiene la posibilidad de utilizar muy diversos medios de comunicación, algunos incluso como el correo electrónico. Sin embargo, la facilidad de corromper su contenido, la falta de seguridad en la identidad del remitente y la escasa protección de datos que puede ofrecer, deben suponer un rechazo generalizado de la utilización del correo electrónico ordinario como mecanismo de comunicación estándar entre la Administración de Justicia y los ciudadanos⁵⁷.

⁵¹ Sobre este especial buzón de la abogacía, ver: BURCKHARDT, P., *Zur Einführung des beA für Rechtsanwaltsgesellschaften, e-Justice*, 24 de julio de 2019, pp. 9 y ss. Respecto de esta cuestión en el proceso civil danés se puede ver: PIROUTEK, C., referencia 42, pp. 16 y ss.

⁵² *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 13.

⁵³ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 13.

⁵⁴ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 16.

⁵⁵ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 17.

⁵⁶ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 17.

⁵⁷ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 21.

Una interesante sustitución del mismo podría ser, de nuevo, la creación de una sede electrónica para la Administración de justicia donde los ciudadanos pudieran acceder al buzón del tribunal civil que conoce de su asunto, y donde pudieran comunicarse fluida —y no necesariamente formal— con el tribunal, a efectos de concretar, por ejemplo, cuestiones organizativas (como señalamientos, citaciones, etc.)⁵⁸.

3.3. ¿Quién sufre los riesgos de una comunicación fallida y cómo se distribuyen?

El primer problema que se plantea es el de la distribución de los riesgos que puedan derivarse de una comunicación fallida⁵⁹. Al respecto debe destacarse el ya citado § 130a.VI ZPO, que prevé un generoso sistema de subsanación cuando el documento electrónico no es recibido correctamente o cuando no es adecuado para el tratamiento por parte del tribunal. De lo que se trata aquí es de evitar, para aquellos que escogen este mecanismo electrónico de comunicación, la indeseable consecuencia de que un fallo técnico perjudique su posición jurídica⁶⁰. Además de lo anterior, la ZPO prevé en su § 295 ZPO un régimen de convalidaciones, aplicable a las comunicaciones electrónicas: «(1) La vulneración de una norma relativa al procedimiento y, en particular, a la forma de un acto procesal, ya no podrá ser objetada si la parte perjudicada renuncia al cumplimiento de la norma o si no se opuso al defecto en la siguiente audiencia celebrada en procedimiento en cuestión o en la que se haga referencia al mismo, aunque haya comparecido y haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del defecto. (2) La disposición anterior no se aplicará si se infringen normas a cuyo cumplimiento no se puede renunciar válidamente».

4. Propuestas relativas a la estructuración y estandarización de las alegaciones de las partes: el *Basisdokument*

Otra de las propuestas más recurrentes que se realizan en relación con la modernización y digitalización del proceso civil es la estructuración y estandarización de las alegaciones de las partes. Como señalan algunos, con el actualmente vigente régimen jurídico formal de los escritos procesales, la digitalización no es posible⁶¹. El objetivo primario de la estructuración y

⁵⁸ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, pp. 21 y 22.

⁵⁹ PREUß, N., Der elektronische Zivilprozess – Nutzen oder Schaden, *Zeitschrift für Zivilprozess*, núm. 129, Vol. 4, 2016, p. 431.

⁶⁰ PREUß, N., referencia 59, p. 431.

⁶¹ ZWICKEL, M., *Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht*, en BUSCHMANN, A., et al. (eds.), *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht*, Vol. 236, Schriften zum Prozessrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, p. 1.

estandarización del formato de las alegaciones de las partes es la de simplificar —y por tanto, agilizar— el trabajo de los jueces⁶². Esta propuesta, que supone la obligación de seguir determinados criterios formales, provoca tensión, para algunos, entre el principio de aportación de parte (§ 282 ZPO), y las funciones de dirección material del proceso (§ 139.I ZPO) que corresponden al juez civil alemán, como más adelante se analizará⁶³. Para otros, yendo más allá, la estructuración de las alegaciones de las partes no solo afecta a la dirección material del proceso o a la aportación de los hechos por las partes, sino, mucho más, a la distribución de funciones entre los jueces y las partes⁶⁴.

Así, la ZPO —por la relevancia histórica del principio de oralidad— no impuso la utilización de un modelo concreto de escrito, de modo que son las partes las que configuran libre (y a veces caóticamente) sus alegaciones. En la ZPO existen tan solo algunas normas que permiten al tribunal estructurar y organizar el material que obra en la causa (§ 253.II ZPO, por ejemplo, respecto de la demanda), en ejercicio de sus funciones de dirección del proceso (*materielle und formelle Prozessleitung*), como se deriva del § 139.I.3 ZPO. Sin embargo, más allá de esta aislada previsión, la ZPO no contiene normas suficientes para regular la digitalización y estructuración de las alegaciones de las partes⁶⁵. En este sentido, se propone — como se hace en otros países⁶⁶ — la confección y extensión de modelos normalizados para la presentación de escritos procesales, que puedan contribuir a optimizar el tráfico jurídico y a facilitar el trabajo de los jueces (lo que necesariamente redundará en una mayor agilidad en la tramitación de los procedimientos y en mayor beneficio para los usuarios de la justicia)⁶⁷. Así, la utilización de estos modelos normalizados es, para algunos, *conditio sine qua non* para aprovechar el potencial de digitalización del proceso civil⁶⁸. De este modo, la estructuración y estandarización —por lo menos parcial— de las alegaciones de las partes permite a los intervinientes en el proceso concretar los hechos relevantes para la decisión del pleito y, de este modo, llevar a término el procedimiento civil en un término más rápido y eficaz⁶⁹. Esta estructuración

⁶² ZWICKEL, M., referencia 61, p. 3. Una muy detallada y completa exposición de un proceso «estructurado» en este sentido, puede verse en HEIL, B., *IT-Anwendung im Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, pp. 93 y ss.

⁶³ PREUß, N., referencia 59, p. 451.

⁶⁴ ZWICKEL, M., referencia 59, p. 4.

⁶⁵ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 31.

⁶⁶ Una ya antigua pero interesante exposición de los escritos procesales en otros sistemas jurídicos europeos puede verse en LÖWENKAMP, H., *Die Lehre vom Schriftsatz in ausländischen Zivilprozesssystemen*, Erlangen, 1965.

⁶⁷ EFFER-UHE, D., *Strukturierter Parteivortrag im elektronischen Zivilprozess*, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol. 1 (2018), p. 11

⁶⁸ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 32.

⁶⁹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 33.

permite al Tribunal conocer con mayor claridad los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes y, por tanto, le facilita el trabajo de advertir las deficiencias probatorias (§ 139.I ZPO, o en un sentido similar, nuestro art. 429.1.III LEC)⁷⁰.

La primera propuesta relevante —aunque no nueva⁷¹— en este aspecto es la introducción de un documento electrónico conjunto, conocido como *Basisdokument*, que supla la totalidad de los escritos de alegaciones, tanto jurídicas como fácticas⁷². La idea principal que informa la creación de este *Basisdokument* es la de conglomerar en un único soporte documental el supuesto de hecho *real*, depurado de las pretensiones de las partes.⁷³ En este contexto cobra especial relevancia el papel del tribunal como director del proceso. Así, la idea es que el tribunal asuma un cierto rol activo en el esclarecimiento de los hechos, abandonando en alguna medida el viejo papel del juez civil pasivo, para asumir una notable capacidad de configuración de los hechos. Su intervención, sin embargo, debe ser esencialmente subsidiaria y lo más comedida posible, salvaguardando su imparcialidad, en la medida en que las partes son los auténticos señores del procedimiento (*die Herren des Verfahrens*)⁷⁴. Esta solución, como ya advierte la doctrina procesalista, podría plantear problemas desde la perspectiva de la imparcialidad judicial (art. 103 de la Constitución alemana, GG en adelante), lo que trataremos más adelante⁷⁵. En cualquier caso, como recuerda GAIER, esta obligación solo puede regir en los procesos en los que la postulación sea obligatoria⁷⁶.

De lo que se trata aquí pues, es de que las partes estructuren e incorporen sus alegaciones en este llamado *Basisdokument*, que sustituiría a las actuales actuaciones en papel, cuando esté completamente instaurada la tramitación

⁷⁰ GAIER, R., *Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2015, p. 104.

⁷¹ Las primeras propuestas en este sentido pueden encontrarse ya a principios de los años noventa, como hace notar se hace notar en Informe final, referencia 76, p. 72, nota 211. Y así, como se hace notar en BT *Drucksache*, 17/1224, p. 10, la introducción de las videoconferencias en los procesos judiciales debe verse en las normas relativas a la protección de los testigos en el proceso penal.

⁷² *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 33. En este mismo sentido, aunque con una denominación diferente («Verfahrensdatei»), HEIL, B., referencia 62, p. 88.

⁷³ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 34.

⁷⁴ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 34.

⁷⁵ Informe final, referencia 76, p. 73.

⁷⁶ GAIER, R., referencia 71, p. 103. Sobre la digitalización de los procesos que no exigen postulación obligatoria puede verse: KRÜGER, J. y VOGELGESANG, S., *Elektronischer Rechtsverkehr in Verfahren ohne Anwaltszwang – der Justizgewährungsanspruch des Bürgers als praktischer und theoretischer Störfaktor?*, en *Kooperation: Tagungsband des 18. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS 2015 / Co-operation: Proceedings of the 18th Legal Informatics Symposium IRIS 2015*, Österreichische Computer Gesellschaft, 2015, pp. 263 y ss.

electrónica del procedimiento⁷⁷. Este *Basisdokument* no sería, sin embargo, una mera copia escaneada del acta en papel, ni tampoco la reunión más o menos organizada en formato electrónico de los distintos escritos procesales de las partes, sino un auténtico conglomerado de datos y metadatos creado *ex novo* por las partes con supervisión y asistencia, en su caso, del tribunal, con la finalidad de clarificar el objeto del proceso⁷⁸. Así pues, las ventajas que se derivan de su utilización son notables: desde facilitar el acceso simultáneo de todas las partes a las actuaciones, así como en la cómoda búsqueda de información en las mismas mediante las opciones de búsqueda y consulta informáticas⁷⁹.

5. Audiencias virtuales

La digitalización de las audiencias es una de las propuestas más recurrentes en la doctrina y práctica procesal alemana, aunque no deja de ser, un elemento más del «todo “digitalización de la justicia”»⁸⁰. En el proceso civil, la videoconferencia no tiene como objetivo la protección de los comparecientes (como sí en el § 274a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, StPO en adelante)⁸¹, sino cumplir con exigencia de ahorro de recursos y de economía procesal. Más allá de lo anterior, esta posibilidad de realizar las audiencias por videoconferencia fue, hasta la irrupción de la pandemia del COVID-19, prácticamente irrelevante⁸². En primer lugar, porque no todos los tribunales gozaban —ni gozan— de los medios suficientes para realizar audiencias totalmente virtuales, y segundo, porque los tribunales, tal como viene redactado el § 128a ZPO, no están facultados para realizar audiencias desde otra parte que no sea la sala de vistas⁸³. A ello deben sumársele los problemas respecto de la

⁷⁷ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. V.

⁷⁸ PREUß, N., referencia 59, p. 445.

⁷⁹ PREUß, N., referencia 59, p. 445.

⁸⁰ SCHREIBER, F., *Die mündliche Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, Recht Innovativ* (2020), Tomo IV, Vol. II, p. 44. Sobre las audiencias virtuales en el proceso penal puede verse el reciente trabajo de SOMMERER, L., *Virtuelle Unmittelbarkeit? – Videokonferenzen im Strafverfahren während und jenseits einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 133, número 2, 2021, pp. 403 y ss.

⁸¹ FRITSCH, J., § 128a ZPO en *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*. C.H. Beck, sexta edición, 2020, pár. 11.

⁸² FRIES, M., *Die vollvirtuelle Verhandlung – Quo vadis, §128a ZPO?*, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol. 2 (2020), p. 27.

⁸³ FRIES, M., referencia 83, p. 27. Como recuerda RÜHL, G., referencia 42, p. 810, la opción de realizar vistas desde lugares distintos a las oficinas de los juzgados fue posible, en el proceso laboral, con la entrada en vigor de la Ley de medidas sociales para la lucha contra la pandemia del coronavirus, de 20 de mayo de 2020 («*Gesetz zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie*»). También da cuenta de ello —aunque respecto del proyecto de modificación de la ley reguladora del proceso laboral— ESCHENHAGEN, P., *Öffentlichkeit in*

territorialidad del ejercicio de la función jurisdiccional que se suscitan cuando una de las partes se encuentra en el extranjero⁸⁴. Así pues, la principal propuesta de digitalización estriba en ampliar el citado § 128a ZPO, en el sentido de permitir que el tribunal se ubique también en un lugar —seguro— distinto de la sala de vistas. En cualquier caso, sea cual sea la solución que se adopte, debe garantizarse que el tribunal disponga de una sala diferenciada donde poder deliberar en secreto cuando el desarrollo de la audiencia así lo exija⁸⁵. Así, una regulación en este sentido es compatible con lo dispuesto por el § 193.I GVG que, al regular las deliberaciones de los miembros de un órgano jurisdiccional, no plantea problemas al hecho de que los miembros del tribunal deliberen en lugares distintos al juzgado: «(1) Durante las deliberaciones y votaciones, aparte de los jueces llamados a decidir, solo pueden estar presentes las personas en prácticas y los asistentes de los mismos, siempre que el presidente del tribunal permita su presencia».

Efectivamente, del tenor literal del precepto no se desprende que todos los miembros deban deliberar en la misma sala. Y en este sentido, si el § 193.I GVG lo permite, sería interesante una reforma del § 128a ZPO que, en el mismo sentido, permitiera la realización de audiencias en lugares diferentes a la sede del tribunal. Más allá de lo anterior, debe decirse que la retransmisión de la vista o del interrogatorio presupone también que todas las partes presentes y ausentes de la sala de vistas tengan la posibilidad de ver y oír a todas las demás partes en todo momento⁸⁶. Por lo tanto, el uso de cámaras que tan solo capten a la parte que habla en ese momento no permite dar cuenta de todo lo que sucede en la sala, de manera que el principio de publicidad de las actuaciones (para las partes) quedaría ostensiblemente afectado⁸⁷. La afectación de tal principio se produce en la medida en que no permite dar cuenta de la comunicación no verbal o las

Online-Gerichtsverhandlungen, verfassungsblog.de, 26 de abril de 2020, p. 1. Ya advertía, sin embargo, SCHULTZKY, H., Videokonferenzen im Zivilprozess, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, p. 314, que del tenor literal del precepto no se desprendería que el «otro lugar» a que se refiere el § 128a ZPO tuviera que ser necesariamente una sala de audiencias.

⁸⁴ Al respecto se puede ver: FRIES, M., referencia 83, p. 27; BACHMANN, B., *Historische Aspekte – Die Entwicklung der ZPO*, en BLAUROCK, U., *Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 11; o SCHREIBER, F., referencia 81, p. 38. Exigiendo que la retransmisión se produzca siempre dentro de la jurisdicción alemana, SCHULTZKY, H., referencia 84, p. 314. En definitiva, como recuerda VON SELLE, §128a ZPO en VORWERK, V., y WOLF, C., *BeckOK ZPO*, C.H. Beck, cuadragésima edición, 2021, pár. 16, las videoconferencias con elementos de extranjería solo pueden tramitarse por la vía del auxilio judicial. Igualmente, STADLER, A., § 128a ZPO en MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., *ZPO*, C.H. Beck, decimotercera edición, 2021, pár. 8. Para Estados miembro de la Unión Europea, será de aplicación el Reglamento (CE) núm. 1206/2001, de 28 de mayo.

⁸⁵ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 46.

⁸⁶ WINDAU, B., referencia 15, p. 2754.

⁸⁷ WINDAU, B., referencia 15, p. 2754.

reacciones verbales espontáneas, que son relevantes también en la sala de vistas. Así, se ha hecho notar que los abogados tienen un interés legítimo en ver cómo reaccionan corporalmente sus colegas presentes en la sala de vistas a las distintas circunstancias que puedan tener lugar⁸⁸.

6. Prueba electrónica

Las propuestas de digitalización del proceso civil no pasan solo por la incorporación de documentos electrónicos o de videoconferencias, sino por la atribución de un nuevo sentido a la prueba y a su régimen jurídico. De lo que se trata en las siguientes líneas es de analizar si la ZPO contiene anclaje jurídico suficiente para dar cuenta, en el marco del régimen jurídico de la prueba, de la progresiva digitalización que afecta a la vida de los ciudadanos⁸⁹. La ZPO alemana contiene algunos preceptos aislados que hacen referencia a las pruebas electrónicas en materia de reconocimiento judicial (§§ 371 y ss.)⁹⁰. Así, en el § 371a ZPO está regulado el valor probatorio de determinados elementos electrónicos calificados como seguros e igualmente, en el § 371b ZPO, está regulado el valor probatorio de determinados documentos públicos escaneados⁹¹. Esta regulación esporádica y dispersa —pues algunos de sus presupuestos no quedan claramente determinados en la norma⁹²— no es suficiente, sin embargo, para construir una verdadera prueba electrónica, de manera que se hace necesario analizar las propuestas que se han realizado al respecto:

6.1. Creación de un medio de prueba *sui generis*

En primer lugar, se ha suscitado la posibilidad de crear un medio de prueba electrónico *sui generis*, para dar cuenta de las especialidades que se producen respecto de las pruebas relativas a datos almacenados en dispositivos electrónicos, y que van desde capturas de pantalla, chats de sistemas de mensajería instantánea, datos almacenados por un GPS a mensajes de audio⁹³.

⁸⁸ WINDAU, B., referencia 15, p. 2754.

⁸⁹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 61.

⁹⁰ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 61.

⁹¹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 61.

⁹² El § 371b ZPO se remite al «estado de la técnica», lo que produce necesariamente inconcreción, tal como recuerda ZIMMERMAN, W., § 371b ZPO en *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*. C.H. Beck, sexta edición, 2020, pár. 4. El ámbito de aplicación de la norma abarca todos los procesos judiciales salvo el penal y el registral, como lo hacen notar HUBER, § 371b ZPO en MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., *ZPO*, C.H. Beck, decimoctava edición, 2021, pár. 3; y BACH, § 371b ZPO en VORWERK, V., y WOLF, C., *BeckOK ZPO*, C.H. Beck, cuadragésima edición, 2021, pár. 3.

⁹³ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 62.

6.2. Proposición y admisión

La siguiente cuestión que se plantea respecto de la prueba electrónica es si deben modificarse las reglas ordinarias para la proposición y admisión de pruebas, cuando se trata de pruebas electrónicas. En principio, parece que la regulación de la ZPO es suficiente (§ 371.I.2 ZPO)⁹⁴.

6.3. Práctica

Respecto de la práctica de estas pruebas electrónicas, se plantean algunos problemas respecto del interrogatorio de partes y testigos, especialmente cuando el tribunal debe formar su convicción de manera personal, y esto no pueda suceder de manera suficiente por videoconferencia⁹⁵. Queda al sano criterio del tribunal, por ejemplo, si la videoconferencia es un medio adecuado para la práctica de la prueba testifical. Y en este sentido, el tribunal debe tener en consideración algunas circunstancias como la credibilidad objetiva del testigo o el ahorro de tiempo y recursos⁹⁶.

6.4. Valoración

La siguiente cuestión que se plantea es cuál es el valor probatorio que debe atribuírsele a este nuevo medio de prueba electrónico *sui generis*. Las principales propuestas al respecto sostienen que, dada la heterogeneidad de este medio de prueba, el sistema de valoración más adecuado es el de la libre valoración de la prueba (recogido en el § 286 ZPO)⁹⁷. Lo cierto es que la ZPO contiene algunas normas dispersas al respecto, tales como los ya citados § 371a y 371b ZPO, que son insuficientes para dar cuenta de los problemas de valoración que se derivan de este medio de prueba electrónico por crear⁹⁸. Más allá de los problemas que se plantean respecto de la protección de datos y que afectan a la licitud misma de la prueba, la cuestión debe resolverse casuísticamente por la

⁹⁴ KINDERMANN, E., Das elektronische Beweismittel ist nich mehr wegzudenken, *Anwaltsblatt*, 2021, p. 293.

⁹⁵ WÖSTMANN, H., § 128a ZPO en SAENGER, I., *Zivilprozessordnung*, C. H. Beck, novena edición, 2021, pár. 3.

⁹⁶ VON SELLE, referencia 85., pár. 11.

⁹⁷ *Modernisierung des Zivilprozesses*, Referencia 4, p. 63. Respecto de la influencia de estos mecanismos de digitalización en el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal se puede ver VALERIUS, B., „Legal Tech“ im Strafverfahren?, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 133, 2021, p. 161 y ss. Sobre la videoconferencia y el proceso penal puede verse también el reciente trabajo de KRÜGER, J., VOGELGESANG, S., LEICHT, M. y ADAM, L-M., *Strafjustiz und der Einsatz von Videotechnick in Corona-Zeiten – Krisenmanagement oder auch digitale Entwicklungshilfe*, en *Cybergovernance: Tagungsband des 24. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2021 / Cybergovernance: Proceedings of the 24th Legal Informatics Symposium IRIS 2021*, *Österreichische Computer Gesellschaft*, 2021, pp. 55 y ss.

⁹⁸ *Modernisierung des Zivilprozesses* referencia 4, p. 63.

jurisprudencia, que se deberá ocupar de los problemas que vayan surgiendo en la práctica, dada la velocidad con que se producen los cambios tecnológicos⁹⁹.

7. Especial consideración del llamado procedimiento acelerado online

Una de las propuestas estrella que circula en la discusión por la digitalización del proceso civil en Alemania es, sin duda, la creación de un procedimiento acelerado online (conocido como *beschleunigtes Online-Verfahren*)¹⁰⁰. De lo que se trata con este procedimiento, es de resolver el clásico problema que afecta a las reclamaciones de consumidores y usuarios por cuantías reducidas¹⁰¹. Así, la finalidad de este procedimiento estriba en neutralizar el llamado «desinterés racional» que retiene a los demandantes-consumidores y que les disuade de hacer valer sus derechos, normalmente de reducida cuantía¹⁰². De esta manera, el procedimiento acelerado *online* ofrecería a los ciudadanos un procedimiento sencillo para resolver reclamaciones de cantidades pequeñas, sin tener que renunciar —por hastío, y como normalmente ocurre— a la larga y costosa vía judicial¹⁰³. Así, especialmente adecuado parece este procedimiento para resolver litigios que deriven, por ejemplo, de pequeñas compras realizadas por internet o en reclamaciones contra aerolíneas por retrasos en vuelos¹⁰⁴.

La conveniencia de instaurar un procedimiento de estas características ha sido abonada por la experiencia de algunos países, como Dinamarca, Francia o Canadá, que han puesto en marcha, con notable éxito, mecanismos similares para la sustanciación de reclamaciones por cuantías reducidas. Así pues, a favor de este procedimiento acelerado *online* se alega: el fortalecimiento en la confianza de los ciudadanos respecto de la Administración de justicia, a través de una nueva modalidad de resolver conflictos de pequeña entidad; el aseguramiento del Estado de derecho y del buen funcionamiento de los tribunales, incluso en procedimientos por reducidas cuantías; las positivas experiencias en el derecho

⁹⁹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 66.

¹⁰⁰ Ver: VOß, W., Verbraucherfreundlich, verfahrensökonomisch, verfassungskonform? Zum Vorschlag eines Beschleunigten Online-Verfahrens, *Verbraucher und Recht*, Núm. 7, pp. 243 y ss.

¹⁰¹ Respecto de la vertiente relativa a la tutela colectiva puede verse CUCARELLA GALIANA, L. A., en *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

¹⁰² *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 76. En el mismo sentido, Informe final, referencia 76, p. 80.

¹⁰³ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 76.

¹⁰⁴ CHRISTENSEN, G., Das beschleunigte Online-Verfahren erleichtert den Zugang zum Recht, *Anwaltsblatt 2021*, p. 286. La idea de procesos acelerados parece ir abriéndose paso en la doctrina alemana. Al respecto se puede ver: FLINDT, J. O., Das beschleunigte Familiengericht, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol. 3 (2020), pp. 13 y ss.

comparado, y sobre todo, la contribución a la descomprensión de la carga de trabajo de los tribunales¹⁰⁵. En contra de este procedimiento acelerado *online* también se han suscitado algunos argumentos de peso, como la falta de necesidad misma de un procedimiento acelerado *online*, la —poco garantista— intervención del demandado-empresario y los problemas de recursos y segunda instancia que se pudieran suscitar¹⁰⁶.

Más allá de estas consideraciones generales, lo cierto es que el ordenamiento jurídico alemán no ofrece alternativas suficientes para hacer frente a estos supuestos de reclamaciones por cuantías reducidas entre consumidores y usuarios. Al margen del proceso monitorio (*Mahnverfahren*, regulado en los §§ 688 y ss. ZPO), del procedimiento del § 495a ZPO (*Verfahren nach billigem Ermessen*¹⁰⁷) y del proceso europeo de escasa cuantía¹⁰⁸, lo cierto es que no existe una alternativa adecuada para dar solución a esta necesidad de agilizar el proceso civil en estas reclamaciones de escasa cuantía, cuando se trata la tutela colectiva de consumidores y usuarios. En primer lugar, porque los consumidores y usuarios no gozan normalmente de los recursos electrónicos necesarios (como la ya citada anteriormente cuenta electrónica *De-Mail*) para poner en curso estos procedimientos¹⁰⁹; en segundo lugar, porque el procedimiento monitorio no parece especialmente adecuado para los supuestos en que se producirá seguramente oposición por parte del demandado y que necesariamente lo ralentizará¹¹⁰; y finalmente, porque el procedimiento del § 495a ZPO solo es aplicable actualmente cuando la cuantía de la reclamación no supera los 600 euros¹¹¹. Ello parece justificar, pues, la creación de este procedimiento acelerado *online*.

7.1. Líneas generales para la regulación y configuración del procedimiento acelerado *online*

La idea principal de este procedimiento acelerado *online* es que se pueda ventilar en su seno, toda reclamación dineraria (inferior a 5.000 euros¹¹²) de consumidores y usuarios frente a empresarios. De lo que se trataría es de habilitar a los *Länder* alemanes para que, en el ejercicio de las competencias que

¹⁰⁵ Informe final, referencia 76, pp. 97 a 101.

¹⁰⁶ Informe final, referencia 76, pp. 101 a 104.

¹⁰⁷ El precepto establece que «el Tribunal puede configurar el procedimiento según su sano criterio, cuando la cuantía del mismo no exceda de 600 euros».

¹⁰⁸ Al respecto se puede ver el muy detallado trabajo de BROKAMP, A., *Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen* (tesis doctoral), Mohr Siebeck, 2008.

¹⁰⁹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 78.

¹¹⁰ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 78.

¹¹¹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 78.

¹¹² Otros grupos de trabajo han propuesto una cuantía de 2.000 euros como máximo, para determinar la competencia del tribunal *on line*. Al respecto ver Informe final, referencia 76, p. 80.

les atribuye la Constitución alemana (art. 74.I.1)¹¹³, desarrollaran una prueba piloto de este procedimiento en sus Administraciones de justicia¹¹⁴.

7.2. El procedimiento

Prescindiendo de cuál sería su configuración normativa concreta, las líneas generales de este procedimiento —sencillo, tanto como comprar en internet, han señalado algunos¹¹⁵— serían las siguientes:

7.2.1. Competencia territorial

El órgano competente para conocer la demanda sería un tribunal *online* central de nueva creación, a cargo de los actuales titulares de los Juzgados de Primera Instancia (*Amtsgerichte*)¹¹⁶. Su jurisdicción se extendería a todo el territorio de la República Federal Alemana¹¹⁷. De este modo, no existiría una ubicación física concreta del tribunal —aunque sí evidentemente de los servidores físicos donde se alojara. Como ventaja añadida de esta inexistente ubicación física, debe decirse que los funcionarios al servicio del tribunal podrían teletrabajar, bien desde su propio domicilio o desde alguna oficina creada *ad hoc*. Este mecanismo tiene, además, como gran ventaja, que permite la conciliación familiar de los miembros de la carrera judicial — y de los funcionarios de los tribunales¹¹⁸. Igualmente es interesante esta «deslocalización» (o ubicuidad) del tribunal a efectos de ahorrar tiempo y costes de desplazamiento, por ejemplo¹¹⁹.

7.2.2. Competencia *ratione materiae* y *personae* del tribunal *online*

Desde una perspectiva personal, la idea principal es que este tribunal *online* fuera competente para las demandas que interpusieran consumidores y usuarios contra empresarios¹²⁰. Por lo menos en una fase piloto del procedimiento, no parece conveniente extender el ámbito de competencia

¹¹³ Los *Länder* tienen competencia legislativa sobre esta materia en la medida en que la Federación no haya hecho uso de la misma por Ley.

¹¹⁴ Informe final, referencia 76, p. 79.

¹¹⁵ CHRISTENSEN, G., referencia 105, p. 286.

¹¹⁶ WÖLBER, J., y NICOLAI, J., Zukunfts offene und verbraucherfreundliche Justiz – Überlegungen zu einem Beschleunigten Online-Verfahren für geringe Streitwerte, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Vol. 51 núm. 8, 2018, p. 231.

¹¹⁷ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. IV.

¹¹⁸ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 84. Esta propuesta es criticada, pues de lo que se trataría no es de conseguir la digitalización de un solo tribunal, sino de toda la Administración de Justicia. Ver: MELLER-HANNICH, C., Eine sorgfältige Neuinterpretation könnte Verfahrensrechte stärken, *Anwaltsblatt* 2021, p. 289.

¹¹⁹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 84.

¹²⁰ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 85.

material y personal del tribunal *online*¹²¹. Desde un punto de vista material, las controversias de que pudiera conocer el tribunal *online*, deberían reducirse a reclamaciones dinerarias no superiores a 5.000 euros, lo que eventualmente podría ampliarse tras la correspondiente prueba piloto del procedimiento¹²². En un inicio, este procedimiento *online* no parecería del todo adecuado para pretensiones que exijan la audiencia personal de las partes, el interrogatorio de testigos o la intervención de peritos¹²³.

7.2.3. Inicio del procedimiento

El inicio del procedimiento comenzaría con la interposición *online* de la demanda por parte del consumidor frente al empresario, a través de una sede electrónica de la Administración de Justicia¹²⁴. A su vez, respecto de la iniciación del procedimiento, algunas propuestas sostienen la necesidad de incluir un mecanismo previo de conciliación obligatorio, lo que no parece del todo deseable, en la medida en que tendería a alargar el procedimiento y, por tanto, a hacerlo menos interesante para los consumidores y usuarios¹²⁵. Ello no es, sin embargo, óbice para introducir en el seno del procedimiento, una breve fase para una conciliación que moderase el tribunal, con el debido respeto a su deber de imparcialidad¹²⁶, de manera similar a lo que prevé nuestro art. 415.1 LEC.

7.2.4. Comparecencia del demandado y sus posibles actitudes

Notificada la demanda al empresario, debe dársele un plazo (de 14 días, se propone¹²⁷) para configurar una cuenta en la sede electrónica si no la tiene y para realizar las alegaciones que estime pertinentes respecto de la demanda. Al respecto, podría ser interesante prever la posibilidad de dictar una sentencia en rebeldía del demandado, una vez transcurridos los 14 días de plazo para contestar a la demanda, en un sentido similar a como lo prevé el § 331.I ZPO: «(1) Cuando el demandante solicite que se dicte sentencia en rebeldía contra el demandado, deben tenerse por probados los hechos alegados por el demandante, salvo que se trate de alegaciones relativas a la competencia del tribunal, de

¹²¹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 85.

¹²² *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 85. Para algunos, esta cifra es reducida, y podría fácilmente aumentarse, en aras a hacer más atractivo y popular el procedimiento, ver: MELLER-HANNICH, C., referencia 120, p. 289. Otros, sin embargo, recomiendan restringir el ámbito de aplicación a procesos cuya cuantía no supere los 2000 euros, como WÖLBER, J., y NICOLAI, J., referencia 118, p. 231.

¹²³ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 85.

¹²⁴ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 88.

¹²⁵ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 88.

¹²⁶ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 88.

¹²⁷ Plazo de 14 días para contestar a la demanda propone el Informe final, referencia 76, 2018, p. 86.

conformidad con el § 29.II y 38»¹²⁸. Más allá de la actitud que pueda adoptar el demandado, lo cierto es que deberá contar con la asistencia gratuita del Estado para poder configurar una cuenta en la sede electrónica de la Administración de Justicia para acceder al contenido de la demanda y defenderse, si así lo desea¹²⁹. Esta asistencia estatal es una consecuencia lógica del principio de igualdad de partes¹³⁰.

7.2.5. Conversión al procedimiento ordinario

La regulación de este procedimiento *online* debe contemplar una conversión al procedimiento ordinario, cuando existan motivos justificados¹³¹, como por ejemplo que los medios de prueba propuestos no se puedan practicar de manera adecuada en el procedimiento *online*, o cuando sea evidente que el demandado-empresario no tiene acceso a medios electrónicos para intervenir en el proceso¹³². En principio, las propuestas que se han realizado al respecto abogan por no permitir una nueva conversión al procedimiento *online* una vez que se ha comenzado la tramitación del ordinario, aunque nada impediría que el procedimiento ordinario se celebrase por videoconferencia, conforme permite el ya citado § 128a ZPO, o totalmente por escrito (§ 128.II ZPO)¹³³.

7.2.6. Audiencia virtual

Que el proceso se desarrolle de manera *online* no supone necesariamente que no pueda producirse una audiencia oral si así lo exigen las circunstancias¹³⁴. La realización virtual de estas audiencias puede ser deseable en algunas circunstancias, especialmente en los supuestos en que la postulación no es obligatoria, en la medida en que las partes tienen un contacto directo con la Administración de Justicia. Por otra parte, la interacción directa con el tribunal y la intervención «cara a cara» (aunque sea virtual) ayuda a crear un sentimiento de asimilación de la resolución judicial, que contribuye decisivamente a la consolidación de la paz jurídica¹³⁵. A todo ello debe sumársele que, para la valoración de determinados medios de prueba, es relevante el trato directo con las personas, aunque sea a través de la pantalla¹³⁶. Ahora bien, que sea deseable

¹²⁸ Así lo propone también el Informe final, referencia 76, p. 86.

¹²⁹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 90.

¹³⁰ Respecto del principio de igualdad de partes en el proceso alemán puede verse SCHACK, H., *Waffengleichheit im Zivilprozess*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol. 129, Tomo 4, 2006, pp. 393 y ss.

¹³¹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, pp. 85 y 86.

¹³² *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 87.

¹³³ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 86.

¹³⁴ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 92.

¹³⁵ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 92.

¹³⁶ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 92.

la realización —cuando corresponda— de estas audiencias virtuales no significa que la regulación que contiene la ZPO sea suficiente para dar cuenta de ello. En cualquier caso, el objetivo principal de esta audiencia virtual debe ser alcanzar un acuerdo entre las partes y terminar el procedimiento¹³⁷.

7.2.7. Medios de prueba y práctica de la prueba

Las consideraciones que se han realizado anteriormente respecto de la prueba electrónica podrían trasladarse, *mutatis mutandis*, a la práctica de la prueba en este procedimiento acelerado *online*. De este modo, la práctica de la prueba por vía telemática debe admitirse como una posibilidad seria¹³⁸. Sin embargo, dada la naturaleza de las reclamaciones que pueden elucidarse en este procedimiento, lo más adecuado podría ser que se desarrollara todo el procedimiento por escrito, incluyendo declaraciones escritas de testigos y peritos, si fueran necesarias¹³⁹. En cualquier caso, el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 103.I GG exige que las partes puedan pronunciarse respecto de los resultados probatorios, bien por escrito u oralmente¹⁴⁰.

7.2.8. Sentencia

La sentencia que se dicte en este procedimiento acelerado *online* debe sujetarse a las normas generales para estas resoluciones, contenidas en los §§ 300 y ss. ZPO. Problemática es aquí la cuestión de la publicidad de la sentencia, exigida por el § 311.II ZPO, en la medida en que la sentencia que recaiga en este procedimiento *online* solo sería accesible a las partes que se hayan registrado en la sede electrónica de la Administración de justicia¹⁴¹. Sirva ahora decir que los problemas de publicidad serán tratados en una parte posterior de este estudio, lo cierto es que estos problemas no son tan relevantes como pudiera parecer, sobre todo porque la ZPO ya prevé la comunicación de la sentencia sin lectura en el caso de las sentencias dictadas en rebeldía (§ 331.III ZPO) así como de las sentencias de renuncia y allanamiento (§§ 306 y 307 ZPO)¹⁴². Se trataría, simplemente, de extender esta regulación general de la ZPO al procedimiento acelerado *online* y restringir la publicidad de la sentencia tan solo a las partes en el procedimiento.

¹³⁷ WÖLBER, J., y NICOLAI, J., referencia 118, p. 232.

¹³⁸ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 93.

¹³⁹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 94.

¹⁴⁰ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 94.

¹⁴¹ Informe final, referencia 76, p. 88. Igualmente, ZWICKEL, M., *Bürgernahe Ziviljustiz: Ideen für ein digitales Bagatellverfahren* en FERRAND, F., KNETSCH, J., y ZWICKEL, M., (eds.) *Die Digitalisierung des Zivilrechts und der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich*, FAU University Press, Erlangen, 2020, pp. 243.

¹⁴² *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 95.

7.2.9. Recursos

Por último, y más allá de los problemas que se puedan plantear en sede de ejecución, el régimen de los recursos que se configure en este procedimiento acelerado *online*, debe ser capaz de conjugar la celeridad del procedimiento con el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes¹⁴³. Así, una exclusión total de la posibilidad de recurrir no parece admisible a la vista del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque lo cierto es que el art. 19.4 GG no exige la configuración de ningún sistema de recursos, tal como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG en adelante) de 26 de octubre de 2011, núm. 1539/09¹⁴⁴. En todo caso, parece aconsejable una reducción de los plazos y de los motivos para recurrir, que deberían limitarse en la medida de lo posible, a efectos de evitar la dilación excesiva del proceso¹⁴⁵. El inconveniente, sin embargo, de una restricción demasiado intensa del sistema de recursos estriba en que los usuarios consideren que el procedimiento acelerado *online* no satisface las garantías mínimas de un proceso justo y que, por tanto, no se sirvan de él¹⁴⁶. Una de las propuestas más interesantes que se han realizado radica en que el recurso deba ser admitido primero por el tribunal sentenciador, tal como sucede en la jurisdicción contencioso-administrativa (§ 124.I de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, VwGO en adelante)¹⁴⁷.

7.3. Críticas y propuestas de mejora

El recibimiento que ha tenido el procedimiento acelerado *online* no ha sido unánimemente positivo. Críticamente, algunos autores sostienen la conveniencia de ampliar el ámbito de aplicación de este procedimiento a pretensiones no solo de condena dineraria, sino también a la tutela cautelar (§§ 935 y ss. ZPO), lo que podría estar justificado en una fase posterior de introducción del procedimiento, pero que, *a priori*, parece arriesgado para un proyecto piloto¹⁴⁸. De otra parte, se ha venido sosteniendo la conveniencia de introducir una mediación o conciliación obligatoria *online* con anterioridad a la interposición de la

¹⁴³ Sobre la digitalización de la ejecución puede verse: STAMM, J., Die Digitalisierung der Zwangsvollstreckung, *Neue Juristische Wochenschrift*, Núm. 35 (2021).

¹⁴⁴ Informe final, referencia 76, pp. 88 y 89. El art. 19.4 GG establece lo siguiente: «Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer de su petición, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, frase 1».

¹⁴⁵ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 95.

¹⁴⁶ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 96.

¹⁴⁷ Informe final, referencia 76, pp. 88 y 89.

¹⁴⁸ CHRISTENSEN, G., referencia 105, p. 287. También lo sostiene así (p. 81) el Informe final, referencia 76, supeditado a que el proyecto piloto arroje resultados positivos.

demanda¹⁴⁹. En principio, esta solución debe ser admitida como positiva, siempre que la configuración del procedimiento sea lo suficientemente ágil como para no desincentivar a los consumidores y usuarios a servirse del procedimiento acelerado *online*. En otro orden de ideas, también ha sostenido algún sector de la doctrina la conveniencia de apoyar la tramitación del procedimiento mediante mecanismos automáticos de pregunta-respuesta, también conocidos como *Chatbots*¹⁵⁰. Es decir, de lo que se trataría es de incluir en el procedimiento un chat que ofreciera respuestas a las preguntas más o menos estandarizadas que pudieran realizar las partes, lo que podría ser especialmente interesante en los supuestos en que las pretensiones de los consumidores y usuarios derivan de relaciones jurídicas totalmente estandarizadas¹⁵¹. Finalmente, la crítica más relevante que se puede realizar a la configuración del procedimiento *online* es que no cumple en ocasiones con los requisitos mínimos derivados de los principios de inmediación y de publicidad. Esta cuestión será tratada con detalle más adelante, pero sirva ahora decir que la afectación —aunque no necesariamente vulneración— de algunos de estos principios es patente. En cualquier caso, de lo que se trata es de materializar esta interesante idea de modernización del proceso civil alemán sin que se produzca merma del Estado de Derecho (art. 20.III GG) y sin que el proceso civil se vuelva totalmente irreconocible¹⁵².

8. Afección de los principios generales del proceso

Vistas las modificaciones más relevantes que se han propuesto respecto de la digitalización del proceso civil, la principal pregunta que se plantea ahora es: ¿quedan incólumes los principios generales del proceso? En este sentido, debe partirse de la base de que la digitalización y modernización del proceso civil, si bien modaliza algunos principios clásicos del proceso civil, como ahora se verá, no puede producir una alteración tan sustancial de los mismos que no permita *reconocer* los contornos del proceso civil tradicional¹⁵³.

¹⁴⁹ Al respecto puede verse: VOß, W., *Gerichtsverbundene Online-Streitbeilegung: ein Zukunftsmodell?*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 84, Tomo I, 2020, pp. 62 y ss. También puede verse HEIL, B., referencia 62, p. 17. En la misma línea WÖLBER, J., y NICOLAI, J., referencia 118, p. 232.

¹⁵⁰ *Modernisierung des Zivilprozesses*, Referencia 4, p. 80.

¹⁵¹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, Referencia 4, p. 80.

¹⁵² MÜLLER, D. y GOMM, J., *Die Digitalisierung der Justiz am Beispiel des Zivilprozesses – von Thesen zur Umsetzung (Teil 1)*, *Juris*, junio 2021, p. 226.

¹⁵³ Informe final, referencia 76, p. 53.

8.1. Ejercicio exclusivo de la jurisdicción por parte de jueces y magistrados (art. 92 GG)

De una parte, la inclusión de mecanismos digitales automáticos de estructuración y tratamiento de datos plantea algunos problemas respecto del ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional por parte de jueces y magistrados (art. 92 GG). El citado precepto establece lo siguiente: «El Poder Judicial está confiado a los jueces y es ejercido por el Tribunal Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los Estados Federados».

La primera cuestión que suscita la digitalización respecto del principio de exclusividad jurisdiccional estriba en que el núcleo de las decisiones judiciales debe estar conformado en exclusiva por jueces y magistrados, físicamente considerados. Y así, se plantean problemas en la medida en que tanto la Constitución alemana como la Ley de la Judicatura alemana (DRiG, en adelante) que regula el estatuto de los jueces alemanes presupone —naturalmente— que los jueces son personas vivas, físicamente consideradas¹⁵⁴. En este sentido, la consecuencia constitucional que se impone aquí es que el «núcleo duro» de la decisión judicial no puede producirse de manera automática y sin intervención directa e inmediata del juez, sino que la configuración constitucional del poder judicial alemán exige que esta sea realizada directamente por una persona física, que cargue con la responsabilidad del ejercicio de la función judicial¹⁵⁵. Cuestión distinta es posible afirmar respecto del procedimiento administrativo, toda vez que el § 35a de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG, en adelante) dispone lo siguiente: «Un acto administrativo puede ser dictado totalmente por mecanismos automáticos, siempre que lo permita la Ley y que no exista discrecionalidad ni margen de apreciación». Así pues, la posibilidad de una resolución judicial dictada automáticamente —como sí sucede respecto de determinados actos administrativos— no es admisible constitucionalmente¹⁵⁶.

8.2. Independencia judicial (art. 97.I GG)

Otro de los problemas que plantea la digitalización del proceso civil es la afectación de la independencia de los jueces, que garantiza el art. 97.I GG («Los jueces son independientes y están sometidos únicamente a la Ley»). Así, de este precepto y del ya citado anteriormente art. 20.III GG se deriva que los poderes públicos están vinculados al Derecho y a la Ley. La consecuencia fundamental radica en que los jueces son libres en su decisión y que están sometidos tan solo a la Ley y al Derecho¹⁵⁷. El problema más relevante se suscita con la introducción

¹⁵⁴ Informe final, referencia 76, p. 54.

¹⁵⁵ Informe final, referencia 76, p. 54.

¹⁵⁶ Informe final, referencia 76, p. 54.

¹⁵⁷ CALLIES, G., referencia 14, p. 80.

de mecanismos automáticos para el tratamiento de la información y para la formulación de borradores de resoluciones. En este sentido, las exigencias del Estado de Derecho suponen que deba garantizarse siempre que el Juez tenga la última palabra en la toma de la decisión. Y muy concretamente, debe garantizarse que estos *software* tengan en consideración las distintas interpretaciones legales posibles, de manera que no impongan al Juez en su trabajo una determinada interpretación de la Ley, en tanto que la independencia judicial que garantiza el art. 97.I GG supone la libertad del juez para decidir, exento de influencias externas¹⁵⁸. En este sentido, los programas automatizados de que se sirvan los jueces y magistrados —para calcular indemnizaciones, por ejemplo— deben incluir distintas posibilidades y alternativas, de modo que el juzgador pueda elegir la que considere más conforme con *su* interpretación de la norma¹⁵⁹. A ello debe sumársele que los procesos que tales programas de cuantificación realizan para llegar a la conclusión (cuantía a indemnizar, por ejemplo), deben ser transparentes y coherentes con las normas que prevén las indemnizaciones¹⁶⁰. Y finalmente, también se suscitan inconvenientes cuando se trata de interpretar preceptos que contienen conceptos jurídicos indeterminados, que únicamente está llamado a concretar el Juez [por ejemplo, el § 242 del Código Civil (BGB, en adelante) o el § 287.I ZPO]¹⁶¹.

8.3. Acceso a la justicia

Otro de los problemas que plantea la digitalización de la justicia civil es el relativo a la igualdad en el acceso a la justicia (art. 3.I GG en relación con el art. 103.I GG), concretado por el legislador en algunos preceptos como los §§ 99.III.2, 118.I.1, 136.III, 139, 225.II ZPO¹⁶². En el análisis de esta cuestión, debe partirse de que las exigencias derivadas del Estado de Derecho obligan al Estado a configurar una justicia civil operativa y funcional¹⁶³. Ello presupone que la justicia civil se debe adaptar a las necesidades de los ciudadanos y debe garantizar que todos ellos puedan acceder en términos de igualdad a la tutela judicial efectiva de sus derechos¹⁶⁴. Ello no supone, sin embargo, negar que la justicia civil está sometida a un proceso dinámico de cambio y de competencia con otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, a los que no

¹⁵⁸ Informe final, referencia 76, p. 55.

¹⁵⁹ Informe final, referencia 76, p. 56.

¹⁶⁰ Informe final, referencia 76, p. 56.

¹⁶¹ Informe final, referencia 76, p. 63.

¹⁶² MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., *Grundkurs ZPO*, C.H. Beck, 2018, p. 69. Especialmente severo respecto de los posibles efectos negativos de la digitalización en el derecho al acceso a la justicia es FISCHER, N., *op. cit.*, p. 156.

¹⁶³ FRIES, M., referencia 83, p. 28.

¹⁶⁴ FRIES, M., referencia 83, p. 28.

puede dar la espalda simple y llanamente. Y de este modo, si bien debe garantizarse el acceso a la justicia, no es posible abdicar radicalmente de la eficiencia que comporta la digitalización¹⁶⁵. El problema se plantea respecto de personas que carecen de recursos para acceder a una justicia digital, o incluso respecto de personas con discapacidades funcionales, que les impiden relacionarse por sí mismas con la Administración de Justicia. De este modo, siempre que el acceso a la justicia digital sea potestativo y no obligatorio para los ciudadanos, no podrá afirmarse la vulneración del principio de igualdad en el acceso a la justicia¹⁶⁶.

8.4. Proceso justo: especial consideración del acceso a las actuaciones y motivación de las resoluciones

Otra de los principios fundamentales del derecho procesal que pudieran verse afectados es el del conocido como *fair process* o proceso justo¹⁶⁷. Respecto de su regulación positiva y a diferencia de la tutela judicial efectiva y del acceso a los tribunales, la Constitución alemana no lo prevé expresamente, sino que el BVerfG lo deriva directamente del art. 2.1 GG, en relación con el ya citado art. 20.III GG. Este derecho a un proceso justo faculta a los ciudadanos a exigir que los tribunales den curso al procedimiento de la manera que, razonablemente, se espera de ellos¹⁶⁸. Y en este sentido, el BVerfG ha sido claro al destacar que la concreción material de este principio exige su puesta en relación con los casos en particular de que se trate, de modo que «el derecho a un juicio justo como manifestación del principio de Estado de Derecho, que sólo se concreta parcialmente en la Constitución, no contiene mandamientos y prohibiciones determinados individualmente, sino que requiere una concreción en función de las circunstancias de hecho. Al hacerlo, corresponde en principio al legislador elegir entre posibles alternativas en la concreción normativa de este principio constitucional (...). [Este principio] impide, por tanto, que los tribunales deriven desventajas procesales para las partes implicadas de sus propios errores u omisiones o de aquellos que les sean imputables»¹⁶⁹.

Así pues, una de las exigencias en que se concreta este derecho al proceso justo es que la tutela judicial efectiva de un derecho subjetivo no puede dificultarse de manera injustificada. En este sentido, se plantea si esta

¹⁶⁵ FRIES, M., referencia 83, p. 28. En el mismo sentido, RÜHL, G., referencia 42, pp. 809 y 811 y ss. Así, PRÜTTING, H., *Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft?*, *Anwaltsblatt*, núm. 6, 2013, p. 401.

¹⁶⁶ RÜHL, G., referencia 42, p. 814.

¹⁶⁷ Para la relación entre la digitalización y el derecho a un proceso penal justo, puede verse: VALERIUS, B *op. cit.*, pp. 166 y ss.

¹⁶⁸ MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., referencia 164, p. 70.

¹⁶⁹ Alemania. Auto del BVerfG de 14 de junio de 2001 (Sección 4ª, Sala II)

configuración digital del proceso dificulta la tutela de la posición jurídica, por ejemplo, de los empresarios-demandados en el procedimiento acelerado *online* que ha sido tratado con anterioridad. En cualquier caso, más allá del procedimiento acelerado *online*, desde la perspectiva del proceso justo se plantean fundamentalmente dos problemas:

8.4.1. Acceso a las actuaciones

El acceso a las actuaciones viene regulado en el § 299 ZPO, que establece lo siguiente: «(1) Las partes pueden acceder a las actuaciones y solicitar de la Secretaría del Tribunal certificados, copias o transcripciones parciales de las mismas. (2) Con autorización del Presidente del Tribunal y sin necesidad del consentimiento de las partes, los terceros podrán acceder a las actuaciones, siempre que acrediten un interés legítimo. (3) Si las actuaciones se tramitan de manera electrónica, la Secretaría del Tribunal garantiza el acceso a las mismas, mediante la puesta a disposición de las partes de documentos digitales o de reproducciones en pantalla (...). En este sentido, el § 299.II ZPO ya prevé una cierta regulación de la cuestión, aunque insuficiente. Insuficiente en la medida en que tan solo garantiza el acceso a las actuaciones por parte de terceros, en la sede del tribunal. Por otra parte, el precepto restringe el acceso tan solo a quienes acrediten un interés legítimo, lo que necesariamente debe concretarse¹⁷⁰.

8.4.2. Necesidad de motivación de las resoluciones judiciales

Por otra parte, la digitalización plantea algunas cuestiones respecto de la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales, especialmente cuando se utilizan programas automatizados para la toma de decisiones. Al respecto debe partirse de que la obligación constitucional de motivación es expresión del principio del Estado de Derecho y se concreta en que el razonamiento judicial debe mostrar un mínimo de argumentación racional y hacer reconocible para el destinatario de la decisión según qué aspectos decisivos se ha llegado a ella¹⁷¹. De este modo, la automatización de determinadas tareas que influyen en la decisión judicial no puede sustituir el deber de motivación, de suerte que el juzgador, al asumir como propia una decisión tomada automáticamente, debe conocer qué elementos han sido ponderados de qué manera y en qué interpretación de las normas en disputa se basa la decisión, para poder dar un razonamiento adecuado e intersubjetivamente comprensible de la decisión¹⁷². Sin el conocimiento de tales elementos, no es posible cumplir suficientemente con el deber de motivación que exige, por ejemplo, el § 313.III ZPO: «(3) Los motivos de

¹⁷⁰ PREUß, N., referencia 59, p. 446.

¹⁷¹ Informe final, referencia 76, p. 59.

¹⁷² Informe final, referencia 76, p. 59.

la decisión comprenderán un sucinto resumen de las consideraciones sobre las consideraciones fácticas y jurídicas que fundamentan la decisión». Así pues, remitirse meramente a lo arrojado por el programa informático como decisión judicial no es admisible desde el punto de vista de la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales¹⁷³. En definitiva, como ha hecho notar VALERIUS — para el proceso penal—, del art. 103.I GG se deriva una exigencia de transparencia en la formación de la resolución¹⁷⁴.

8.5. Principio dispositivo y aportación de parte

El principio dispositivo (*Dispositionsgrundsatz*) y el principio de aportación de parte (*Beibringungsgrundsatz*) son otros dos elementos fundamentales del proceso civil alemán, que pueden verse afectados por la modernización y digitalización del proceso civil¹⁷⁵. Ambos dos son concreción del clásico brocardo germánico «las partes son los señores del proceso»¹⁷⁶. principio dispositivo supone que las partes gozan de facultades para iniciar, suspender o terminar un proceso judicial respecto de alguna materia, cuya disposición admita el derecho sustantivo. Por su parte, el principio de aportación de parte supone que las partes deben poner a disposición del juzgador el material fáctico — y en cierta manera el jurídico — que sustentará su decisión.

La afectación —para algunos inexistente¹⁷⁷— de tales principios deriva, sustancialmente, de la propuesta que consiste en estructurar las alegaciones de las partes, y muy particularmente, por la introducción del documento conjunto electrónico o *Basisdokument*. Así, la intervención del tribunal en la configuración del objeto del proceso, puede determinar una transmutación de ambos principios hacia el llamado principio de cooperación, que configura un proceso civil radicalmente distinto al clásico-liberal¹⁷⁸. Otros autores han sostenido, sin embargo, que la responsabilidad de las partes en la configuración del proceso no se ve afectada por estas propuestas¹⁷⁹. En cualquier caso, la intervención judicial en la configuración del objeto del proceso no puede vulnerar en ningún caso su

¹⁷³ Informe final, referencia 76, p. 59.

¹⁷⁴ VALERIUS, B., *op. cit.*, p. 165.

¹⁷⁵ MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., referencia 164, p. 72.

¹⁷⁶ MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., referencia 164, p. 72.

¹⁷⁷ PREUß, N., referencia 59, p. 453.

¹⁷⁸ Respecto del principio de cooperación, pueden verse los clásicos trabajos de GREGER, R., *Kooperation als Prozessmaxime* en GOTTWALD, P., GREGER, R., y PRÜTTING, H. (eds.), *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa*, Giesekin-Verlag, Bielefeld, 2000, pp. 77 y ss; y el de HAHN, B., *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?: Grenzverschiebungen in der Verantwortung von Parteien und Gericht und Gericht bei der Tatsachenbeschaffung und Sachverhaltserforschung im neuen Zivilprozessrecht*, Heymann, Köln, 1983.

¹⁷⁹ PREUß, N., referencia 59, p. 452.

obligación de tratar por igual a las partes, así como la «estricta exigencia de neutralidad judicial»¹⁸⁰.

8.6. Principios de oralidad y de escritura

Los principios de oralidad y de escritura también se ven afectados por las propuestas de modernización y digitalización. La ZPO construye el proceso civil sobre la base del principio de oralidad, como se desprende del § 128 ZPO, aunque reconoce también notables excepciones al mismo (§§ 128.II – IV, 251a, 307, 331.II y 495a ZPO): «(1) Las partes, en presencia del tribunal que conoce del asunto, se pronunciarán oralmente sobre el objeto de litigio. (2) Previo acuerdo de las partes, solo revocable por modificaciones fundamentales de la situación procesal, el tribunal puede resolver sin necesidad de audiencia oral. (...) (4) Las resoluciones del tribunal que no sean sentencias, pueden dictarse sin necesidad de audiencia oral, salvo que se establezca otra cosa.

Sin embargo, la oralidad y la escritura son tipos ideales de configuración del proceso, que se complementan y materializan de manera conjunta en la práctica¹⁸¹, de modo que nunca predomina absolutamente uno sobre el otro y en este sentido, la digitalización del proceso civil no necesariamente afecta en sentido negativo a la preferencia legislativa por la oralidad, sobre todo cuando el procedimiento *online* no es obligatorio para las partes¹⁸². Y además de ello, la oralidad se puede garantizar aun cuando el procedimiento se tramita por videoconferencia¹⁸³.

8.7. Principio de inmediación

El principio de inmediación, concretado en algunos preceptos como los §§ 128.I, 309 o 355.I.1 ZPO, supone que el tribunal que decidirá la controversia entre las partes, debe tener conocimiento directo de ella¹⁸⁴. Así, la clásica sala de audiencias es la culminación de este contacto directo entre los responsables de la toma de decisiones y la controversia a resolver¹⁸⁵. Se trata de crear una «atmósfera de la verdad, al servicio de una comprobación total e incorrupta de los hechos»¹⁸⁶. Y como señala SCHREIBER, «sabemos desde la teoría de la mediación y de la interrogación, cómo de importante es el *setting* en presencia

¹⁸⁰ PREUß, N., referencia 59, pp. 453 y 454.

¹⁸¹ KORVES, R., *op. cit.*, p. 7.

¹⁸² RÜHL, G., referencia 42, p. 814.

¹⁸³ MELLER-HANNICH, C., referencia 120, p. 289. Para otros como HEIL, B., referencia 62, p. 14, la utilización de la videoconferencia supone efectivamente una quiebra del principio de oralidad. También lo reconoce así VON SELLE, referencia 85, p. 1.

¹⁸⁴ MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., referencia 164, p. 77.

¹⁸⁵ FRIES, M., referencia 83, p. 29.

¹⁸⁶ FRIES, M., referencia 83, p. 29.

física para la audiencia. Por su propia existencia física, los Juzgados — como edificio — nos recuerdan la presencia del Estado de Derecho»¹⁸⁷. Y en este sentido, es apreciable que el principio de inmediación es uno de los que más notablemente se pueden ver afectados por la digitalización del proceso civil, especialmente en lo que se refiere a la introducción de mecanismos como la videoconferencia, tal como observan algunos grupos de trabajo¹⁸⁸ y la doctrina¹⁸⁹. Otros autores, más que de afectación o vulneración, prefieren hablar de «modificación» del principio de inmediación¹⁹⁰. En cualquier caso, deberá garantizarse que sea el tribunal el que decida si la utilización, por ejemplo, de la videoconferencia es apropiada para determinados supuestos y, por tanto, si la afectación de la inmediación es lo suficientemente grave como para tramitar el proceso presencialmente¹⁹¹.

8.8. Principio de publicidad

Del principio de publicidad se deriva que toda audiencia y toda sentencia debe respetar el principio de publicidad, con independencia de si existe o no público¹⁹². La consecuencia fundamental de la falta de observancia del principio de publicidad puede verse en el § 547. 5º ZPO. De él se deriva que la vulneración de los preceptos relativos a la publicidad del procedimiento es un «absoluto motivo de revisión» (casación, entre nosotros), lo que supone que la influencia del error sobre la resolución se presume decisiva *iuris et de iure*¹⁹³. Más allá de esto, no puede olvidarse que, si bien la publicidad es relevante en todos los

¹⁸⁷ SCHREIBER, F., referencia 81, p. 44. En el mismo sentido FRIES, M., referencia 83, p. 29. Sobre la problemática del lenguaje corporal se pronuncia también PRÜTTING, H., referencia 46, p. 332.

¹⁸⁸ Informe final, referencia 76, p. 62.

¹⁸⁹ Ver: FRIES, M., referencia 83, p. 28. Otros sostienen, sin embargo, que la videoconferencia no supone en absoluto una quiebra del principio de inmediación. Así: PRÜTTING, H., referencia 46, p. 332. Igualmente, FRITSCH, J., referencia 82, pár. 10.

¹⁹⁰ MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., referencia 164, p. 77.

¹⁹¹ FRIES, M., referencia 83, p. 29. No parece especialmente necesario que los interrogados tengan una visión completa de lo que sucede en la sala de vistas, como hace notar SCHULTZKY, H., *op. cit.*, p. 315. En contra de esta laxa postura puede citarse a FISCHER, N., *op. cit.*, p. 156.

¹⁹² DEURING, S., *op. cit.*, p. 25. Respecto del principio de publicidad y su relación con la pandemia se puede ver: AARON MOSLEHI, S., *Der Ausschluss der Öffentlichkeit in Straverfahren zu Pandemiezeiten*, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol.2 (2020), pp. 21 y ss; GARBER, T. y NEUMAYR, M., COVID-19 und der österreichische Zivilprozess: Ausgewählte Fragen, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol.2 (2020); y WIEDEMANN, D., *Mediale Präsenz von Gerichten und Ausgestaltung des Öffentlichkeitsgrundsatzes in Deutschland und Brasilien*, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol. 2 (2019), pp. 18 y ss.

¹⁹³ DEURING, S., *op. cit.*, p. 24.

procesos, su importancia es menor en los procesos civiles patrimoniales que en los penales, por la distinta relevancia pública de los intereses en liza¹⁹⁴.

El principio de publicidad, positivizado en el § 169 GVG y excepcionado en el § 170 GVG, garantiza que cualquier persona tenga la posibilidad de saber, sin especial dificultad, cuándo y dónde se celebra una audiencia ante un tribunal y a acceder a ella (Auto del BVerfG, Sala II, de 10 de octubre de 2001). Así pues, opera garantizando la transparencia de las actividades judiciales como base para la confianza en la administración de justicia independiente y neutral, como elemento fundamental del Estado de Derecho (art. 20 GG y art. 6.I.2 CEDH)¹⁹⁵. En definitiva, asegura la participación de la ciudadanía en un proceso de toma de decisiones que termina en su nombre y al mismo tiempo sirve de control para protegerlo de juicios arbitrarios¹⁹⁶. De esta manera, la digitalización plantea problemas respecto de la publicidad en la medida en que restringe la posibilidad de terceros de acceder a las sesiones de juicio¹⁹⁷. Al respecto se han propuesto algunas soluciones. Así, algunos sostienen que la publicidad podría garantizarse mediante la colocación de fichas de citas o etiquetas electrónicas (códigos QR) en la sala de reuniones, a efectos de acceder a las sesiones por medios telemáticos¹⁹⁸. Sin embargo, esta solución plantea algunos problemas respecto de la protección de datos, en la medida en que la divulgación permanente de los datos personales que puedan derivar del proceso no es ni estrictamente necesaria ni siempre proporcional a los efectos del § 169 GVG¹⁹⁹. De otro lado y respecto de las audiencias virtuales se ha sostenido que no necesariamente vulneran el principio de publicidad²⁰⁰. En este sentido, debe garantizarse que la audiencia por vídeo se transmitirá en directo en una sala designada por el tribunal, donde todo el mundo podrá seguir la audiencia en imagen y sonido²⁰¹. El problema fundamental que se plantea aquí estriba en determinar el criterio que permita el acceso de determinadas personas a la audiencia virtual. La doctrina parece ser unánime en admitir tan solo la entrada de quien tuviera un interés legítimo²⁰².

¹⁹⁴ DEURING, S., *op. cit.*, p. 24.

¹⁹⁵ MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., referencia 164, p. 78; o como dice ESCHENHAGEN, P., referencia 84, p. 2: «no sorprende que el principio de publicidad se piense en conjunto con la democracia y el Estado de Derecho».

¹⁹⁶ FRIES, M., referencia 83, p. 29. Ver también PASCHKE, A., *Digitale Gerichtsöffentlichkeit*, 2018, pp. 96 y ss.

¹⁹⁷ FRIES, M., referencia 83, p. 27.

¹⁹⁸ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 68.

¹⁹⁹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 68.

²⁰⁰ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 47.

²⁰¹ *Modernisierung des Zivilprozesses*, referencia 4, p. 47.

²⁰² RIEHM, *cit.* en FRIES, M., referencia 83, p. 30.

9. Conclusiones

1. La irrupción de la pandemia del COVID-19 ha influido decisivamente en la digitalización del proceso civil, en la medida en que ha obligado a mantener distancias físicas y, por tanto, a arbitrar —o redescubrir— soluciones procesales. Al margen de la irrupción de la pandemia, la digitalización se ha visto acelerada en los últimos años, al suponer muy notables ventajas, pues permite la reducción de costes y de gastos no solo en beneficio de las partes, sino también del Estado.²⁰³

2. La digitalización no puede comprenderse como un fin en sí mismo, pues digitalización no significa necesariamente mejora²⁰⁴. En este sentido, las propuestas de digitalización tienen como objetivo prioritario mejorar la justicia civil en términos de eficiencia y proximidad al ciudadano.

3. De otro lado, la implantación de un modelo digital de proceso civil no presupone únicamente cambios legislativos, sino un cambio cultural en los operadores jurídicos, que deben adaptar su praxis cotidiana a las exigencias de lo digital. A ello deben sumársele las inversiones pertinentes en el *software* y *hardware* necesario para la digitalización²⁰⁵.

4. Las reformas legislativas producidas hasta el momento han tenido como objetivo primario el abandono del papel, pero se han ocupado solo tangencialmente de otros mecanismos clave de digitalización como la introducción de mecanismos automatizados de tratamiento de datos²⁰⁶. Por otra parte, las principales propuestas de digitalización se han centrado en el proceso declarativo, de modo que queda por estudiar las particularidades que la digitalización produce respecto de la tutela cautelar o ejecutiva. Y en este sentido, no todas las propuestas de digitalización son adecuadas para todos los litigios que puedan plantearse. Así, las audiencias virtuales parecen más interesantes en aquellos supuestos en que lo fáctico no es excesivamente problemático, sino que la discusión radica sobre todo en lo jurídico.

5. La digitalización no produce *per se* una afectación inasumible de los principios generales del proceso civil, que parecen poder conciliarse adecuadamente con las exigencias de la digitalización. Muy particularmente suscitan problemas algunos principios como la inmediatez o la publicidad de las actuaciones; problemas que son sencillamente solucionables.

6. Por último, para futuras investigaciones queda el tratamiento de la protección de datos, pues especialmente problemática es la cuestión en la medida en que no todos los *software* que emplean los tribunales para la realización, por

²⁰³ FRIES, M., referencia 83, p. 28.

²⁰⁴ MÜLLER, D. y GOMM, J., referencia 153, p. 223.

²⁰⁵ CALLIES, G., referencia 14, p. 103.

²⁰⁶ RÜHL, G., referencia 42, p. 810.

ejemplo, de audiencias virtuales cumplen con los estándares mínimos de la legislación en tal materia.

10. Bibliografía

AARON MOSLEHI, S., Der Ausschluss der Öffentlichkeit in Straverfahren zu Pandemiezeiten, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol.2 (2020), pp. 21 y ss.

BACH, § 371b ZPO en VORWERK, V., y WOLF, C., *BeckOK ZPO*, C.H. Beck, cuadragésima edición, 2021.

BACHMANN, B., *Historische Aspekte – Die Entwicklung der ZPO*, en BLAUROCK, U., *Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

BARRIO ANDRÉS, M. (dir.), *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, Wolters Kluwer, 2019.

BANACLOCHE PALAO, J., *Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?*, La Ley, 19 de marzo de 2021.

BURCKHARDT, P., Zur Einführung des beA für Rechtsanwaltsgesellschaften, *e-Justice*, 24 de julio de 2019, pp. 9 y ss.

BUSCHMANN, A., et al. (eds.), *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht*, Vol. 236, *Schriften zum Prozessrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.

CALLIES, G., *Der Richter im Zivilprozess. Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß? Gutachten A zum 70. Deutschen Juristentag in Hannover*, C.H. Beck, 2014.

CHRISTENSEN, G., *Das beschleunigte Online-Verfahren erleichtert den Zugang zum Recht*, *Anwaltsblatt*, 2021, pp. 286 y ss.

CUCARELLA GALIANA, L. A., en *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

DEURING, S., Der Öffentlichkeitsgrundsatz in Zeiten der COVID-19-Pandemie: Über die Vereinbarkeit des “Corona-Lock-down” mit einem Kernprinzip unter besonderer Berücksichtigung des Zivilverfahrensrechts, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol.2 (2020), pp. 22 y ss.

ESCHENHAGEN, P., *Öffentlichkeit in Online-Gerichtsverhandlungen*, verfassungsblog, de 26 de abril de 2020.

EFFER-UHE, D., Strukturierter Parteivortrag im elektronischen Zivilprozess, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol. 1 (2018), pp. 6 y ss.

FIEDLER, H., Rechtsinformatik und juristische Tradition, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 24. März 1974*, pp. 167 y ss.

FISCHER, N., Überlegungen zu einem sozialen elektronischen Zivilprozess: Kritische Anmerkungen zur Justiz-Elektronifizierung am Beispiel

des »Justizkommunikationsgesetzes«, *Kritische Justiz*, Vol. 38, núm. 2 (2005), pp. 152 y ss.

FRIES, M., Die volvirtuelle Verhandlung – Quo vadis, § 128a ZPO?, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol. 2 (2020), pp. 27 y ss.

FRITSCH, J., § 128a ZPO en *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*. C.H. Beck, sexta edición, 2020.

GALLO, F., COVID y justicia telemática, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 965 (2020).

GAIER, R., Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2015, pp. 101 y ss.

GARBER, T. y NEUMAYR, M., COVID-19 und der österreichische Zivilprozess: Ausgewählte Fragen, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol.2 (2020).

GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R., Camino a la intermediación digital en justicia: juicios y actos procesales remotos, *Diario la Ley*, núm. 9873.

GREGER, R., *Kooperation als Prozessmaxime* en GOTTWALD, P., GREGER, R., y PRÜTTING, H. (eds.), *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa*, Giesecke-Verlag, Bielefeld, pp. 77 y ss.

GUCKELBERGER, A., *Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2019.

GUISE-RÜBE, R. y KUHNKE-FRÖHLICH, S., *Videoverhandlung als Regelfall*, LTO, 8 de julio de 2021.

HAHN, B., *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?: Grenzverschiebungen in der Verantwortung von Parteien und Gericht und Gericht bei der Tatsachenbeschaffung und Sachverhaltserforschung im neuen Zivilprozessrecht*, Heymann, Köln, 1983.

HAFT, F., *Nutzanwendungen kybernetischer Systeme im Recht*, Gießen, 1968.

HARTUNG, M., *Das beschleunigte Online-Verfahren und „Unmet Legal Needs“*, *Anwaltsblatt* 2021, pp. 287 y ss.

HEIL, B., *IT-Anwendung im Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

Informe final del grupo de trabajo de Estados federados, *Legal Tech: Herausforderungen für die Justiz*, 2018.

KIEßLING, E., § 130b ZPO en SAENGER, I., *Zivilprozessordnung*, C.H. Beck, novena edición, 2021.

KILIAN, W., *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung – Methodenorientierte Vorstudie*, Toeche-Mittler, 1974.

KINDERMANN, E., *Das elektronische Beweismittel ist nicht mehr wegzudenken*, *Anwaltsblatt* 2021, pág. 293.

KORVES, R., *Formularzwänge im (digitalisierten) Prozessrecht*, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol. 1 (2018), pp. 7 y ss.

KRÜGER, J., MÖLLERS, F., VOGELGESANG, S., *Richterliche Unabhängigkeit und Bring Your Own Device (BYOD) – Weg in die Zukunft oder*

unvertretbares Sicherheitsrisiko, en *Trends und Communities der Rechtsinformatik: Tagungsband des 20. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS 2017 / Trends and Communities of Legal Informatics: Proceedings of the 20th International Legal Informatics Symposium IRIS 2017*, Österreichische Computer Gesellschaft, 2017, pp. 291 y ss.

KRÜGER, J. y VOGELGESANG, S., *Elektronischer Rechtsverkehr in Verfahren ohne Anwaltszwang – der Justizgewährungsanspruch des Bürgers als praktischer und theoretischer Störfaktor?*, en *Kooperation: Tagungsband des 18. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS 2015 / Co-operation: Proceedings of the 18th Legal Informatics Symposium IRIS 2015*, Österreichische Computer Gesellschaft, 2015, pp. 263 y ss.

KRÜGER, J., VOGELGESANG, S., LEICHT, M. y ADAM, L-M., *Strafjustiz und der Einsatz von Videotechnik in Corona-Zeiten – Krisenmanagement oder auch digitale Entwicklungshilfe*, en *Cybergovernance: Tagungsband des 24. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS 2021 / Cybergovernance: Proceedings of the 24th Legal Informatics Symposium IRIS 2021*, Österreichische Computer Gesellschaft, 2021, pp. 55 y ss.

KRÜGER, J., VOGELGESANG, S., ADAM, L-M., *Verantwortungsbewusste Digitalisierung, gerichtliche Entscheidungen und der Gedanke des fairen Verfahrens*, en *Verantwortungsbewusste Digitalisierung: Tagungsband des 23. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS 2020 / Responsible Digitalization: Proceedings of the 23rd International Legal Informatics Symposium IRIS 2020*, Österreichische Computer Gesellschaft, 2020, págs, 49 y ss.

KUCHENBAUER, K., *Der gläserne Richter – Big-Data-Analyse als Mittel zur Vorsehrbarkeit richterlicher Entscheidungen?*, *JuristenZeitung*, núm. 13, 2021, pp. 647 y ss.

LEIBENGER, D., PETRLIC, R., SORGE, C. y VOGELGESANG, S., *Elektronische Akten: Anforderungen und technische Lösungsmöglichkeiten*, en *Kooperation: Tagungsband des 18. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS 2015 / Co-operation: Proceedings of the 18th Legal Informatics Symposium IRIS 2015*, Österreichische Computer Gesellschaft, 2015, pp. 271 y ss.

LÖWENKAMP, H., *Die Lehre vom Schriftsatz in ausländischen Zivilprozesssystemen*, Erlangen, 1965.

MELLER-HANNICH, C., *Eine sorgfältige Neuinterpretation könnte Verfahrensrechte stärken*, *Anwaltsblatt* 2021, pp. 288 y ss.

Modernisierung des Zivilprozesses, Diskussionspapier, 2 de febrero de 2021, pág. III, disponible *on line* en: https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/diskussionspapier_ag_modernisierung.pdf

MÜLLER, D. y GOMM, J., *Die Digitalisierung der Justiz am Beispiel des Zivilprozesses – von Thesen zur Umsetzung (Teil 1)*, *Juris*, junio 2021, pp. 222 y ss.

MÜLLER, H., *Der elektronische Rechtsverkehr tritt aus der Nische*, Juristische Schulung, 2018, pp. 1193 y ss.

MÜLLER, M., *Die Digitalisierung der Justiz in Deutschland: Entwicklung und rechtliche Würdigung des EJustizG am Beispiel des Zivilprozesses*, Verlag Dr. Kovač, Frankfurt, 2015.

MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., *Grundkurs ZPO*, C.H. Beck, 2018.

SANJURJO REBOLLO, B., Modernización digital de la Administración de Justicia: especial referencia a la jurisdicción contable, *Revista Española de Control Externo*, Vol. 13, núm. 37, 2011, pp. 61 y ss.

SCHACK, H., Waffengleichheit im Zivilprozess, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol. 129, Tomo 4, 2006, pp. 393 y ss.

SCHREIBER, F., *Die mündliche Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung*, Recht Innovativ (2020), Tomo IV, Vol. II, pp. 38 y ss.

SCHULTZKY, H., Videokonferenzen im Zivilprozess, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, pp. 313 y ss.

SOMMERER, L., Virtuelle Unmittelbarkeit? – Videokonferenzen im Strafverfahren während und jenseits einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 133, número 2, 2021, pp. 403 y ss.

STADLER, A., § 130b ZPO en MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., *ZPO*, C.H. Beck, decimoctava edición, 2021.

STADLER, A., § 128a ZPO en MUSIELAK, H.J. y VOIT, W., *ZPO*, C.H. Beck, decimoctava edición, 2021.

STAMM, J., Die Digitalisierung der Zwangsvollstreckung, *Neue Juristische Wochenschrift*, Núm. 35 (2021).

STRODTHOFF, *Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht im deutschen Zivilprozeß im historischen Perspektive*, Peter Lang GmbH, 2004.

RAESCHKE-KESSLER, H., *Die Rechtsmittelreform im Zivilprozess von 2001 – ein Fortschritt?*, Rechtspolitisches Forum, 20, Institut für Rechtspolitik Trier.

ROTH, H., Die Zukunft der Ziviljustiz, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol. 129, Tomo I, 2016, pág. 21.

RÜHL, G., Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, *Juristen Zeitung*, núm. 17 (2020), pp. 809 y ss.

PASCHKE, A., *Digitale Gerichtsöffentlichkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.

PIROUTEK, C., „Going digital“ statt „Never ending Story“, *e-Justice*, septiembre 2018, pp. 16 y ss.

PREUß, N., Der elektronische Zivilprozess – Nutzen oder Schaden?, *Zeitschrift für Zivilprozess*, núm. 129, Vol. 4, 2016, pp. 421 y ss.

PRÜTTING, H., *Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft?*, Anwaltsblatt, núm. 6, 2013, pp. 401 y ss.

PRÜTTING, H., *Auf dem Weg von der mündlichen Verhandlung zur Videokonferenz*, *Anwaltsblatt*, núm. 5, 2013, pp. 330 y ss.

VALERIUS, B., „Legal Tech“ im Strafverfahren?, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 133, 2021, pp. 152 y ss.

VOß, W., Gerichtsverbundene Online–Streitbeilegung: ein Zukunftsmodell?, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 84, Tomo I, 2020, pp. 62 y ss.

VOß, W., Verbraucherfreundlich, verfahrensökonomisch, verfassungskonform? Zum Vorschlag eines Beschleunigten Online-Verfahrens, *Verbraucher und Recht*, Núm. 7, pp. 243 y ss.

VON SELLE, §128a ZPO en VORWERK, V., y WOLF, C., *BeckOK ZPO*, C.H. Beck, cuadragésima edición, 2021.

WIEDEMANN, D., Mediale Präsenz von Gerichten und Ausgestaltung des Öffentlichkeitsgrundsatzes in Deutschland und Brasilien, *Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht*, Vol. 2 (2019), pp. 18 y ss.

WINDAU, B., Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, pp. 2753 y ss.

WÖLBER, J., y NICOLAI, J., Zukunftsoffene und verbraucherfreundliche Justiz – Überlegungen zu einem Beschleunigten Online-Verfahren für geringe Streitwerte, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Vol. 51 núm. 8, 2018, pp. 229 y ss.

WÖSTMANN, H., § 128a ZPO en SAENGER, I., *Zivilprozessordnung*, C. H. Beck, novena edición, 2021.

ZIMMERMAN, W., § 371b ZPO en *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*. C.H. Beck, sexta edición, 2020.

ZWICKEL, M., *Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht*, pág. 1 en BUSCHMANN, A., et al. (eds.), *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht*, Vol. 236, Schriften zum Prozessrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.

ZWICKEL, M., *Bürgernahe Ziviljustiz: Ideen für ein digitales Bagatellverfahren* en FERRAND, F., KNETSCH, J., y ZWICKEL, M., (eds.) *Die Digitalisierung des Zivilrechts und der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich*, FAU University Press, Erlangen, 2020, pp. 243 y ss.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

VIOLENCIA DE EXTENSIÓN Y VICARIA: MEDIDAS NORMATIVAS URGENTES PARA UNA EJECUCIÓN INICIAL

Extensive and vicary violence: Urgent regulatory action for an initial implementation

Por Elena del Pilar Ramallo Miñán
Profesora, Doctora en derecho e investigadora
e.ramallo@udc.es

Artículo recibido: 10/11/2021 | Artículo aceptado: 14/12/2021

RESUMEN

Las definiciones sobre la violencia por extensión o/y vicaria son múltiples, pero si existe una que la defina a la perfección a ambas es la violencia que sufre el hijo con el fin de destruir al otro progenitor, en un porcentaje muy elevado, en la figura de la madre. Diferencia entre lo que se considera violencia vicaria y de extensión.

Este tipo de violencia surge principalmente a partir de los procesos de separación y divorcio. En la mayoría de los casos, es un modo de control sobre la mujer, para someter y doblegar su voluntad.

La mujer/madre es sometida por el pánico a que a sus hijos puedan ser agredidos o asesinados: *te voy a dar por donde más te duele*. Lo podríamos definir como, el máximo grado del proceso de control y maltrato ejercido sobre una mujer-madre. Se trata de la forma más extrema y atroz en la que se desarrolla la violencia de género.

El amparo legal para este tipo de violencia no se encuentra desarrollado, como tal, en una ley, sino que se desparrama en distintos articulados en leyes que abordan puntualmente algunos mínimos aspectos, siendo la protección ineficaz que no evita ni los daños psicológicos a los menores y a la madre ni - en su extremo máximo de violencia-, los asesinatos de los menores.

Esta investigación pretende aportar instrumentos y propuestas normativas de carácter inicial y urgente contra este tipo de violencia.

ABSTRACT

The definitions of extension or / and vicarious violence are multiple, but if there is one that perfectly defines both, it is the following; the violence suffered by the child in order to destroy the other parent, in a very high percentage, in the figure of the mother. Difference between what is considered vicarious and extension violence.

This casuistry of violence arises mainly from the processes of separation and divorce. In most cases it is a way of control over the woman, to subdue and

bend her will. The woman/mother is panicked that her children may be attacked or killed. We could define it as the maximum degree of the process of control and abuse exercised on a woman who is a mother. It could be synthesized as the most extreme and atrocious way in which gender violence develops.

The legal protection for this type of violence is not developed, as such, in a law but is spread in different articles in laws that specifically address some minimum aspects by which the protection is aimed at being ineffective and does not prevent or psychological damage to minors and the mother, nor, at the extreme of violence, murder of minors

This research aims to provide instruments and normative proposals of an initial and urgent nature against this type of violence.

PALABRAS CLAVE

Violencia de extensión y vicaria, medidas normativas urgentes, ordenamiento español.

KEYWORDS

Extensive and vicary violence, urgent regulatory action, Spanish law.

Sumario: 1. Contextualización del tema, planteamiento y objetivo de la investigación. 2. El concepto de la violencia por extensión y vicaria, al alcance de este tipo de maltrato y perfil del maltratador de violencia vicaria. 3. Casos mediáticos 4. La relación entre víctimas de género y de violencia vicaria. 5. La investigación de casuísticas del universo de estudio y la metodología aplicada. 6. Los agentes que intervienen en el proceso: psicólogos forenses, servicios sociales, policías y justicia (fiscales y jueces). 7. El amparo legal: Distintos articulados que abordan puntualmente y mínimamente el término. 8. Propuestas de modificaciones normativas. 8.1 Medidas urgentes de ejecución inicial. 8.2 Medidas de carácter reparador por parte del Estado a madres/padres víctimas de violencia vicaria/extensión. 9. Reflexiones conclusivas. Esta investigación pretende aportar instrumentos y propuestas normativas de carácter inicial y urgente contra este tipo de violencia. 10. Bibliografía

1. Contextualización del tema, planteamiento y objetivo de la investigación

La realización de este estudio sobre la instrumentalización de los hijos, que se lleva a cabo en el proceso de maltrato, es pionera por su planteamiento, contenido y alcance, resultando altamente necesaria, a la par que compleja dada la falta de datos registrales de filicidios, de textos de estudio o bibliografía que permitan un análisis con el fin de desarrollar políticas de protección. Demostrándose así que, es un tema escasamente investigado.

Por aportar algunos datos de arranque y, con la advertencia de que España no realiza un arqueo profundo y detallado sobre este tipo de asesinatos, observamos que entre 2011 (primer año de recogida de datos) y mediados (junio) de 2021 el número de menores asesinados en el marco de la violencia de extensión (por sus progenitores, sin diferencia entre si el filicidio lo materializa el padre o la madre) era de 78 menores, según datos del Ministerio del Interior. Estos datos tan inconcretos, apenas aportan cuestiones con las que trabajar más allá de la cifra numérica de filicidios.

En cuanto a la normativa de la violencia por extensión, en la que el objeto de maltrato son los hijos para infligir daño a la madre, conviene señalar que, no se recoge como tal en *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en adelante LOIVG*, aunque se menciona colateralmente y, figura en algunas leyes autonómicas posteriores a la LOIVG y, en el *Pacto de Estado contra la Violencia de Género 2017*. No obstante, no se abordan y plantean modificaciones normativas concretas y acertadas para evitar los asesinatos.

La mayoría de las referencias encontradas está relacionada con la violencia psicológica (no reconocida en muchos casos), o las consecuencias de la violencia de género en los menores, directa o indirectamente, pero en escasas ocasiones se indaga sobre la utilización de los hijos como instrumento para dañar a la madre, sin embargo, el maltrato a través de los hijos es una táctica habitual.

El planteamiento global de este estudio consiste en analizar la realidad de este terrible maltrato desde el punto de vista de los datos actuales -escasos y sin registros oficiales y específicos-, analizar una amplia muestra de estudio de mujeres (víctimas de género y no víctimas) con hijos, con el fin de obtener perfiles que faciliten la comprobación entre la relación existente entre la violencia de género y por extensión, sin dejar de analizar los escasos casos en los que el asesinato se produce por parte de la madre. Paralelamente, este estudio persigue realizar un profundo examen de las normativas existentes utilizables y plantear propuestas de soluciones a los posibles fallos del Sistema, con propuestas normativas concretas, en relación con el maltrato a los menores y a las madres.

En relación con el planteamiento de si existente relación directa entre la violencia de género y la vicaria o datos sobre la violencia por extensión.

Los datos de los que se dispone son desde el 2013 aportados por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, no obstante, su consideración registral oficial como víctimas directas de esta violencia no se produce hasta el 2015. Sin embargo, a día de hoy, dichos datos no se encuentran unificados ni permiten ser utilizados para un análisis casuístico y preventivo, por lo que no permiten desarrollar, en parte, políticas adecuadas de protección

a los menores. Estas medidas específicas podrían haber evitado muchos de los asesinatos de menores, como es la suspensión de los regímenes de visitas e incluso de la patria potestad a maltratadores en los casos de peligro, peticiones que han sido desoídos desde siempre por el estamento judicial. Uno de los aspectos positivos que pretende desarrollar *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*¹, es crear un Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia, al que deberán remitir información las administraciones públicas, el Consejo General del Poder Judicial y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero no específico para este tipo de violencia aunque si incluirá datos estadísticos, necesarios e interesantes, de los que no disponemos en la actualidad, y otro de ellos, la suspensión del régimen de visitas aunque la aplicación judicial sigue sin producirse, afirmación sustentada en el análisis de sentencias judiciales posteriores a la aprobación de la ley.

2. El concepto de la violencia de extensión y vicaria y al alcance de este tipo de maltrato y perfil del maltratador de violencia vicaria

La definición de este tipo de maltrato o violencia, denominada por extensión o/y vicaria no es otra que la violencia padecida por los hijos con el fin de destruir al otro progenitor. Es decir, la violencia ejercida sobre los hijos por un progenitor con el fin de dañar al otro progenitor. *Te voy a dar donde más te duele* es la manida frase repetida hasta la saciedad a modo de amenaza real.

El planteamiento en esta investigación será pionero a todos los realizados hasta la fecha, entre otros aspectos, por la diferenciación entre ambos términos, *violencia de extensión y vicaria*. Concibiéndose la primera, en los casos en los que no hay una violencia directa de género sobre la madre y en la segunda, *la violencia vicaria*, cuando ambas violencias son coincidentes y una derivada de la otra.

De este modo, la *violencia por extensión*, se produce por parte de cualquiera de los progenitores (padre/madre) y es un maltrato específico cuyo instrumento de tormento y daño son los hijos. Mientras que el de *violencia vicaria* en caso de mujeres víctimas de violencia machista, la instrumentalización y maltrato sobre los hijos es un daño a sumar sobre la violencia global que ya está siendo ejercida sobre las madres, esta última se entendería como una violencia derivada de la otra. Esta investigación defiende la tesis de que no siempre este tipo de violencia se puede estudiar dentro del contexto de la violencia de género como tal.

¹ El Título Quinto se centra en la organización administrativa. Dentro de la misma, por un lado, destaca la creación de un Registro Central de Información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia (art. 56).

En un porcentaje muy elevado, ambas violencias - *extensión* y *vicaria*- se ejerce con el fin de dañar a la madre. Su manifestación se desarrolla en diferentes grados de intensidad, que puede llegar al máximo grado en el filicidio, el término deriva del latín *filius*, que significa "hijo" consiste en el asesinato por parte de un progenitor (padre/madre) hacia un hijo propio o de la pareja.

Cómo se ejercen (*violencia por extensión y vicaria*); La palabra clave es *control*, se trata de una violencia instrumental que consiste en utilizar a los hijos para hacer daño a la pareja o ex pareja como instrumento o conducto para hacer daño, al ser conocedor que el dolor que se va a causar es mucho mayor que si la dañara directamente. En el caso del filicidio, el dolor que inflige es extremo porque durará toda la vida.

Con todo, se trata de borrar a la madre, convirtiendo a ésta en un ser sospechoso de cualquier tipo de locura, enajenación mental o actitudes anti sociales que muy hábilmente se dibujan en un cuadro de manipulación extrema

Cuando se ejerce (*violencia de extensión y vicaria*); En ambos se producen, principalmente, durante la separación o ruptura. Sin embargo, cuando se inscribe en el ámbito de la violencia de género y el maltratador convive con la mujer, la violencia vicaria puede ser ejercida a diario. El maltratador sabe que posee un poder absoluto, ya que la mujer nunca pondrá en peligro a sus hijos. En el caso de que ya no exista convivencia, la tortura es mayor para la mujer. La percepción de pérdida de control sobre la mujer por parte del maltratador y el hecho de estar a solas con el menor, implica una situación de angustia para la madre y de indefensión para el menor.

El asesinato de los hijos es la tortura máxima, a la situación continuada de pánico bajo la amenaza de que los menores puedan ser dañados, y esto se produce en el momento en el que percibe que ha fracasado en su intención de dominarla y someterla.

El perfil del maltratador (*violencia de extensión y vicaria*); Después de años de investigaciones, lo que se ha demostrado es que no hay un perfil concreto de víctima de violencia de género, igual que no existe un perfil concreto de maltratador de violencia machista, como no lo hay de violencia por *extensión* y *vicaria*, aunque si hay algunos rasgos comunes, no permiten establecer un perfil concreto de estudio. En cuanto al maltratador que utiliza la violencia vicaria como modo de provocar daño a la mujer es necesario manifestar que no son enfermos mentales, en el caso de los hombres. Son maltratadores machistas por excelencia, que por medio del maltrato buscan aplicar violencia punitiva para infligir el máximo dolor. En el caso *extensión*, en los supuestos en los que el maltratador infantil es la madre se observa que, muchas padecen trastornos, bien a causa del maltrato sufrido o bien por otros motivos. En el caso de las madres, en un porcentaje elevadísimo se suicidan al ejecutar el filicidio.

3. Casos mediáticos

Desde 2013, año en el que se empezaron a contabilizar de forma oficial estos datos, han sido asesinados en España total de 42 menores por violencia de extensión.

LA VIOLENCIA DE GÉNERO VICARIA, EN DATOS (2013-2021)

Año	Total de menores víctimas	Casos con denuncia previa	Casos con medida de protección solicitada	Casos con medida de protección vigente
2013	6	1	1	1
2014	4	2	1	0
2015	5	0	0	0
2016	1	0	0	0
2017	8	1	1	0
2018	7	2	0	0
2019	3	1	1	1
2020	3	0	0	0
2021*	5	1	0	0

**Los datos oficiales de menores víctimas mortales de la violencia de género son hasta septiembre de 2021*

El caso de la hija de Ángela Carreño, en 2003, es un ejemplo claro de una de las peores situaciones que sufre una mujer, una víctima, en los juzgados, la falta de credibilidad de sus denuncias y de sus alertas. Ángela que, tras denunciar por maltrato a su marido, alertó en 51 ocasiones, con sus denuncias lo que fue el peor de los desenlaces, el maltratador asesinó a la hija de ambos, de siete años, de un tiro durante el régimen de visitas. Pero el Estado español no quiso reconocer su responsabilidad. Tras casi una década, y tras haber pasado por la Audiencia Nacional, el Supremo y el Constitucional, ningún tribunal dio la razón a Ángela: consideraban que el Estado no tenía ninguna responsabilidad en el feminicidio de su hija, cuando era evidente de que era el responsable directo por no dar credibilidad al relato de la madre, no haber adoptado medidas y por no proteger a la menor. Falló todo el Sistema Ángela había alertado a los Servicios sociales de las amenazas constantes por parte del agresor y había llegado a interponer 30 denuncias desde que se separó del agresor en 1999. No la creyeron y no actuaron.

Otras, igualmente no fueron creídas y el desenlace fue terrible, como es el caso de Margarita Dopico que había pedido ayuda, insistentemente a la Guardia Civil, sin embargo, no quisieron hacer caso, no la creyeron. Su hijo Pablo, un bebe de 14 meses asesinado en el 2010 en Betanzos, La Coruña. El

padre llamó a la madre, para que escuchase por teléfono como su hijo moría quemado en el interior de un coche al que había prendido fuego con ayuda de una bombona de butano, antes le había dicho la fatídica frase, "No vas a volver a verlo". Pero si tuviésemos que establecer un punto de inflexión en un asesinato, violencia de extensión, nos referíamos al producido en 2011 en Córdoba, el de Ruth y José, de 6 y 2 años, asesinados por su padre. Su repercusión mediática despertó la conciencia sobre la instrumentalización de los hijos como arma letal y forma de ejercer violencia de sobre las mujeres, sin embargo, no se legisló sobre este tipo de violencia.

En 2014, El padre mata a su hijo de 19 meses e intenta matar al otro de 5 años a cuchilladas poco tiempo después de separarse de la madre de los niños en Carabanchel Madrid.

En 2014, el padre mata a sus hijas de 7 y 9 años en Basauri (Vizcaya), y se suicida. El homicida había sido denunciado por maltrato por su mujer que llegó a pedir en el juzgado medidas de protección que no le fueron concedidas.

En 2016, en Moaña, Pontevedra, el padre de Candela y Amaia, de 9 y 14 años, mató a sus hijas con una sierra eléctrica y un cuchillo.

En 2017, el Día de la Madre, padre mata a su hijo de 11 años en Cesuras (A Coruña), evidentemente con la intención de causar *el mayor sufrimiento psíquico a su ex mujer*.

En el 2018, se produce el caso de Itziar Prats, cuya ex pareja asesinó a sus dos hijas, Nerea y Martina durante el régimen de visitas. En una carta difundida a través del Defensor del Pueblo, Itziar Prats recordaba que las amenazas por parte del agresor eran constantes y que llegó a grabar las conversaciones para presentarlas como prueba, el Fiscal, en la primera comparecencia ante el juzgado de guardia, no pidió que se adoptara medida alguna es más, se opuso a la solicitud de protección de ella y de sus hijas posteriormente modificó su criterio pero la jueza del Juzgado de Violencia desestimó la orden de protección solicitada, cuestionándose, como fundamento de su resolución, el hecho de que fijé mi domicilio cerca del suyo, y tal circunstancia, según la jueza, no era compatible con que mi miedo fuera real, es decir, nuevamente no creyeron a la víctima de violencia machista y el resultado fue el asesinato de sus hijas. Ninguno de los actores en el proceso tiene responsabilidad, algo inaudito y que se considera debe cambiar. La historia se repite, una vez tras otra.

En 2018, El padre mata a puñaladas a su hijo de 8 años, manifestando que lo había hecho para "hacer daño" a la madre en El Ejido (Almería).

Y el último, y más mediático caso de violencia de extensión es el de las menores de Tenerife, Olivia y Anna, secuestradas y asesinadas por su padre durante el régimen de visitas. Esos mismos días, se producía un caso de violencia de extensión ejercido por una madre asesinó a su hija Yaiza en

Barcelona para vengarse del padre, son casos muy escasos, pero los hay, son comportamientos que buscan igualmente influir el mayor daño a otro progenitor.

El caso de Ángela tiene una vital transcendencia por los logros conseguidos de reconocimiento internacional de la responsabilidad del Estado español. El hecho de que su caso fuese analizado por instancias internacionales, concretamente ante CEDAW, dependiente de Naciones Unidas (ONU), y que realizasen en 2014 un dictamen: en el que se consideró que España, como Estado, sí tenía responsabilidad. Y recoge que incumplió la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor en España en 1984, así como el Protocolo Facultativo (en vigor desde 2001). El Comité de CEDAW señalaba que se deben tomar en cuenta los antecedentes de violencia de género en los procedimientos de determinación de custodia y del régimen de visitas de los niños y niñas para que no se ponga en peligro la seguridad de las víctimas de violencia, incluidos los menores. Exponía con rotundidad que no se producen procesos judiciales imparciales y que las autoridades judiciales españolas, en ese caso, aplicaron nociones estereotipadas acerca de la naturaleza y la gravedad de la violencia de género, así como de los derechos de visita de los padres maltratadores con sus hijos. Pero lo cardinal de esta aserción es la extensión que realiza el Comité como una práctica extendida en el Sistema español.

La oposición a todo reconocimiento a Ángela, dio paso a que finalmente el Supremo reconoce la responsabilidad del Estado respecto a la violencia vicaria ejercida contra su hija y contra ella. Tras el dictamen del Comité CEDAW, Ángela reinició el proceso judicial: volvió a pasar por varias instancias hasta que llegó al Tribunal Supremo de nuevo, que esta vez sí le dio la razón. En su sentencia de julio de 2018, el Alto Tribunal reconocía el daño que la justicia española le infringió a Ángela, afirmando que “se produjo por la desprotección que ha soportado durante años ante una clara situación de discriminación, antes y después del fallecimiento de su hija”. El Supremo condenó al Estado español a indemnizar a Ángela con 600.000 euros por su responsabilidad patrimonial. Es sentencia histórica (que aun en el 2021 no se ha materializado por falta de voluntad política), porque no solo le dio la razón a Ángela sino porque abrió el camino para reconocer la responsabilidad que un Estado tiene en casos de violencia de vicaria y de extensión. Sin embargo, los avances son mínimos en este ámbito por desinterés político absoluto en desarrollar normativas para evitar este tipo de violencia.

4. La relación entre víctimas de género y de violencia vicaria

Como ya se expuso anteriormente, esta investigación defiende el axioma de que es imprescindible realizar la diferenciación entre ambas formas de

ejercer la violencia (*extensión y vicaria*) aunque el instrumento sea el mismo los hijos, los instrumentos y mecanismos que deben ser aplicados no son los mismos con el fin de evitar los casos de *violencia de extensión y vicaria*.

Sin embargo, existe una elevada corriente de estudiosos que amparan la existencia de la violencia vicaria como única violencia de instrumentalización de los hijos. Y la defiende, únicamente, como una escalada en un largo proceso de violencia machista, que puede incluir la violencia física, económica y siempre la psicológica y de control sobre las mujeres, instrumentalizada a través de los hijos. Sin embargo y, en base a los datos analizados en este estudio y al examen de los casos mediáticos² (de los últimos 20 años) es por lo que patrocino y afirmo en esta investigación que no es siempre una evolución de la violencia de género, aunque, si es cierto que, en un elevadísimo número se produce en el ámbito de la violencia de género.

Resulta imperativo evaluar si un menor sufre riesgo de violencia por parte de algún progenitor, indiferentemente si es el padre o la madre. El maltrato al menor debe ser el centro y la prioridad en el estudio y de los indicadores de análisis, con el fin de mantener la rigurosidad y evitar sesgos, con el fin de no condicionar el diagnóstico. Por ello, mantener la objetividad del análisis en la violencia de extensión, es indispensable. Y no podemos pasar por alto el hecho de que en un porcentaje mínimo (1%), esta violencia mortal ha sido ejecutada por la madre. Ante este dato, contra natura, no caben atenuantes, sin embargo, es obligatorio referir que, muchas mujeres que materializaron esta violencia sobre su descendencia sufrían desajustes mentales y muchas se encontraban a tratamiento psiquiátrico. Las que han sobrevivido al filicidio, al ser preguntadas han dado respuesta que se fundamentan en un sentimiento de frustración y abandono, y han asesinado como castigo hacia el padre, coincidiendo como toda violencia hacia los hijos como castigo máximo al otro progenitor.

En cuanto a la consideración legal de estos menores, hijos de mujeres víctimas de violencia de género, que son víctimas igualmente de esa violencia machista, no son atendidos y contemplados como tales por el Sistema de protección implementado en base a la Ley Orgánica 1/2004. Y no hay legislación específica para ellos, ni medidas legales o de otro tipo para este maltrato concreto.

² Se referencian el estudio solo alguno de ellos, pero se ha analizado todos los ocurridos en los últimos años, con el fin de buscar algún tipo de patrón o perfil. También se ha hablado con algunas de las madres de los niños asesinados.

5. La investigación de casuísticas del universo de estudio y la metodología aplicada

Esta investigación, presenta otra gran diferencia con otras, al margen del planteamiento diferenciador de los dos tipos de violencias, porque no se realiza sobre los profesionales que intervienen en los procesos y sus perspectivas o criterios sobre las víctimas de violencia machista (con reconocimiento judicial y otros regulados por las normativas complementarias³. Se desarrolla directamente con víctimas (mujeres en su totalidad). El análisis se desarrolla a través de dos vías de estudio; La primera; el análisis de un universo de casos de 231 mujeres (víctimas de género con reconocimiento judicial, con otros reconocimientos legalmente reconocidos y víctimas no reconocidas y mujeres no víctimas de género) Conjuntamente, se analizaron los casos mediáticos de los últimos 20 años. La segunda vía; el análisis de la normativa existente. El estudio y las conclusiones de ambas vías y todos los elementos de estudio examinados tienen como objetivo buscar y aportar medidas normativas de aplicación urgente que ayuden a frenar el sufrimiento y los asesinatos de menores.

En el primer fundamento; el estudio de la casuística se emplea una metodología cuantitativa y cualitativa para obtener datos mediante un cuestionario, de diez preguntas, que anónimamente fueron cubiertos y remitidos (a la Federación CCNVG Consejo Estatal de Mujeres Resilientes de la Violencia de Género, Asociaciones de víctimas de violencia machista de distintas partes de España, numerosas mujeres de toda España, casos particulares, que han querido participar en esta investigación)

El período de recogida de datos se ha extendido nueve meses del 2021. Los datos fueron procesados y analizados en septiembre del 2021. El fin perseguido ha sido obtener información que permita orientar las futuras medidas legislativas con el fin de evitar y reducir esta violencia.

El ámbito de estudio es nacional. La muestra está constituida en un universo amplio de Comunidades Autónomas: Valencia, Madrid, Galicia, País Vasco, Asturias, Aragón, Baleares, Canarias, Extremadura, Castilla León,

³El artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género. En cumplimiento de este artículo, el Gobierno y las Comunidades y Ciudades Autónomas aprobaron en la Conferencia Sectorial de Igualdad celebrada el 3 de abril de 2019 el modelo común para la acreditación de la situación de violencia de género y la relación de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida que en cada Comunidad y Ciudad Autónoma acreditan la situación de violencia de género. La relación de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida ha sido actualizada por las Comunidades y Ciudades Autónomas tras la Conferencia Sectorial de Igualdad celebrada el 17 de octubre de 2019.

Cantabria, y Andalucía. El estudio se realiza sobre ambas violencias la de extensión y la vicaria.

Del análisis de las fichas obtenemos como **primer dato**, el de la edad. Con este podemos establecer que la más joven tiene 39 años y la mayor de 56, el tramo de edad que comprende a la mayoría es la horquilla entre los 49 y 51 años.

El **segundo dato** analiza la formación y profesión, con un prevalencia de personas con formación media (BUP y FP) pero con un elevado número de mujeres con formación universitaria, y profesiones (que ocupan todos los segmentos laborales; desde camarera hasta abogada, pasando por comerciantes, profesoras, dentistas, psicólogas, periodistas, enfermeras o funcionarias, es decir todo tipo de mujeres de en cuanto a formación y profesiones, un dato revelador es que menos dos de las analizadas todas trabajaban, es decir no eran dependientes económicamente.

En cuanto a la **tercera pregunta**, que permitirá analizar qué porcentaje se concentra en la violencia de extensión y la vicaria, observamos que, ante la pregunta global ¿de si eran víctimas de violencia de género (con reconocimientos oficial o sin él) o no lo eran? Los datos arrojan los siguientes porcentajes; el 53% eran víctimas (reconocidas judicialmente), el 3% eran víctimas de género que aportaban otros reconocimientos oficiales de tal condición, el 38% eran víctimas por ser maltrato continuado en los años, pero que no habían querido denunciar, fundamentalmente, por miedo a no ser creídas y que se les penalizase en relación con sus hijos (con retiradas de custodias, reducciones o otras medidas en relación con sus hijos) Y el 6% no eran víctimas de violencia de género.

La **cuarta pregunta** indagaba el número de hijos. La cifra oscila entre 1 y 4 hijos y el porcentaje mayoritario con un 92% tiene dos hijos.

En la **quinta cuestión** se pregunta sobre el chantaje emocional durante y después de la separación. Los datos son muy elocuentes y los argumentos los siguientes. De los datos se desprende con claridad que la dominación y la utilización de los hijos con instrumento de chantaje para someter a la madre en un porcentaje del 85%. Se observa una elevada incidencia en la instrumentalización de los hijos posterior a la ruptura o separación como medio en el que los agresores continúan ejerciendo violencia hacia la mujer. Esta casuística de violencia surge normalmente a partir de los procesos de separación y divorcio, pero en otros muchos casos existe como modo de control a la mujer, sometidas y con voluntades doblegadas, ante el pánico que sus hijos puedan ser agredidos o asesinados, lo que se incrementa en la separación ya que no están ellas para protegerlos o evitar la agresión, lo que implica una situación de estrés y angustia continua. Lo podríamos definir que en este punto se alcanza el máximo grado del proceso de control y maltrato ejercido sobre una

mujer que es madre. Siendo el filicidio como la forma más extrema y atroz en la que se desarrolla la violencia de género.

La **pregunta número seis**, indaga sobre la relación inicial con hijos. El resultado; un 98% responde que era muy buena y un 2% buena. Y **la séptima** sobre la relación actual con hijos. Se produce dos grandes bloques posicionales, cuando los menores son separados de la madre, por decisiones judiciales, en un 2% es nula y en 77% regular/difícil y 21% en reconstrucción. La situación de destrucción filial de las relaciones madre e hijos se produce sobre todo cuando viven con su padre, con escasa o nula interacción con la madre. En el caso de que no se haya producido separación de la madre la relación es buena o muy buena.

La **octava pregunta** busca conocer que expectativas se entrevén en caso de haberse perdido la relación materno/filial y si se considera posible recuperar la relación con tus hijos o alguno de ellos. En un 5% se considera imposible de recuperar en 74% difícil y en 21% posible. Todas ellas, al margen de la respuesta de dificultad de la recuperación de la relación manifiestan su deseo y su voluntad por intentarlo o seguir insistiendo en conseguir un acercamiento con los hijos que las rechazan.

La **novena pregunta**. En cuanto a que medidas crees que hubiesen evitado la situación. La respuesta mayoritaria, se sintetiza fundamentalmente en las siguientes respuestas: Ser creída en el juzgado, no aplicar SAP, alejar del maltratador, no retirar la custodia o investigar la destructiva violencia psicológica que ejerce el padre.

La **última pregunta** indagaba sobre una respuesta desde la experiencia personal de su caso y planteaba; ¿Qué considerarías necesario cambiar para evitar la violencia sobre tus hijos? La respuesta mayoritaria en un porcentaje de 96% primaba: La retirada de custodia a los maltratadores, seguida muy de lejos de adopción de medidas reales de protección a las mujeres y los menores. Curiosamente, nadie respondió, medidas inmediatas de aislamiento al menor respecto al progenitor maltratador.

Respecto a esta repuesta mayoritaria, trasladada por las mujeres que participaron en el estudio, retirar la custodia a los maltratadores, cabe manifestar que está en relación directa con los datos. El Centro de Estudios Jurídicos y a la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género muestra que, la mayoría de las muertes de los menores se han producido durante el régimen de visitas con sus padres y que en la mayoría de los casos las madres habían solicitado medidas de protección sin ser concedidas. Por lo tanto, es comprensible esta respuesta.

6. Los agentes que intervienen en el proceso: psicólogos forenses, servicios sociales, policías y justicia (fiscales y jueces)

En otros estudios que he realizado se recogían distintos puntos imperativos con el fin de reducir y evitar los casos de violencia machista y vicaria/extensión, en estos apuntes destacan aspectos como la urgente necesidad de modificación de los procesos judiciales de divorcio y familia que afectan directamente a esta violencia concretamente.

El “Decálogo de modificaciones del Pacto de Estado contra la Violencia de Género”⁴ es una iniciativa de colaboración que se desarrolló con dos medios de comunicación con el fin de realizar divulgación, que publiqué hace un par de años, y en él se incluían aspectos que tienen que ser asumidos con urgencia para convertirlo en un documento eficaz. Aunque, no se puede negar que en la actualidad, por las directrices del Ministerio de Igualdad, existe una enorme preocupación entre los expertos por las modificaciones ideológicas que se inserten en los textos y normativas que, lejos del rigor y de la necesidad obedecen a intereses o posicionamientos políticos, que nada tienen ver y que perjudican gravemente la lucha contra la violencia machista. Un claro ejemplo de ello es la negación de la condición biológica de mujer o la inclusión y conglomerado en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de todo tipo de violencias (sexuales, prostitución...) sobre la mujer. Estos puntos señalados provocarían graves complicaciones, ineficacias y desamparos en el objeto a proteger, la mujer y/o niña.

De manera muy esquemática se exponen a continuación los puntos que el Decálogo propone al Pacto de Estado contra la Violencia de Género modificar, y que afectaría directamente, además de a la violencia machista a la vicaria y de extensión.

1. Procesos judiciales de familia: Los procesos de familia no han de ser asumidos por juzgados mixtos, sino por juzgados especializados en este tipo de causas, esto afecta enormemente en partidos judiciales pequeños o rurales en los que las causas son asumidas por juzgados de 1ª Instancia e Instrucción, no especializados. La tramitación de las causas y plazos en estos procesos no podrán exceder, en ningún caso el año, en relación con el proceso de divorcio y custodia, para ello es necesario introducir modificaciones en los procedimientos de divorcio, acotando su tiempo de tramitación en un máximo un año. El cumplimiento y desarrollo de las medidas urgentísimas y coetáneas, tiene que ajustarse a los plazos establecidos, sin dilaciones, su cumplimiento debe asegurarse por parte de juzgado de manera obligatoria. Exigencia judicial del

⁴ Una iniciativa desarrollada en colaboración con diversos medios de comunicación (El Correo Gallego y Cierre Digital) con el fin de realizar divulgación de medidas contra la violencia machista en el año 2019 “Decálogo de modificaciones del Pacto de Estado contra la Violencia de Género” Dra. Elena Ramallo

cumplimiento del régimen de visitas con penalizaciones para el infractor de manera automática. La retirada de custodia de los hijos a los maltratadores debe aplicarse sin atenuantes por parte del juez, sin dilaciones en casos de violencia machista, vicaria y de extensión o impulsados por informes policiales o médicos trasladados al juzgado que alerten de riesgo sobre los menores.

2. Modificación en la potestad, capacidad y autoridad sobre: *los servicios sociales, los informes psicosociales y puntos de encuentro*.

El papel potestativo que venían ejerciendo los *Servicios sociales*, se ha consolidado con la categoría asignada como autoridad pública en la nueva *Ley de protección Integral a la Infancia y la Adolescencia*. Esto supone investir a los funcionarios públicos de amplísimos poderes de actuación sin la necesidad de contar con el amparo judicial previo, lo que representa un elevado riesgo, en la medida que puede derivar en situaciones arbitrarias, muy difíciles de revertir por las familias y que facilita la aplicación del falso Síndrome de Alienación Parental (SAP) por parte de la Administración. Un supuesto síndrome que no está reconocido por ninguna organización médica o psiquiátrica, sin embargo, se utiliza en procesos de separación para retirar la custodia de los hijos a las madres, incluso con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio⁵. A lo que se suma a la tendencia consolidada por los juzgadores de adoptar decisiones judiciales que impliquen la separación de madre e hijos. Derivando, el papel de la madre, como una relación totalmente prescindible y accesorio en la crianza de los hijos. A pesar de que la separación de madres e hijos debería de ser entendido como hecho contra natura.

Otra figura que se está introduciendo en los procesos judiciales es la del *coordinador parental*, que no está regulada en el derecho español, por tanto, cabe preguntarse cómo es posible que actúe no solo como colaborador de los jueces, sino en su nombre. En España, la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado, conforme a los arts. 24 y 117 de la Constitución y art. 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ-, corresponde a Juzgados y Tribunales, y no hay normativa que ampare su ejercicio por persona distinta a jueces o magistrados. Del mismo modo que no se halla ordenación que reglamente la profesión de coordinador/a de parentalidad. Su desarrollo disciplinario deambula entre el derecho y la psicología, sin definirse en ninguna de ellas es por ello por lo que, se encuentran razones fundamentadas para cuestionar su origen, rol, funciones, formación de quienes opten a esta figura *asistente del juez*, ni para justificar su presencia en los Juzgados de familia. A pesar de la falta de reglamentación, se observa cómo su utilización en nuestro país va en aumento, y cada vez son más los Juzgados que imponen a las partes someterse a las decisiones adoptadas por

⁵ España. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *De protección Integral a la Infancia y la Adolescencia Frente a la Violencia*.

los coordinadores de parentalidad que son obligados a pagar por los padres, aunque no quieran utilizar sus servicios. Es una imposición arbitraria y no ajustada a derecho que se ejerce con carácter imperativo y cuyas acciones son nefastas para las partes y sobre todo para los menores, afirmación que expongo en base a docenas de casos examinados.

Los coordinadores parentales actúan en procesos contra natura, entrando en la intimidad madre/hijo, cuyo proceso quebrado rompe vínculos naturales, generando así una serie de situaciones desastrosas y no ajustadas a normativas.

En cuanto a los *informes Psicosociales* deben de ser modificados radicalmente. En su procedimiento, desarrollo y ejecución. Incorporando profesionales médicos, grabando todo el proceso de entrevista, cuestionarios... para la realización de los informes. Pudiendo estas grabaciones ser requeridas por los letrados de los progenitores con el fin de comprobar que, el contenido de los informes, se ajustan a lo declarado. Los profesionales que los realicen, en ningún caso someterán, sobre todo, a las madres a un proceso de cuestionamiento continuo sobre su relación con los hijos, ya que en la actualidad se aplica de manera habitual y rutinaria la metodología SAP. Los informes serán orientativos para los jueces, pero no podrán ser considerados prueba fundamental, como son hasta ahora. Un informe realizado sobre una entrevista de dos horas y, en algunos casos, alguna documental, no puede definir un proceso como prueba principal, para asignar una custodia, como ocurre en la actualidad. La realización del plazo de espera de los informes Psicosociales en ningún caso podrá exceder el plazo máximo, de cuatro meses, para su elaboración y entrega al juzgado.

Los *Puntos de Encuentro Familiar* son un servicio social de gestión privada, lo que debería de cambiar. La neutralidad en las actuaciones no se completa en multitud de ocasiones que lleven a cabo sus intervenciones con objetividad, imparcialidad y salvaguardando la igualdad de las partes en conflicto. Y la situación de indefensión de los progenitores es inmensa. Los progenitores, en numerosas ocasiones, no pueden acceder a su expediente personal, amparándose en que, es contrario al interés superior del menor o otras argumentaciones, no verídicas vulnerándose los derechos. Lo que se produce, igualmente, en la obligatoriedad de acudir a los puntos de encuentro, en caso de violencia de género y/o menores en situaciones de peligro, que ya, no deberían estar expuestos a la obligatoriedad de mantener contacto con el maltratador. Los informes que se realizan en los Puntos de Encuentro influyen excesivamente en las consideraciones que, posteriormente adoptan los jueces. Sin embargo, estos informes no están sometidos a ningún control, y no pueden ser rebatidos por las partes. De manera que los progenitores y los menores se sitúan en una situación de indefensión. Estos informes en un elevado número

de ocasiones aplican metodología SAP cuestionando, mayoritariamente, la actitud de la madre y tachándola de manipuladora.

3. Menores: Adopción de medidas para evitar la manipulación/alienación parental ejercida por cualquiera de los progenitores sobre los menores. Medidas correctivas para evitar que la madre parta con culpabilidad en el proceso, debido a su lógica unión con el menor. Aplicación obligatoria de terapias a los menores, desarrolladas por profesionales médicos.

4. Categorización de víctima de violencia machista: Declaración inmediata de la víctima de género, a todas las mujeres asesinadas por violencia de machista, sin tomar en consideración la obligatoriedad de vinculación afectiva de pareja para tener tal consideración. Garantizar de manera automática todos sus derechos extensibles a sus hijos. Cumplimiento fidedigno de todos los derechos que le amparan (de protección, laborales y prestacionales). Lo que en la actualidad no ocurre.

5. Incumplimientos y alarma de casos de violencia machista: Seguimiento judicial de los procesos de género, ejerciendo ágiles y punitivas medidas en caso de incumplimientos. Las órdenes de alejamiento no tener fecha de caducidad hasta la comprobación fehaciente de que, para la mujer existe peligro. La concienciación ciudadana, del entorno familiar, amistades y vecinos para que pongan en conocimiento a las autoridades de situaciones de agresiones o situaciones de peligro, no denunciadas o silenciadas por parte de una mujer, por miedo con el fin de evitar más agresiones, es fundamental para evitar el asesinato de las víctimas y sus hijos.

6. Medidas contra el maltrato institucional: Esta es una de las medidas que implican mayores daños y que evitan denuncias por agresiones. La falta de credibilidad a las mujeres y el miedo a perder a sus hijos (por denunciar agresiones sobre los menores o/y agresiones sexuales) es un pilar fundamental que falla reiteradamente, sin que se adopten medidas. Que una mala atención judicial o policial a las mujeres que denuncian, tenga consecuencias legales para estos funcionarios (jueces/fiscales/policía...). Que la no adopción de las medidas adecuadas, con agilidad y efectividad, que acarreen una muerte, conlleve responsabilidad para jueces y fiscales. La impunidad judicial debe ser revisada.

7. Proyectos y campañas de difusión: Que los proyectos de mejora, y derivados del Pacto de Estado violencia machista, así como las campañas de difusión, sean concretas, efectivas y auditadas, en cuento a los objetivos y resultados. Y estas partirán de una Comisión constituida por expertos, (con una trayectoria demostrable de trabajo en este ámbito), colegios de abogados y asociaciones de mujeres. Que ninguno de los integrantes de esta Comisión responda a cuotas por afinidad política con ningún partido. Que las campañas publicitarias o divulgativas dejen de ser insertadas en medios de comunicación, debido a que, la administración que inserta las campañas no permite ser

cuestionada. Provocando que, los medios no publiquen noticias contrarias a administraciones y organismos públicos de los que reciben fondos en relación con su mala praxis en las políticas de protección a las víctimas.

8. Formación: asignación de fondos para formación concreta y adecuada para Jueces, fiscal, policía y Guardia Civil. De obligatoria aplicación en todo el territorio español. Diseño y desarrollo de un Plan con objetivos concretos y auditorias de la efectividad. En cuanto a docentes, funcionarios, jueces, fiscales y policías, que hayan apoyado comportamientos misóginos, que promuevan la violencia de género, o estén implicados en procesos judiciales referentes a ello, serán apartados automáticamente de todas las causas con mujeres y menores.

9. Control de las acciones implantadas por las Instituciones en violencia machista: Diseño de directrices y acciones concretas, diseñadas por especialistas, sobre las medidas que deben ser adoptadas y desarrolladas por las Instituciones para todas las iniciativas y acciones de violencia machista. Crear y poner en marcha, métodos de control y auditorias (objetivos y resultados) de las medidas y acciones que se han tomado con el dinero destinado a solucionar problemas de género. Dotación de los recursos necesarios y suficiente a las Fuerzas del Estado para poder atender adecuadamente las situaciones de la violencia machista sobre mujeres y menores, cuyos recursos en la actualidad son raquíticos para llevar a cabo una actuación adecuada y profesional.

10. Plan de seguimiento integral: Plan de seguimiento integral y continuo del Pacto de Estado de violencia machista, con objetivos, fases control de cumplimientos concretos, y fijando hitos de revisión cada 6 meses, con la emisión obligatoria de informes de cumplimiento. Todo ello, efectuado por técnicos expertos de reconocido prestigio y no significados ideológicamente en temas de género, no por políticos.

7. El amparo legal: Distintos articulados que abordan puntualmente y mínimamente el término

En España, *la violencia vicaria y de extensión* no está tipificada como tal, y es así que, el Observatorio Contra la Violencia de Género puntualiza que violencia vicaria no es un término legal, aunque sí es correcto. Y por supuesto no realiza diferenciación entre *la violencia vicaria y de extensión*. A lo que se debe sumar que *la violencia vicaria y de extensión* no es violencia de género, es una violencia propia y específica y como tal debe ser tratada legalmente y en cuanto a medidas a adoptar, ya que, los menores son víctimas en sí mismos. Como ya explicamos anteriormente *la violencia vicaria y de extensión* no es violencia de género, sino que es un tipo de violencia singular y específica. Este término se utilizó en el Pacto de Estado contra la violencia de género, aprobado en 2017, con el fin de extender la protección de la Ley a quienes hayan padecido esta violencia "como el daño más extremo que puede ejercer el maltratador hacia una mujer:

dañar y/o asesinar a los hijos/as" Concentrando incorrectamente, la extensión hacia la madres (que han perdido a sus hijos) víctimas de asesinatos ejecutados por sus maltratadores, pero no referenciando para nada a los menores supervivientes. Y para incrementar el desamparo legal de los menores, el Observatorio refiere que este término debe ser utilizado siempre dentro de la violencia de género. Algo incorrecto y perjudicial con el fin de buscar y plantear soluciones a este tipo de violencia, que debe comenzar por su reconocimiento específico. Y a la vez, parece paradójico que la misma ley tantas veces mencionada, Ley Orgánica 1/2004 (LOIVG), reconoce en su exposición de motivos los efectos de la violencia sobre los menores, pero no contempla medidas concretas para protegerlos. No siendo hasta 2015, cuando en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, se considera a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género, como víctimas directas de la misma, para garantizar el acceso a los servicios destinados a esta violencia, pero no víctimas de *violencia vicaria y de extensión*. Se reformó en 2015, después del dictamen del Comité CEDAW sobre el asesinato de Andrea, la hija de Ángela G. Carreño, para reconocer su existencia y considerarla una forma más de violencia contra la mujer.

Así, en el artículo 1.4 la norma (LOIVG) señala: *“La violencia de género a que se refiere esta ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero”*. Por otra parte, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017, en su documento refundido de 2019 reconoce como víctimas a las mujeres que han sufrido violencia vicaria que define como *“el daño más extremo que puede ejercer el maltratador hacia una mujer: dañar y/o asesinar a los hijos/as”*.

Como ya referenciamos, en España, ni la violencia de extensión ni la vicaria están tipificadas como delito. Actualmente, la LOIVG no referencia los casos en los que un agresor daña a un menor para ejercer violencia sobre la mujer deban ser remitidos a juzgados especializados. En relación con la competencia y las sentencias en las que propiamente se reconozca este tipo de violencia cabe manifestar que, como norma habitualmente estos casos se instruyen en juzgado no especializados. Para que se instruya en un Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el operador jurídico tiene que calificar el caso como de violencia de género, previa valoración que determine que la causa debe ser conocida por un juzgado especializado, es decir, un dislate interminable.

Este año, 2021, el Gobierno con el fin de responder a la presión mediática por el caso de las niñas asesinadas en Canarias, ha realizado a modo de parche una serie de mínimas modificaciones entre las que se incluye, una modificación del Código Civil que restringe el régimen de visitas y estancia para los progenitores condenados por malos tratos, o con indicios de haberlos cometido,

pero con matices. Que contempla que en el caso de que se haya iniciado un procedimiento penal por violencia de género, la legislación ya prevé que la madre y los menores pueden acogerse a las órdenes de protección de las víctimas, como recoge el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde 2015. Por otro lado, en los casos de malos tratos a los hijos, los jueces pueden incluso retirar la patria potestad, lo que ocurre en un 1% de los casos según apunta el Observatorio contra la violencia. Lo que también contempla artículo 236 del CC catalán como en el 158 del Código Civil, permiten alterar el régimen de visitas en supuestos de conflicto, pero que no se aplica. Estas medidas efectuadas a golpe de telediario, sin estudios ni rigor, son medidas populistas que no producirán cambios adecuados y, además, son siempre medidas a posteriori, trabajar en planteamientos y normativas de derecho preventivo, ante del daño y del maltrato, ni se contempla.

En cuanto a la mal llamada ley de violencia vicaria gallega, *Ley 14/2021, de 20 de julio*⁶, por la que se modifica la *Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género*. No es una ley, son unos articulados sueltos e incluidos en la ley de violencia de género autonómica. Y no refiere para nada al menor maltratado. Es una medida a todas luces demagógica y no reparadora. Esta afirmación se expone en base a los siguientes hechos; Primero, no contemplan los menores que son el objeto del maltrato, solo a los progenitores. Y en segundo, se asimilan como iguales ambas violencias: la de género y la vicaria, sin contemplar la de extensión y, además las medidas son sólo reparadoras en ningún caso preventivas. Y el carácter retroactivo que comunica es igualmente demagógico. Realizadas por parte de esta investigadora las oportunas comprobaciones; contactadas y consultadas mujeres víctimas de violencia vicaria⁷ (con hijos asesinados) en Galicia, todas ellas manifestaron que, los requisitos impuestos en la norma con fines de retroactividad eran inviables y, por lo tanto, ninguna de ellas podía beneficiarse de la modificación normativa. Concluyendo y trasladándome que se sentían absolutamente engañadas y, que para ellas la norma esta era simplemente un titular.

En cuanto sentencias por este tipo de violencia, únicamente existen dos condenas que reconocen, esta violencia sobre los menores, como violencia sobre la mujer. La Sentencia 00484/2018 de octubre de 2018 de la Audiencia Provincial de A Coruña, en la que el tribunal condena al agresor por asesinar a su hijo de 11 años durante el régimen de visitas, (el día de la Madre, con clara intención de causar mayor daño y recuerdo permanente del día señalado) pero también le

⁶ España. Ley 14/2021, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.

⁷ Para la obtención de datos en esta investigación se ha hablado con algunas de las madres de los niños asesinados.

considera responsable del delito de lesiones psíquicas a la mujer. Y otra Sentencia 000455/2019 de octubre de 2019, la Audiencia Provincial de Valencia en la que se condena al agresor por un delito de asesinato en grado de tentativa (la menor de 2 años sobrevivió) y por un delito de lesiones psíquicas “con la circunstancia agravante de haber ejecutado el hecho por razones de género” el padre creyendo que había asesinado a su hija envía un mensaje de audio a la madre y al abuelo diciendo; *“Es vuestro regalo de cumpleaños”*. Como vemos son casos derivados de situaciones de violencia de género y que, únicamente han sido calificados de tal modo debido a la gravedad extrema de los hechos, pero que no se producen en ningún otro proceso del largo y tortuoso abanico de maltratos a los que es sometido un menor en estos casos.

8. Propuestas de modificaciones normativas

Como ya se manifestó anteriormente, resulta imprescindible redactar una ley propia y específica para este tipo de violencia (vicaria y por extensión) ejercida sobre los menores/ hijos. Una ley en la que se incluya y desarrolle esta violencia de manera concreta y determinada en la que el elemento central sea el menor. En la que, se expongan medidas e instrumentos preventivos concretos para evitar el maltrato y el asesinato de los menores, y reparadores en caso de daño o muerte para el menor y para el progenitor cuidador.

Entre las medidas imprescindibles que debe contener esta futura norma, al margen de otras que deben de ser incluidas en la redacción de la ley, se encuentran:

-La suspensión inmediata y automática de entrega del menor al agresor en el momento que se interpone denuncia (padre/madre o otros familiares) o se comunica el maltrato por parte de Servicios sociales, policía, médicos, profesores... Esta medida urgente y cautelar debe ser dictada de manera inmediata con el fin de alejar al menor del agresor, mientras se investigan los hechos.

-Los menores serán siempre escuchados, sin límite de edad, como ya recoge el art 9 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. Su testimonio se recogerá con rigor, sensibilidad y contemplando de forma específica el clima moral del asunto, es decir el contexto global de la situación que presenta. El derecho de los menores a ser oídos no puede ser restringido en base a la ambigüedad de que “sea contrario a su interés superior”. No oír el testimonio de un menor es perjudicial para éste. Del contenido de su declaración siempre se pueden obtener datos que ayuden a protegerlo.

-Que se instrumenten las medidas de coordinación entre los distintos agentes: sanitarios, policiales, educativos, judiciales y asistenciales.

-Exigencia y obligación (bajo acusación de delito de omisión del deber de socorro) a cualquier persona que sea concedora de situaciones de maltrato y/o

riesgo del menor, de comunicar de forma inmediata a la autoridad competente, con mayor incidencia las que, por razón de su cargo, profesión, oficio o actividad, tengan encomendada la asistencia, el cuidado, la enseñanza o la protección de los menores y, en el ejercicio de las mismas, hayan tenido conocimiento de una situación de violencia ejercida sobre los menores.

-Formación imprescindible y obligatoria a los agentes policiales y jurídicos que atenderán e interaccionarán con menores víctimas de violencia (vicaria/extensión) Que será facilitada por las administraciones competentes.

-Se dará credibilidad al relato del progenitor que acude a denunciar situaciones de violencia sobre el menor, con especial incidencia en el caso de madres que acuden a pedir ayuda para sus hijos, ya que de manera general se les sigue aplicando el llamado síndrome de alienación parental (SAP) y acusando de manipuladoras cuando lo único que buscan es la protección de sus hijos. Esta afirmación, no es una posición de sesgo de género, es fruto del análisis de docenas de casos en los que he podido comprobar (entre otros, los casos mediáticos, con resultado de asesinato de los menores, expuestos en el apartado 3 de este estudio) que se aplicaban estos prejuicios sobre la madre con nefastas consecuencias para los menores. Por ello, es imprescindible que los poderes públicos adopten las medidas necesarias para impedir la considerada *manipulación materna*, como el llamado SAP con el fin de que el menor no sea alejado de su hogar y de su fuente de confort y seguridad, representado en este caso en la figura materna y, a la vez, se le proteja del maltratador.

Un capítulo imperativo que, entre otros muchos aspectos debe contemplar, afrontar y desarrollar la futura ley es el garantice la reparación y restauración de los derechos de las víctimas menores y sus progenitores cuidadores.

Cabe realizar un pequeño apunte sobre la disociación de la realidad existente, en cuanto a este tipo de violencia y las declaraciones instituciones sobre ella a día de hoy (2021). Debido a que no se conoce, por falta absoluta de interés y, en consecuencia, no se reconoce la gravedad de la situación que requiere medidas urgentísimas a este escenario asolador de maltrato y asesinatos de menores. Entre las consideraciones institucionales sobre este tipo de violencia, tanto la Ministra como altos cargos del Ministerio de Igualdad (noviembre de 2021) afirman que, *los cambios introducidos en la ley contra las violencias en la infancia prevendrán muchas de estas violencias hacia los hijos y las madres*, algo que es absolutamente falso. Por otro lado, sobre las declaraciones de que - más allá de la medida -, poco concreta y muy abierta a la interpretación judicial que permite a los jueces la suspensión del régimen de visitas a los hijos cuando vivan en entornos dominados por conductas agresivas hacia la madre de violencia de género, no se centran en la violencia específica sobre el menor. En cuanto a que, *las mujeres sean consideradas víctimas de violencia de género*

solicitando derechos laborales⁸ como pedir el cambio de trabajo, que tenga una reducción de la jornada laboral, las responsables del Ministerio de Igualdad demuestran nuevamente desconocimiento absoluto de lo que hablan, ya que uno de los problemas de las víctimas de violencia machista es la falta de desarrollo legislativo de los derechos laborales de víctimas de género¹, únicamente enunciado en la ley, pero no desarrollos ni asignados a juzgados específicos de violencia de género. Las responsables ministeriales desconocen, asimismo, la situación de las víctimas de violencia vicaria y de extensión, no contemplada medida alguna para paliar esta violencia y, mucho menos, contemplan la redacción de una ley específica para este tipo de violencia. Cuyo carácter urgente e inapelable, en base a los datos oficiales y los expuestos en este estudio demuestra su imperativa necesidad ante el vacío legal existente.

8.1. Medidas urgentes de ejecución inicial

-La primera medida a adoptar parece lógica pura, separar al menor de manera inmediata del agresor. Sin embargo, no se contempla legalmente. Lo que supone un altísimo riesgo para la vida del menor o cuanto menos se perpetúa el maltrato y el sufrimiento de menor. Por lo tanto, es imprescindible materializar una medida de suspensión inmediata y automática de entrega del menor al agresor, que debe de producirse ante una denuncia de este tipo. Dictar una medida urgente y cautelar para que el menor sea alejado del agresor, mientras se investigan los hechos y, no eternizarse semanas o meses en que se adopten medidas implicaría reducir o eliminar el riesgo que supone tal exposición del menor al agresor.

-Supresión de contacto del menor y maltratador con sentencia firme de víctima de violencia, retirada de la custodia y patria potestad, para con los menores en riesgo de violencia, sin condiciones o interpretaciones judiciales ambiguas. La frase repetida hasta la saciedad por expertos y por asociaciones de mujeres víctimas de género de que: *“un maltratador no es un buen padre”* es una evidencia irrefutable.

-Todos los casos de agresión a menores, al margen de donde estos residan (zonas rurales o poblaciones menores) serán instruidos y juzgados por tribunales específicos de violencia de género.

-En los casos de tratamiento de violencia de género, cuya ley está en vigor desde el 2004, la formación específica de todos los agentes judiciales se concibe cuanto menos escasa, más en el caso de violencia vicaria o de extensión que no hay ni regulación sobre ella. Por ello, resulta urgente e imprescindible dotar de medios a los agentes policiales y jurídicos que atenderán e

⁸ RAMALLO MIÑAN, E. Problemática laboral de las víctimas de género: desajustes competenciales y jurídicos. Revista Acta Judicial, (7), Madrid 2021. pp. 40-71.

interaccionarán con menores víctimas de violencia (vicaria/extensión) se formen.

-El cumplimiento de la Ley del menor 8/2021, de 4 de junio, en cuanto a la obligación de a quienes (profesores, médicos, monitores, familiares, otros) les obliga esta normativa a denunciar cualquier maltrato o abuso sobre un menor, que, en caso de no actuar, comunicar de forma inmediata a la autoridad competente, puedan ser acusados de un delito de omisión del deber de socorro. En esta investigación se ha podido comprobar que, antes y después de la Ley del menor, funcionarios sanitarios, policiales, educativos, judiciales, asistenciales no dan traslado en múltiples ocasiones de estas situaciones de maltrato a las autoridades competentes, dejando al menor en una situación de desprotección.

-Instrumentalización y puesta en marcha de medidas de coordinación entre los distintos agentes intervinientes en los procesos de protección y auxilio al menor: sanitarios, policiales, educativos, judiciales, asistenciales.

-Cambios sustanciales en los psicosociales (que se exponen anteriormente en el Decálogo⁹ de modificaciones del Pacto de Estado contra la Violencia de Género) y otros informes en los que se culpabilice o se ponga en duda a las madres (sin datos objetivos, comprobables y fehacientes) que acuden a denunciar maltrato sobre sus hijos, con el único objetivo de protegerlos. Modificaciones y prohibición de recomendar en los procedimientos de divorcio o/y otros procesos en los que se aconseja que los menores vean o convivan con el maltratador o abusador para no perder el vínculo afectivos, recogidos en los informes de las asistentes sociales y psicólogas de los gabinetes forenses...

-Aplicación de responsabilidad sobre las acciones de los intervinientes (fuerzas de seguridad del Estado, trabajadores sociales y psicólogos, redactores de psicosociales, personal de puntos de encuentros... sobre todo fiscales y jueces) de sus decisiones. No es ni siquiera lógico que no exista responsabilidad alguna sobre quienes intervienen y no protegen a los menores por inacción y/o impericia y negligencia. Análogo, a los casos violencia de género, con resultado de asesinato, graves lesiones o invalideces, debe comenzar a exigirse responsabilidades al juzgador y al Ministerio fiscal. En supuestos del tipo, no acción o negligencia (negativa a dictar orden de alejamiento, suspender convivencia, la estancia temporal o régimen de visitas a los menores y al padre/madre maltratador/a que derive en asesinato o en graves consecuencias para el menor.

⁹ Se referencia anteriormente. "Decálogo de modificaciones del Pacto de Estado contra la Violencia de Género" Dra. Elena Ramallo

8.2. Medidas de carácter reparador por parte del Estado a madres/padres víctimas de violencia vicaria/extensión

Estas medidas se aplicarán casos extremos de, asesinato, invalideces o graves secuelas para el menor y/o cuando una madre/padre sufre el asesinato de su hijo, adoptar las siguientes medidas, que serán contenidas y ampliadas en la futura ley contra la violencia vicaria y de extensión:

-El reconocimiento expreso y específico de la condición de *víctima de violencia de extensión o vicaria* a menores o madres/padres víctimas de esta violencia.

-Este reconocimiento por parte del Estado de la condición de víctima (violencia vicaria/extensión) será automática y no requerirá de interponer demandas para obtenerla.

-El derecho a beneficios de las víctimas e indemnizaciones será fijado en la sentencia de condena del maltratador/asesino, evitando interminables y traumáticos procesos judiciales que reviven nuevamente la tragedia.

-Creación de un Fondo del Estado de responsabilidad subsidiaria que cubra la parte de las indemnizaciones que no puedan asumir los maltratadores/asesinos y, en casos de insolvencia que cubra en su totalidad la indemnización.

-A los menores víctima de violencia vicaria, desde un punto de vista más operativo para recibir estos derechos y beneficios (en cuanto a derechos, cuidados reparativos y compensaciones económicas), se le sumarían, como víctimas de tal condición los huérfanos de violencia de género (330 huérfanos de 1.118 mujeres asesinadas a fecha 8 noviembre 2021) Recogiendo a todos ellos la imprescindible y futura ley de violencia vicaria y de extensión.

-Todas las medidas reparadoras serán implantadas a nivel nacional, independientemente de las normativas de ámbito autonómico.

-Algunas de las primeras medidas reparadoras y de reconstrucción contemplarán el diseño y puesta en marcha de políticas de recuperación psicológica/psiquiátrica en tiempo indefinido y cubierta en su totalidad por la Seguridad Social. Pensión vitalicia para las víctimas. Prioridad en el derecho a viviendas de protección, con carácter permanente, para los menores y sus madres/padres en riesgo. Tutela y ayuda hasta conseguir la normalización de su situación económica y de empleo. Reserva de plazas públicas para las madres/padres víctimas y Políticas específicas de adaptación a un empleo.

9. Reflexiones conclusivas

El planteamiento inicial de este estudio ha consistido en definir e identificar la *violencia vicaria* y la *de extensión*. Explicando que, mientras la primera es una derivada de la violencia machista, la segunda no lo es. Esta última se produce por parte de cualquiera de los progenitores (padre/madre).

En ambas violencias, el denominador común, es la instrumentalización y el maltrato sobre los hijos como modo de afligir daño y sometimiento al otro progenitor. No obstante, cabe señalar que, estas agresiones y asesinatos sobre los menores, en un elevadísimo número de casos se producen en el ámbito de la violencia de género.

El principal objetivo de esta investigación ha sido conformar una base con fundamentos que, abordan desde las características que presentan estas violencias, hasta las principales medidas preventivas y reparadoras que debe contener la futura ley.

El análisis de esta investigación se desarrolla a través de dos vías de estudio. La primera, el análisis de un universo de casos de 231 mujeres (víctimas de género con reconocimiento judicial, con otros reconocimientos legalmente reconocidos y víctimas no reconocidas y mujeres no víctimas de género) Conjuntamente, aplicando el aprendizaje de casos, se examinaron los asesinatos de los últimos 20 años. Todo ello, con el fin de aportar datos que permitan desarrollar, sobre todo, medidas preventivas, pero también reparadoras.

Desde 2013, año en el que se empezaron a contabilizar de forma oficial estos datos han sido asesinados en España total de 42 menores víctimas de violencia vicaria y de extensión. Del examen de estos casos se obtiene un dato cardinal, los dos principales motivos por los que no se evitó el asesinato de los menores. Y estos son: la falta de credibilidad sobre las denuncias de las madres, cuando dieron la luz de alarma, y la inacción judicial a la hora de adoptar medidas de protección sobre los menores.

La segunda vía es el análisis de la normativa en la legislación española sobre este tipo de violencias. Concluyendo que, ni siquiera se encuentra tipificada como tal. Así lo reconoce el propio Observatorio Contra la Violencia de Género del CGPJ que especifica que, la violencia vicaria no es un término legal, aunque si aceptado, de la extensión ni se pronuncia.

Las normativas que encontramos en España, en relación con este tipo de violencia, son unos articulados sueltos como amplificación de la ley autonómica de la violencia de género. Además, estos articulados únicamente los encontramos en las normativas autonómicas de Cataluña y Galicia¹⁰. Estos acoplamientos normativos se realizan, sin sentido, como respuesta a la alarma mediática de algunos de los casos que han derivado en asesinatos de menores.

¹⁰ España. Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. De Cataluña. Boletín Oficial del Estado, 13 de enero de 2021, núm. 11, páginas 3096 a 3113 (18 págs.)

España. Ley 14/2021, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega Boletín Oficial del Estado, 21 de junio de 2021, núm. 226, páginas 115299 a 115301 (3 págs.)

La falta de rigor sobre la casuística y de las necesidades reales basadas en estudios o investigaciones provoca que, redacten articulados sin comprender ni el significado del término. No aportando medidas eficaces, únicamente se aproximan al ámbito reparador, pero igualmente sin desplegar procedimientos eficaces. Ninguna de estas normativas agregadas, anteriormente referidas, contempla la prevención de esta violencia.

En cuanto a las propuestas de modificaciones normativas expuestas a lo largo de esta investigación, se incide en la imperiosa necesidad de redactar una ley propia y específica para este tipo de violencia (vicaria y por extensión) ejercida sobre los menores/hijos. Una ley en la que se incluya y desarrolle esta violencia de manera concreta y determinada. En la que el elemento central sea el menor. En la que se desplieguen medidas e instrumentos preventivos concretos para evitar el maltrato y el asesinato de los menores. Asimismo, se enuncian unas medidas iniciales de carácter reparador dirigido a madres/padres víctimas de violencia vicaria/extensión en caso de daño o muerte para el menor que debe de asumir el Estado.

Al margen del principal objetivo, la redacción de una ley específica -que se demorará años-, este estudio, las conclusiones de ambas vías, así como, todos los elementos examinados priorizan el hecho de aportar instrumentos y medidas de aplicación urgente e inmediata que ayuden a frenar el sufrimiento y los asesinatos de menores.

En definitiva, esta investigación debería conformar la base, de las necesidades y medidas ineludibles, de la futura ley contra la violencia vicaria y de extensión de este país.

10. Bibliografía

Boletines estadísticos mensuales (2012-2021) de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género

CABRERA MARTÍN, M. *Menores Víctimas de Violencia de Género, en Protección Jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia* (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Navarra, 2017. pp. 131-155.

CASADO CASADO, B. *Limitación de funciones parentales para la salvaguarda del menor en situaciones de violencia de género*. Revista Boliviana de Derecho, ISSN-e 2070-8157, N^o. 28, 2019, pp. 80-113

Comunicado de Itizar Prats, cuyas hijas Nerea y Martina fueron asesinadas en 2018. Difundido a través del Defensor del Pueblo.

CORTADA CORTIJO, N. *Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I). Aspectos civiles de la protección de menores expuestos a violencia de género. La reforma de la Lo 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género, en La protección de la Víctima de Violencia de*

Género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, (dir., por A. M. Romero Burillo), Aranzadi, 2016. pp. 131-155.

Datos: Macroencuesta de violencia contra la mujer 2015, Colección Contra la violencia de género. Documentos. Nº22. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid. Miller, A.H. (1998): Guía de Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género. Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. Delegación de Gobierno para la Violencia de Género. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (MSSSI) (2017a): Boletín Estadístico Anual de Violencia de Género 2016.

Datos: Obtenidos de las fichas remitidas como encuestas, la clasificación de las respuestas de las fichas remitidas, procesamiento de los datos, y sus análisis facilitados por CNVV Estudio realizado a lo largo de nueve meses, procesados y analizados en septiembre del 2021 por Elena del Pilar Ramallo Miñán, Doctora en Derecho, investigadora.

Dictamen adoptado por el Comité CEDAW en 2014 sobre el asesinato de Andrea a manos de su padre, hija de Ángela González

Fichas de víctimas mortales (mujeres y menores) de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género.

Informe *La violencia vicaria. Una grave manifestación de violencia sobre la mujer*, de la fiscalía Rosa Guiralt (Centro de Estudios Jurídicos, 2019)

Informe *Violencia de género: protección de las víctimas menores*, de la fiscalía María Jesús Cañadas (Centro de Estudios Jurídicos, 2019)

España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial del Estado, 28 de enero de 2005, núm. 313, páginas 42166 a 42197 (32 págs.)

España. Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género. Boletín Oficial del Estado, 20 de septiembre de 2007, núm. 226, páginas 38298 a 38309 (12 págs.)

España. Ley 5/2008, de 24 de abril, Del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Boletín Oficial del Estado, de 30 de mayo de 2008, núm. 131, páginas 25174 a 25194 (21 págs.)

España. Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. De Cataluña. Boletín Oficial del Estado, 13 de enero de 2021, núm. 11, páginas 3096 a 3113 (18 págs.)

España. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Boletín Oficial del Estado, 5 de junio de 2021, núm. 134, páginas 68657 a 68730 (74 págs.)

España. Ley 14/2021, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega Boletín Oficial del Estado, 21 de junio de 2021, núm. 226, páginas 115299 a 115301 (3 págs.)

PERAL LÓPEZ, M. C. *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre sus hijas e hijos*. En Una editorial, Málaga, 2018

RAMALLO MIÑAN, E. *Problemática laboral de las víctimas de género: desajustes competenciales y jurídicos*. Revista Acta Judicial (7), Madrid. 2021. pp.40-71.

RAMALLO MIÑAN, E. “Decálogo de modificaciones del Pacto de Estado contra la Violencia de Género” Una iniciativa desarrollada con diversos medios de comunicación (El Correo Gallego y Cierre Digital) con el fin de realizar divulgación de medidas contra la violencia machista en el año 2019

España. Audiencia Provincial de A Coruña, Sentencia nº 00484/2018, 16 de octubre.

España. Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia nº 000021/2019, 21 de octubre.

TOLDRÁ ROCA, D. *Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (II). La protección de menores: encrucijada judicial*. En *La Protección a la víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir., por A. M. Romero Burillo), Aranzadi, 2016.

TORRES ROSELL, N. *Violencia de género y Derecho Penal: de la Ley 1/2004 a la reforma penal de 2015*. En *La protección a la víctima de Violencia de Género, Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. Romero Burillo), Aranzadi, 2016.

USHKOVA, T., ROBLES CARRILLO, M., GOÑI URRIZA, N. *Cuestiones Internacionales*. En *Violencia de Género. Perspectiva Internacional y Práctica Forense*, (coord. por Serrano Falcón, C.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

VILLENA CORTÉS, B. Y MONCADA BUENO, J. *Régimen de visitas y suspensión*. En *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense* (dir. por P. Rivas Vallejo y G. Barrios Baudor), Aranzadi, Navarra, 2014.

VILLENA CORTÉS, B. Y MONCADA BUENO, J. *Orden de alejamiento En Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense* (dir. por P. Rivas Vallejo y G. Barrios Baudor), Aranzadi, Navarra, 2014.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

Agradecimientos

-Al Consejo Estatal de Mujeres Resilientes de la Violencia de Género, la Federación CCNVG con la que se ha firmado un convenio de participación.

- A todas las Asociaciones de víctimas que han participado
- Víctimas individuales que han participado.
- Y a las madres y padres que, desgraciadamente tienen nombre propio en esta lacra porque sus hijos han sido asesinados.

LOS CONFLICTOS PENALES SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN

Criminal disputes susceptible to mediation

Por Estefanía Navarrete Corral

Profesora de Derecho Penal. Universidad Pablo de Olavide.
enavcor@upo.es

Artículo recibido: 15/10/21 | Artículo aceptado: 28/12/21

RESUMEN

El pretendido impulso legislativo propuesto respecto de la introducción del procedimiento de mediación en cuanto fórmula autocompositiva de resolución de conflictos como piedra angular que convive y asiste con el proceso jurisdiccional no se ha producido en el marco de los conflictos penales. Pocos son los ejemplos que a nivel ejecutivo encontramos respecto de la implementación pública de servicios de justicia restaurativa, o en menor medida, de la propia mediación penal. Una escasa y dispersa regulación que puede terminar afectando cuestiones de gran calado, como, por ejemplo, la pacificación del conflicto penal. A tal fin, se propone realizar un estudio, mediante un sistema de mapeo, que traslade las estructuras conceptuales y procedimentales propias de la mediación en el ámbito penal a la realidad de los diferentes tipos penales. No obstante, la apertura hacia la utilización del método medial se produce de forma escalonada, al proscribirse según los casos. La posibilidad de disponer el método medial debería ser valorada desde una perspectiva casuística y tomando como referencia un diseño integral, dinámico y sumario, como ya sucede en materia de responsabilidad penal del menor.

ABSTRACT

The intended legislative impulse of the mediation procedure has not taken place in the framework of criminal conflicts in Spain. There are few examples at the executive level of public implementation of restorative justice services. A scarce and scattered regulation that may end up affecting issues of great importance, such as, for example, the pacification of the criminal conflict. To this end, it is proposed a study, by means of a mapping system, that transfers the conceptual and procedural structures of mediation to the different types of criminal offenses. However, the use of the medial method is gradual under Spanish law, as it is proscribed depending on the case. The medial method should be assessed from a casuistic perspective and taking as a reference a comprehensive, dynamic and summary design.

PALABRAS CLAVE

Justicia, Restaurativa, Mediación, Penal, Mapeo, Tipos, Penales.

KEYWORDS

Justice, Restorative, Mediation, Criminal, Mapping, Types, Offences.

Sumario: 1. Introducción. 2. Metodología empleada. 3. El funcionamiento de las Oficinas de Justicia Restaurativa 4. Los conflictos penales susceptibles de mediación. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

Las fórmulas autocompositivas prevén que la solución al conflicto planteado entre dos o más sujetos se alcance mediante el acuerdo de voluntades, ocupando un lugar preferente entre tales fórmulas la propia mediación.

Según BARONA VILAR¹, “la mediación consiste en un procedimiento extrajudicial, en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de su conflicto penal, que existe, con intervención de un tercero, al que llamamos mediador, reestableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario”.

No obstante, el pretendido impulso legislativo propuesto respecto de la mediación no ha conseguido alcanzar las deseadas cotas de implementación que auguraban las propias Exposiciones de Motivos de los diferentes Anteproyectos².

Su propia configuración inicial a nivel orgánico tampoco ha supuesto la exportación extensiva del modelo a los diferentes órganos judiciales. Como refiere DORADO PICÓN³, “esta modalidad de Servicio Común Procesal ha sido introducida en la LOPJ por la LO 7/2015 debido a la nueva función que se ha atribuido por el artículo 436 a los secretarios judiciales [hoy Letrados de la Administración de Justicia]. Como Servicio Común Procesal no está previsto en ninguna Oficina judicial, sin embargo, el Ministerio de Justicia, en su territorio, y concretamente en la Oficina Judicial de Murcia ha optado por la implantación

¹ BARONA VILAR, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 257 a 318.

² Al menos respecto del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, mientras que, respecto del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aun estar por ver.

³ DORADO PICÓN, *Un cambio en la administración de justicia: la oficina judicial*, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2017, pp. 221 y 222.

de una experiencia piloto creando la Unidad de Mediación Intrajudicial, integrada funcionalmente en el Servicio Común de Ordenación del Procedimiento de la Oficina judicial de Murcia. La principal innovación de este proyecto es que se centraliza en una unidad de la Oficina judicial las posibles derivaciones de mediación intrajudicial, y para ello se pone al frente a un secretario judicial, especializado en mediación”.

De otro lado, la inicial implementación de los servicios de mediación, con carácter general, se hizo depender en gran medida, del voluntarismo de los propios servidores públicos llamados a ejecutar los correspondientes acuerdos mediales, entidades de mediación y profesionales cualificados. Con tales cimientos, los servicios de mediación sean de naturaleza pública o privada, no han calado como habría sido deseable en el conjunto de la ciudadanía a la hora de decidir la fórmula más adecuada para la resolución de sus derechos subjetivos, de naturaleza disponible.

Asimismo, escasas son las muestras que a nivel autonómico han potenciado el recurso al procedimiento de mediación, al margen de los procedimientos de familia. En esta línea destaca la firme apuesta del Gobierno vasco tanto por potenciar la mediación penal de naturaleza pública, como por promover los más amplios servicios públicos de justicia restaurativa.

La creación de las Oficinas de Justicia Restaurativa previstas en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante LEVD), a día de hoy, dista mucho de ser una realidad. Pretender que en el texto de un mero precepto (art. 15 LEVD) puedan reflejarse y regularse todas las materias que informan la justicia restaurativa es cuanto menos de difícil consecución; sin que, además, el tan ansiado desarrollo legislativo, al hilo de lo previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, termine por llegar para las materias con trascendencia penal.

Por lo tanto, una normativa tan escueta como dispersa abona la necesidad de plantear estudios científicos sobre la materia.

2. Metodología empleada

Validada, a grandes rasgos, la posibilidad de disponer de fórmulas autocompositivas en la composición del conflicto penal⁴, el objetivo inicial radica ahora en realizar un estudio, mediante un sistema de mapeo, que traslade las anteriores estructuras conceptuales a la realidad de los diferentes tipos penales.

⁴ Véase SÁNCHEZ GÓMEZ, «Mediación Penal y Violencia de Género. Un adecuado sistema de resolución de conflictos», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1153 y ss.

La metodología propuesta parte de un enfoque básico en que se tendrán en cuenta, en primer lugar, la intervención de la víctima en el ámbito en que los diferentes tipos penales analizados despliegan sus efectos sustantivos y procesales.

A modo de ejemplo, desde la perseguibilidad de la acción típica hasta las consecuencias que el comportamiento procesal de la víctima pudiera acarrear en sede de enjuiciamiento.

En segundo lugar, aquellos tipos penales que permiten una graduación de sus consecuencias podrán ser considerados desde la óptica medial. Lo cual, no implica descartar el método autocompositivo para la composición del conflicto que prevén los tipos penales básicos.

En tercer lugar, habrá de valorarse las posibilidades que plantean las formulas autocompositivas en aquellos aspectos del conflicto penal que potencian o consolidan la composición final, con unos resultados que se presentan más allá de los tradicionales contornos punitivos.

3. El funcionamiento de las Oficinas de Justicia Restaurativa

Indudablemente, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito ha supuesto la introducción expresa de las fórmulas autocompositivas en la resolución de determinados conflictos penales.

Así, dispone el artículo 15 LEVD:

1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;

b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

c) el infractor haya prestado su consentimiento;

d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

A tal efecto, el acceso de las víctimas a los servicios de justicia restaurativa se producirá, a falta del oportuno reglamento de desarrollo, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cumplidos los citados requisitos. Por el contrario, los únicos requisitos que se plantean para el acceso de los sujetos victimarios sería la prestación de consentimiento y haber reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad.

Seguidamente, se describen los principios específicos del procedimiento de mediación penal desde la lógica perspectiva de su naturaleza voluntaria y confidencial, incorporando unos estándares concretos respecto de la articulación del secreto profesional. El precepto no incorpora algunos de los regulados en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante LMACM), limitándose a afirmar la concurrencia de los citados anteriormente.

La naturaleza voluntaria de participación en el procedimiento de mediación se hace depender, entonces, del consentimiento informado de la víctima. No así respecto del victimario, que meramente podrá prestar su consentimiento al respecto. En ambos supuestos, el consentimiento para participar en el procedimiento de mediación podrá ser revocado en cualquier momento.

No se introducen, sin embargo, los parámetros contractuales del artículo 6 LMACM previstos para aquellos supuestos en que exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial.

Respecto de la aplicación del principio de igualdad que debe regir el procedimiento de mediación, en cualesquiera de sus modalidades materiales, es necesario advertir su omisión expresa en el contenido del precepto comentado.

Las particulares circunstancias en que se desarrolla el conflicto penal, ha provocado una tendencia a excluir, en según qué supuestos, el recurso al procedimiento de mediación, precisamente sobre la base de que no es posible garantizar la concurrencia del principio de igualdad entre las partes.

No obstante, es preciso advertir que si la existencia de un conflicto penal puede implicar una posición desigual entre víctima y victimario, ninguna duda cabe que su composición en sede procesal se plantea desde la estricta aplicación

del principio de igualdad en cuanto a las posibilidades de alegación y prueba de las partes⁵.

Misma identidad de razón puede plantearse respecto del procedimiento de mediación. La regulación prevista en el artículo 7 LMACM precisamente detalla la garantía de intervención de las partes en el procedimiento de mediación con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas. La igualdad en el procedimiento medial también se garantiza en cuanto a las facultades de intervención equilibrada entre las partes y la debida imparcialidad de las personas mediadoras.

El artículo 8 LMACM, regula precisamente la neutralidad que debe informar el procedimiento de mediación y, consecuentemente, la actuación de las personas mediadoras, conectándose con los criterios que deben regir su actuación, informada por la debida imparcialidad, establecidos en el artículo 13 LMACM.

Respecto del principio de imparcialidad, se prevé que el mediador antes de iniciar o de continuar su tarea, y durante todo el procedimiento de mediación, ponga de relieve cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

- a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.
- b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.
- c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado con anterioridad a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

De esta forma, los subsiguientes principios que sí son objeto de regulación deben ser conectados, entre otros, con el de imparcialidad.

En efecto, la confidencialidad deberá predicarse respecto de los debates que se susciten dentro del procedimiento de mediación, pero también respecto de los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento las

⁵ Crítico con tales planteamientos se muestra SÁNCHEZ GÓMEZ, «Mediación Penal y Violencia de Género. Un adecuado sistema de resolución de conflictos», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, en referencia 4, pp. 1162 y 1163, para quien “el principio de igualdad en el proceso penal se garantiza disponiendo iguales medios de ataque y de defensa para las partes, desde la perspectiva que aporta la defensa de los derechos e intereses legítimos a través del juicio jurisdiccional. Más aún, dicha situación no necesariamente conlleva descartar la institución de la mediación penal, sino que la cuestión de fondo radicaría en fomentar un adecuado equilibrio entre las partes, para que voluntariamente, puedan someter la composición de su controversia a las tareas mediadoras, especialmente informadas por la confidencialidad de su práctica”.

personas mediadoras, que se encuentran amparadas por el secreto profesional (art. 416 y 417 LECrim). Se exceptúa la posibilidad de que las partes presten ambas su consentimiento para poder revelar las informaciones que se suceden en el curso del procedimiento de mediación.

Así las cosas, las posibilidades de derivación a tales servicios deberán producirse bien por iniciativa de las partes bien por derivación de los diferentes operadores jurídicos pertenecientes a la Administración de Justicia. Incluso por las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con competencias en la materia.

Por tanto, vistas las citadas competencias de las Oficinas de Justicia Restaurativa, cómo se produce el acceso a tales servicios, así como el desarrollo de los principios que informan el procedimiento de mediación a seguir, es posible afirmar que tales servicios deberán estar servidos por mediadores públicos o cuya actuación sea retribuida con cargo a fondos públicos. Tales cuestiones, abrirían también el subsiguiente debate acerca de la idoneidad de los profesionales de la mediación en el ámbito penal y la ausencia de una regulación que establezca los parámetros habilitantes y formativos necesarios para el desarrollo de sus funciones profesionales como personas mediadoras, como por ejemplo si ocurre en materia civil y mercantil (art. 11 LMACM y arts. 3 a 7 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

4. Los conflictos penales susceptibles de mediación

La apertura hacia la utilización del método medial se produce de forma escalonada, al proscribirse respecto de aquellos delitos que no lo admitan, por norma con rango de Ley, lo cual obviamente deja latente el debate acerca de la conveniencia o pertinencia de la mediación según los tipos penales.

Este hecho resulta ser justificación suficiente respecto del análisis inicial que aquí se propone. Si bien, se ha de poner manifiesto que la existencia de un listado cerrado puede resultar contraproducente porque puede obstaculizar y hasta impedir el acceso a mediación de tipos no incluidos en él al crear estereotipos que operan a modo de freno automático en los operadores jurídicos para impedir una actitud más abierta y amplia ante la mediación penal⁶.

Como sostiene CERVELLÓ DONDERIS⁷ “es complicado y poco operativo determinar a priori qué delitos o faltas son apropiados para ser

⁶ *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, p. 114.

⁷ CERVELLÓ DONDERIS, *Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico*, Tirant Online, 2013, (ref. de 17 de noviembre de 2021), disponible en Web: www.tirantonline.com. En similares términos se pronuncia ROLDÁN BARBERO, «La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar», en *Revista Penal*, núm. 11, 2003,

sometidos a un proceso de mediación, ya que la ausencia de estereotipos es una constante en los distintos sistemas y procedimientos, por ello hay que valorar qué criterios se pueden utilizar para seleccionar los asuntos mediables o idóneos para la mediación tanto en relación a la conducta, como al agresor o a la víctima, teniendo en cuenta que las combinaciones son muy variadas y que las distintas experiencias de mediación penal son lo suficientemente diversas para no poder realizar una selección exhaustiva”.

La posibilidad de disponer el método medial debería ser valorada desde una perspectiva casuística⁸, teniendo presente además factores diversos: desde posición y testimonio de víctima y victimario, posibles estrategias procesales, disposición a solventar el conflicto, adecuación de los medios materiales y personales de que se disponga para el procedimiento medial, etc⁹.

Asimismo, los conflictos penales pueden presentar un marco conceptual y procedimental común, si bien, los instrumentos y medidas que permiten la composición del conflicto con frecuencia varían.

De mayor calado resulta la delimitación propuesta por el art. 15.1 c) LEVD, pues supedita el recurso a la justicia restaurativa a que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima.

La competencia para valorar tales riesgos lógicamente se residencia en la propia Oficina de Víctimas, atendidas las resultas de la investigación gubernativa y judicial en curso.

No obstante, la introducción del elemento prospectivo en la denegación de justicia restaurativa, desde la perspectiva tanto de un posible perjuicio material como moral para la víctima, supone introducir un criterio casuístico más allá de una enumeración exhaustiva de los conflictos penales susceptibles de composición mediante fórmulas autocompositivas.

En dicho enfoque, la delimitación predictiva realizada por tercero respecto de la concurrencia de un posible perjuicio moral puede situarse razonablemente en la esfera intersubjetiva del conflicto penal¹⁰.

p. 134 y BARONA VILAR, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, en referencia 1, pp. 287 a 318.

⁸ Al respecto, puede consultarse, PASQUAL DEL RIQUELME HERRERO, *Mediación penal: marco conceptual y referentes. Guía conceptual para el diseño y ejecución de planes estratégicos nacionales de mejora y fortalecimiento de la mediación penal*, EUROsociAL II, Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), julio, 2013, pp. 38 y ss.

⁹ Véase BARONA VILAR, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, en referencia 1, pp. 287 a 318.

¹⁰ Sobre las vertientes intersubjetiva y social presentes en la conformación del conflicto penal puede consultarse SÁNCHEZ GÓMEZ, «Mediación Penal y Violencia de Género. Un

Comenzando el recorrido propuesto, en primer lugar, el artículo 21.5 CP regula la atenuante de reparación del daño, con unos atributos materiales específicos, en cuanto reparación del daño o la disminución de sus efectos, y temporales, pudiéndose producir en cualquier momento del procedimiento y como límite absoluto, siempre con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral¹¹.

De esta forma, la atenuante permite vislumbrar la posibilidad de mediación desde una doble perspectiva.

Por un lado, una aplicación general que permite introducir la reparación para todo tipo de delitos, acercando su fundamento a los principios inspiradores de la mediación.

Por otro lado, una aplicación específica, prevista para aquellos tipos delictivos que señalan la reparación del daño como elemento de determinación de la pena a aplicar.

A modo de ejemplo, delitos sobre ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y ss. CP), sobre el patrimonio histórico (arts. 321 y ss.), contra los recursos naturales y medio ambiente (arts. 325 y ss. CP) y protección de la flora y fauna (art. 332 y ss. CP), o bien respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como establece el artículo 31 bis quater c).

En segundo lugar, respecto de los delitos privados, en cuanto a la retractación del sujeto pasivo o por aplicación de los arts. 130. 5 CP y 215.3 CP, que regulan la extinción de responsabilidad penal basada en el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancia del agraviado o la ley así lo prevea.

Ello, aun teniendo en cuenta la graduación que proceda (arts. 206, 209 y 214 CP), si se tiene presente la regulación del procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares que incluye como requisito de procedibilidad el intento de conciliación entre las partes.

En otras palabras, no se admitirá querrela por injuria o calumnia inferidas a particulares si no se presenta certificación de haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querrellado, o de haberlo intentado sin efecto (art. 801 LECrim).

En tercer lugar, cabría sostener la existencia de fórmulas de composición intrajudicial, en la que el principio de oportunidad aparece con un reflejo normativo consolidado en la praxis judicial¹².

adecuado sistema de resolución de conflictos», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, en referencia 4, pp. 1153 y ss.

¹¹ Dicho precepto debe ser necesariamente puesto en relación con los arts. 81.3 y 88 CP que regulan las posibilidades de suspensión y sustitución de la pena, respectivamente.

¹² La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales,

Como señala SÁNCHEZ GÓMEZ¹³, si las fórmulas autocompositivas de resolución de conflictos implican necesariamente la existencia de derechos disponibles (art. 19.1 LEC), no tendría cabida su utilización intraprocesal dentro del proceso penal español en cuanto a previsibles acuerdos que afecten la extensión de las penas privativas de libertad, a salvo el enjuiciamiento de determinados delitos, véase delitos privados, entre otras particularidades.

Sin embargo, encontramos una más que consolidada excepción al considerar la conformidad penal a partir de las premisas pensadas sobre la base de la figura del allanamiento o la transacción¹⁴.

En efecto, entre las fórmulas autocompositivas presentes en el proceso penal la conformidad, en el ámbito judicial, ha tenido previsión normativa¹⁵.

A modo de conclusión, aquellos delitos que prevén la posibilidad de conformidad serán susceptibles de acercar la composición del conflicto penal que plantean a los principios inspiradores de la mediación. Indudablemente, la casuística dispondrá donde se encuentran los límites de la anterior premisa.

También el procedimiento de aceptación por decreto podría resultar un ejemplo más claro de introducción de la mediación o de parte de su fundamento, en la composición de los conflictos penales susceptibles de ser tramitados por esta vía procedimental. Misma identidad de razón respecto del enjuiciamiento de los delitos leves, conforme lo prescrito en el artículo 963 LECrim.

En quinto lugar, podríamos situar dentro del ámbito de conocimiento del procedimiento medial, delitos que prevén como condición de perseguibilidad la previa puesta en conocimiento de la *notitia criminis* por parte de la víctima, con las consabidas excepciones que plantea el artículo 105 LECrim.

A modo de ejemplo, el delito leve de homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP), las lesiones o maltratos (art. 147.2 y 3 CP o bien el art.

ha supuesto la introducción del principio de oportunidad en la persecución y enjuiciamiento de los delitos leves (art. 963 LECrim) así como respecto del nuevo proceso de aceptación por decreto del Ministerio Fiscal (art. 803 bis a) LECrim). A tal fin, resulta necesario valorar el contenido de la Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.

¹³ SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa en la investigación de los delitos de terrorismo*, Universidad Carlos III, Madrid, 2014, pp. 31 y 32. Asimismo, puede consultarse AGUILERA MORALES, *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona, 1998; BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; DE DIEGO DÍEZ, *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997 y MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998.

¹⁴ ALCALÁ - ZAMORA y CASTILLO, *El Allanamiento en el Proceso Penal*, EJEJA, Buenos Aires, Argentina, 1962.

¹⁵ Véanse los artículos 655, 784.3 y 787, 800.2 y 801 LECrim, así como el artículo 50 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

152.2 CP), el delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer (art. 161.2 CP), el delito leve de coacciones (art. 172 ter. 1 CP), respecto de los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales (art. 191.1 CP), delitos contra la intimidad, propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, así descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 a 197 ter), como establece el artículo 201.1 CP, los delitos de abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (arts. 226 y 227 CP), como se regula en el artículo 228 CP, etc¹⁶.

En sexto lugar, la gravedad de la pena a imponer ha sido un argumento crítico de confrontación frente a la mediación penal, admitiéndose, sin embargo, para los delitos leves.

Ahora bien, la utilización de un elemento objetivo como la mera gravedad de la pena supone delimitar el propio concepto, más allá de los actuales contornos punitivos previstos en el artículo 33 CP. Excluir apriorísticamente la mediación penal en función de la clasificación que dispone el precepto entrañaría una visión maximalista contraria al antes mencionado artículo 15 LEVD.

Asimismo, la estricta objetivación desatendería la composición de otros planos presentes en la composición del conflicto penal, especialmente los elementos subjetivos y de pacificación social.

Por tanto, una vez valoradas las circunstancias específicas de cada situación controversial convendría decidir si es aconsejable acudir al procedimiento medial, desarrollando un marco previo que fundamente dicha valoración.

Junto a la gravedad de la pena pueden añadirse otros elementos de juicio que permitan una composición del conflicto penal, más allá de la estricta aplicación de la pena o de la propia solución consensuada.

A tal efecto, el diseño propuesto por BARONA VILAR¹⁷, sostiene que “podría permitirse acudir a la mediación cuando existe una voluntad bilateral de sometimiento a este procedimiento, cuando se valoran las circunstancias de comisión del hecho, el factor emocional, las consecuencia producidas sobre la víctima primaria y las secundarias o derivadas, y cuando se prevé que la posibilidad de éxito de las medidas reparatorias puedan cumplir la finalidad para la que se concibe esta modalidad procedimental”.

¹⁶ Para un listado completo de delitos semipúblicos analizados desde la perspectiva de su perseguibilidad, puede acudir a MARCOS FRANCISCO, «Requisitos de perseguibilidad de los delitos tras la reciente Ley de reforma del Código Penal», en *La Ley Penal*, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, núm. 116, Sección Derecho Procesal Penal, Septiembre - Octubre, 2015.

¹⁷ BARONA VILAR, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico, referencia 1*, pp. 287 a 318.

Asimismo, GONZÁLEZ CANO¹⁸, parte de una estructura detallada donde se prevea “la existencia de un autor determinado, y susceptible de reinserción social, el hecho no haya sido cometido con violencia o intimidación y objetivamente calificado, sea subsumible en una falta o delito que el CP castigue con pena de multa sea única o alternativa, cualquiera que sea su cuantía, o con pena de distinta naturaleza, no privativa de libertad, cuya duración no exceda de diez años, o con una pena privativa de libertad inferior a tres años o de cinco años, si en este último caso, el imputado hubiere cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el núm. 2 del artículo 20 del CP”.

En séptimo lugar, la consideración de las conductas imprudentes de carácter punible abre un interesante marco de actuación para la composición del conflicto penal por vía de la mediación.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de tales infracciones del deber de cuidado implican una aminoración de las penas previstas en el tipo básico o cualificado acercándonos a la aplicabilidad del principio de oportunidad presente en la mediación para los delitos leves.

Asimismo, la aplicación de manera única o cumulativa de penas diferentes a la privativa de libertad sitúa la mediación como el escenario idóneo desde el que aplicar un modelo correccional y educativo, generalmente, de menor incidencia en los derechos fundamentales de las personas.

Por último, la ausencia de dolo permite potenciar el acercamiento de posiciones entre víctima y victimario al objeto de consensuar un acuerdo restaurador. El conflicto penal puede presentar una conformación propia desde la perspectiva de las imprudencias punibles.

De esta forma, entre los delitos imprudentes cabría enumerar los que siguen: homicidio imprudente (art. 142 CP), aborto imprudente (art. 146 CP), lesiones imprudentes (arts. 152 y 158 CP), manipulación genética imprudente (art. 159.2 CP), sustitución de niños por imprudencia (art. 220.5 CP), daños por imprudencia (art. 267 CP), blanqueo por imprudencia (art. 301.3 CP), delitos contra los derechos de los trabajadores por imprudencia (art. 317 CP), daños imprudentes en archivo registro, museo o patrimonio histórico (art. 324 CP), contra el medio ambiente imprudente (art. 331 CP), delitos imprudentes relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes (art. 344 CP), incendios imprudentes (art. 358 CP), delitos contra la salud pública imprudentes (art. 367 CP), falsedad por imprudencia (art. 391 CP), prevaricación judicial imprudente (art. 447 CP), deslealtad profesional por imprudencia (art. 467.2 CP), delitos

¹⁸ GONZÁLEZ CANO, «La mediación penal en España», en *La mediación penal para adultos*, (Barona Vilar, Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 19 a 52.

contra los derechos constitucionales por imprudencia (art. 532 CP), revelación de secretos imprudente (art. 601 CP), etc¹⁹.

Un último apunte merece la regulación prevista en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LRPM).

Desde la consideración del principio de oportunidad en sede fiscal²⁰ se prevé la posibilidad de componer el conflicto penal mediante tres niveles alternativos (art. 19), atendidas la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos.

Un primer nivel de conciliación entre víctima y victimario que implica la interacción entre victimario, quien reconoce el daño causado y se disculpe ante la víctima, y la aceptación de las disculpas por esta última.

Un segundo nivel de reparación del daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito mediante el compromiso asumido por el menor de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva.

Un tercer nivel resocializador (art. 25 CE), mediante el cumplimiento de una actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil, lo cual supone añadir un elemento de composición más al conflicto penal subyacente.

Asimismo, el elemento subjetivo del conflicto es amplio puesto que aún en los casos en los que la víctima del delito fuere menor de edad o incapaz, podrá surtir efectos siempre con la anuencia o que el compromiso comentado sea asumido por su representante legal, con la aprobación del Juez de Menores (art. 19.6 LRPM).

De esta forma, la composición del conflicto penal trasciende del concepto clásico de mediación, para situarse en una composición integral dinámica y sumaria del conflicto planteado, vista la articulación intraprocesal del sistema durante la tramitación del correspondiente expediente (art. 19.4 LRPM).

Más aun, pues el correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, lo cual puede implicar las perspectivas o niveles

¹⁹ Listado obtenido de Guía Jurídica Wolters Kluwers, Madrid, ref. de 21 de noviembre de 2021, disponible en web: www.guiasjuridicas.wolterskluwer.es.

²⁰ Véase FRANCÉS LECUMBERRI, «El principio de oportunidad y la Justicia Restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor», en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2012, n.º 4, pp. 21 y ss.

propuestos, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento²¹.

Por último, también existen ejemplos de supuestos positivizados concretos de tipos penales para los que se prohíbe el recurso al procedimiento de mediación. Tal es la situación que introduce la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en la modificación propuesta respecto del artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. A tal fin no han faltado autores que afirman que se trataría de una opción legislativa a la que se ha dotado de una aplicabilidad excesivamente amplia.

5. Conclusiones

Del tenor del texto principal cabe destacar las siguientes conclusiones:

1. La Ley 4/2015 de 27 de abril ha supuesto la introducción expresa de las fórmulas autocompositivas en la resolución del conflicto penal. No obstante, lo anterior, la apertura hacia la utilización del método medial se produce de forma escalonada, al proscribirse respecto de aquellos delitos que no lo admitan, por norma con rango de Ley, lo cual obviamente deja latente el debate acerca de la conveniencia o pertinencia de la mediación según los tipos penales.

2. La posibilidad de disponer el método medial debería ser valorada desde una perspectiva casuística, teniendo presente además factores diversos. Los conflictos penales pueden presentar un marco conceptual y procedimental común, no obstante, los instrumentos y medidas que permiten la composición del conflicto con frecuencia varían. La introducción del elemento prospectivo en la denegación de justicia restaurativa, desde la perspectiva tanto de un posible perjuicio material como moral para la víctima, supone introducir un criterio casuístico más allá de una enumeración exhaustiva de los conflictos penales susceptibles de composición mediante fórmulas autocompositivas. En dicho enfoque, la delimitación predictiva realizada por tercero respecto de la concurrencia de un posible perjuicio moral puede situarse razonablemente en la esfera intersubjetiva del conflicto penal.

3. Cabría considerar la mediación como método de resolución de conflictos penales desde la perspectiva de la perseguibilidad de la acción típica hasta las consecuencias que el comportamiento procesal de la víctima pudiera acarrear en sede de enjuiciamiento. En segundo lugar, aquellos tipos penales que permiten una graduación de sus consecuencias podrán ser considerados desde la óptica medial. Lo cual no implica descartar el método autocompositivo

²¹ Sobre el procedimiento aplicable a la composición del conflicto en sus tres niveles puede acudirse a los artículos 4, 5 y 15 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

para la composición del conflicto que prevén los tipos penales básicos. En tercer lugar, habrá de valorarse las posibilidades que plantean las fórmulas autocompositivas en aquellos aspectos del conflicto penal que potencian o consolidan la composición final, con unos resultados que se presentan más allá de los tradicionales contornos punitivos.

4. La regulación prevista en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevé, desde la consideración del principio de oportunidad en sede fiscal, la posibilidad de componer el conflicto penal mediante tres niveles alternativos, atendidas la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos. De esta forma, la composición del conflicto penal trasciende del concepto clásico de mediación, para situarse en una composición integral dinámica y sumaria del conflicto planteado, vista la articulación intraprocesal del sistema durante la tramitación del correspondiente expediente.

6. Bibliografía

ALCALÁ - ZAMORA y CASTILLO, *El Allanamiento en el Proceso Penal*, EJEA, Buenos Aires, Argentina, 1962.

AGUILERA MORALES, *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona, 1998.

BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

BARONA VILAR, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CERVELLÓ DONDERIS, *Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico*, Tirant Online, 2013, (ref. de 17 de noviembre de 2021), disponible en Web: www.tirantonline.com.

DE DIEGO DÍEZ, *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DORADO PICÓN, *Un cambio en la administración de justicia: la oficina judicial*, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2017.

FRANCÉS LECUMBERRI, «El principio de oportunidad y la Justicia Restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor», en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2012, n.º 4.

GONZÁLEZ CANO, «La mediación penal en España», en *La mediación penal para adultos*, (Barona Vilar, Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial.

MARCOS FRANCISCO, «Requisitos de perseguibilidad de los delitos tras la reciente Ley de reforma del Código Penal», en *La Ley Penal*, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, núm. 116, Sección Derecho Procesal Penal, Septiembre - Octubre, 2015.

MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998.

PASQUAL DEL RIQUELME HERRERO, *Mediación penal: marco conceptual y referentes. Guía conceptual para el diseño y ejecución de planes estratégicos nacionales de mejora y fortalecimiento de la mediación penal*, EUROsocial II, Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), julio, 2013.

ROLDÁN BARBERO, «La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar», en *Revista Penal*, núm. 11, 2003.

SÁNCHEZ GÓMEZ, «Mediación Penal y Violencia de Género. Un adecuado sistema de resolución de conflictos», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho de defensa en la investigación de los delitos de terrorismo*, Universidad Carlos III, Madrid, 2014.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.



Las opiniones expuestas en los distintos trabajos y colaboraciones son de la exclusiva responsabilidad de los autores. Acta Judicial no comparte necesariamente las opiniones y juicios expuestos en los trabajos firmados.

Las obras se publican bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional:

No se permite un uso comercial de la obra original ni generar obras derivadas (texto legal).



Director ejecutivo

Fernando Javier Cremades López de Teruel

Editor

Jesús Sancho Alonso

ISSN 2603-7173

www.letradosdejusticia.es/revistaactajudicial

Dirección de comunicación con la Revista

revista@letradosdejusticia.es

Para el envío de trabajos deberá registrarse en la página web

Normas de publicación

<http://www.letradosdejusticia.es/revistaactajudicial>

Puede verlas también en la página 137

Consejo Editorial

Rafael Lara Hernández (Presidente del Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, España)
Ernesto Casado Rodríguez (Director de la Comisión de Estudios e Informes del Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, España)
Fernando Javier Cremades López de Teruel (Letrado de la Administración de Justicia, España)
Jesús Sancho Alonso (Doctor en Derecho. Letrado de la Administración de Justicia, España)
José Palazuelos Morlanes (Letrado de la Administración de Justicia del Tribunal Supremo, España)
Isabel Morales Mirat (Letrado de la Administración de Justicia, España)

Comité Científico

Los miembros del Comité Científico han expresado su autorización para aparecer en este listado:
María José Alonso Más (Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universitat de València, España)
María Luisa Atienza Navarro (Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València, España)
María Asunción Barrio Calle (Letrado de la Administración de Justicia, España)
José Bonet Navarro (Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València, España)
Emiliano Borja Jiménez (Catedrático de Derecho Penal. Universitat de València, España)
María José Cañizares Castellanos (Secretario Coordinador de Almería, España)
Carolina del Carmen Castillo Martínez (Magistrada. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente), Profesora Asociada de Derecho Civil. Universitat de València, España)
Vicente Cuñat Edo (Catedrático Emérito de Derecho Mercantil. Universitat de València, España)
Daniel de la Rubia Sánchez (Secretario Coordinador de Granada, España)
José Ramón de Verda y Beamonte (Catedrático de Derecho Civil Universitat de València, España)
Joaquín Delgado Martín (Magistrado. Miembro de la Red Judicial de Expertos en Derecho Europeo (REDUE). Doctor en Derecho, España)
María del Pilar Diago Diago (Catedrática de la Universidad de Zaragoza, España)
Jesús Estruch Estruch (Catedrático de Derecho Civil. Universitat de València, España)
Antonio Fernández de Bujan y Fernández (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)
Carmen García Cerdá (Fiscal de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, España)
Pablo Izquierdo Blanco (Magistrado, España)
Francisco Marín Castán (Magistrado. Presidente de la Sala Primera Tribunal Supremo, España)
Alfredo Martínez Guerrero (Letrado de la Administración de Justicia, España)
María Dolores Mas Badía (Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València, España)
Diego Medina García (Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España)
María Pilar Montés Rodríguez (Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València, España)
Manuel Ortells Ramos (Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València, España)
Guillermo Palao Moreno (Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universitat de València, España)
Inmaculada Revuelta Pérez (Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universitat de València, España)
Ricardo Rivero Ortega (Catedrático de Derecho Administrativo. Rector de la Universidad de Salamanca, España)
Ángel Sánchez Blanco (Catedrático Emérito de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga, España)
Remedios Sánchez Ferriz (Catedrática de Derecho Constitucional. Universitat de València, España)
Raúl Sánchez Gómez (Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España)
Antonio Vercher Noguera (Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo del Tribunal Supremo, España)
Rafael Verdera Server (Catedrático de Derecho Civil. Universitat de València, España)

PETICIÓN DE PUBLICACIONES

La Revista Acta Judicial pretende ofrecer un espacio de difusión del estudio e investigación en el campo del Derecho español. La Revista está abierta a todo tipo de trabajos doctrinales relacionados con el Derecho público y privado, tanto en su perspectiva sustantiva como procesal. Puede tener un ámbito y dimensión autonómica, nacional, europea e internacional, debiendo tener, en estos dos últimos casos, claros vínculos con el Derecho español. Si el estudio realizado aparece como Derecho comparado, ambos Derechos tratados deben alcanzar la misma, o análoga, proporcionalidad, relevancia y profundidad de estudio del tema, de modo que el Derecho español no quede relegado y sea su referencia meramente testimonial. Al mismo tiempo, se pretende ofrecer un canal de reflexión y difusión de estudios técnicos sobre nuevas tecnologías y ciberseguridad que tengan aplicación, incidencia o influencia en el Derecho español.

La Revista Acta Judicial tiene una periodicidad semestral, publicándose en los meses de enero y julio.

La revista está abierta a la recepción de artículos originales, hasta el 15 de mayo para el número de julio y el 15 de noviembre para el número de enero.

Se establece un sistema de evaluación de artículos de revisión por pares, en el que intervienen un mínimo de dos evaluadores externos a la entidad editora de la Revista Acta Judicial, [pulse para más información](#).

Acta Judicial se edita en Madrid, España, bajo el ISSN 2603-7173

Le agradecemos la difusión que pueda aportar a la revista informando de su disponibilidad y periodo de recepción de colaboraciones a quién considere que puede interesar.

Normas de publicación

Para publicar en la Revista Acta Judicial, los autores interesados deben enviar sus textos en formato de Word (doc, docx) en cualquiera de sus versiones, a través de la página web de la Revista, [pulse aquí para más información](#).

1. Contenido del artículo

Los artículos deben tener una extensión entre 15 y 40 páginas (sin contar los resúmenes, las palabras clave y el sumario), si bien con carácter excepcional se podrá admitir hasta 50 páginas, siempre que se justifique la razón al enviar el trabajo. Se seguirá estrictamente la [plantilla](#) que la Revista pone a disposición del autor, cuyo uso se recomienda para facilitar el trabajo. Consulte la información para autores disponible en la página web de la Revista.

El artículo enviado para su publicación deberá contener los siguientes elementos:

1. Título del artículo, en español y en inglés.
2. Nombre completo del autor o autores (máximo 4), con indicación de su filiación (profesión o actividad académica) y una dirección electrónica de contacto.
3. Un resumen de 250 palabras como máximo (en español y en inglés).
4. Palabras clave: entre cinco y diez (con un máximo de 2 líneas), separadas por comas (en español y en inglés).
5. Sumario, consistente en los epígrafes y sub-epígrafes del artículo.
6. El texto del artículo, en español, incluyendo en él los cuadros y figuras (si las hubiera), con una extensión mínima de 15 hojas y máxima de 40 hojas, o 50 hojas con carácter excepcional y siempre que se justifique la razón al enviar el trabajo.
7. Bibliografía. Al final del texto se consignará un listado completo con la bibliografía o referencias bibliográficas empleadas en la elaboración del artículo. Todas las citas que se realicen dentro del texto deberán reflejarse en la bibliografía. Las referencias bibliográficas se ordenarán por orden alfabético del primer apellido del autor o primer autor si son varios. Para distintos trabajos de un mismo autor o autores se tendrá en cuenta el orden cronológico según el año de publicación.
8. El autor podrá incorporar en el texto o pie de página del artículo palabras o conjunto de palabras con hiperenlaces que considere oportunos (por ejemplo, enlace a normas en el BOE, sentencia en el CENDOJ o Tribunal Constitucional), que quedarán en azul y no tendrán subrayado. Siempre que no sean citas, que deberán tener el formato específico de las citas.
9. El autor deberá indicar, al final del artículo, si existe algún tipo de conflicto de intereses relacionado con el artículo. Así mismo deberá señalar si el artículo ha sido realizado gracias a algún tipo de financiación.

2. Formato del artículo

La no adecuación a la [plantilla](#) de Word establecida para la Revista y que se pone a disposición de los autores (tipo de letra, sangrado, espacios, formatos de edición, estructura,...), es motivo de rechazo directo del artículo presentado,

pudiendo ser invitado desde el Comité Editorial a modificarlo según plantilla y enviarlo de nuevo.

A continuación, se establecen una serie de reglas que el autor deberá seguir a la hora de escribir su artículo, así como unas normas sobre el formato que, si no se utiliza la plantilla facilitada por la Revista, deberá tener en cuenta tomando como base el formato que por defecto establece Word:

- 1. Tamaño de hoja.** Los artículos deben estar escritos en un tamaño de hoja A4, con márgenes de 3 cm por cada lado (superior, inferior, izquierdo y derecho), con letra base Palatino Linotype, tamaño 12 puntos y espacio sencillo, sin espaciado anterior ni posterior. En una sola columna. Solo con “sangría especial” en “primera línea” de 1,25 cm ([pinche aquí para consultar la forma de realizarlo en Word](#)).
- 2. Título del artículo en español.** Debe estar en letra Mayúscula, Palatino Linotype 14, centrado en negrita (con el estilo “Título 1” de la plantilla).
- 3. Título del artículo en inglés.** Debe estar en letra Minúscula, Palatino Linotype 12, centrado en negrita (con estilo “Title in English” de la plantilla).
- 4. Autores.** Debe constar el nombre y apellidos de los autores, en letra Palatino Linotype 12, centrada (con estilo “Título 2” de la plantilla).
- 5. Afiliación autores.** Debe constar la profesión, actividad académica, etc., Palatino Linotype 10, centrada (con estilo “Filiación” de la plantilla).
- 6. Correo electrónico autores.** Debe constar el correo electrónico de contacto del autor, Palatino Linotype 10, centrada (con estilo “Filiación” de la plantilla).
- 7. Resumen y Abstract.** Deberán tener una extensión máxima de 250 palabras, en letra Palatino Linotype 12, justificado (con estilo “Normal” de la plantilla).
- 8. Palabras clave y Keywords.** Deberán tener entre cinco y diez palabras, tanto en español como en inglés, separadas por comas, en letra Palatino Linotype 12, justificado (con estilo “Normal” de la plantilla).
- 9. Cuerpo del artículo.** Con letra base Palatino Linotype 12 puntos, justificado y espacio sencillo, sin espaciado anterior ni posterior. Solo con “sangría especial” en “primera línea” de 1,25 cm.
- 10. Epígrafes y sub-epígrafes.** Los títulos de los diferentes apartados (epígrafes y sub-epígrafes) deberán ir en minúscula y negrita precedido de

la correspondiente numeración no automática, que seguirán las siguientes pautas:

- 1.
- 1.1.
- 1.1.1.
- 1.1.1.a.

Al terminar un epígrafe o sub-epígrafe hay que dejar un espacio entre el texto y el epígrafe siguiente.

El título de los epígrafes y sub-epígrafes deben tener activados el “control de líneas viudas y huérfanas” y “Conservación con el siguiente” (en “Paginación” de “Líneas y saltos de página” de la sección “Párrafo” de Word. ([Pinche aquí para consultar la forma de realizarlo en Word](#)).

11. Notas al pie. Las notas al pie del texto, estarán enumeradas correlativamente al final de cada página (en letra Palatino Linotype 10, justificado, con espacio sencillo, sin espaciado anterior ni posterior). [Pinche aquí para consultar sobre notas al pie](#).

12. Numeración de página. Los números de las páginas estarán alineados a la derecha, en fuente Palatino Linotype, tamaño 10.

13. Bibliografía. Al final del texto del artículo, se consignará un listado completo con la bibliografía o referencias bibliográficas empleadas en la elaboración del mismo.

TODAS las citas que se realicen dentro del texto deberán reflejarse en la bibliografía.

Las referencias bibliográficas se ordenarán por orden alfabético del primer apellido del autor o primer autor si son varios. Para distintos trabajos de un mismo autor o autores se tendrá en cuenta el orden cronológico según año de publicación.

14. Hiperenlaces. No tendrán subrayado y quedarán con su característico color azul (según el estilo de la plantilla “Hipervínculo”). En caso de ser una cita, debe tenerse en cuenta el formato específico de las citas.

3. El formato de las citas y bibliografías

El formato de las citas bibliográficas deberá seguir la [norma ISO 690:2010](#), cuyo equivalente en español es la norma UNE-ISO 690:2013, que fue traducida por la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR).

La norma UNE-ISO 690:2013 (ISO 690:2010) acepta el sistema de notas continuas, que es el sistema que se exige en la Revista Acta Judicial.

- Cita: Se insertan los números en cada nota de forma consecutiva. Si hay diversas citas de un mismo recurso, se usará un número de nota para cada mención que da lugar a la cita.
- Referencia: Se presentan las notas en su orden numérico. Si una nota se refiere a un recurso ya mencionado (recurso citado en una nota anterior), bien se repite la referencia completa o bien se da el número de la nota anterior seguido de los números de páginas necesarios, etc. (*Ejemplo número nota anterior:* ³⁴ ESPAÑA PEREZ, M.D., referencia 8, p 556.)
- Fuentes de datos: Los datos usados en una referencia deberán tomarse del propio recurso citado (siempre que sea posible). Por orden de preferencia, las fuentes apropiadas serán en primer lugar de la portada (o página de inicio de un sitio web, rótulos de un audiovisual, etc.) y de otras partes de la obra en caso necesario (verso de la portada, la cabecera, etc; cubierta o etiqueta asociada permanentemente con el documento).
Se pueden añadir elementos que no aparezcan en el documento fuente, con el fin de completar la información. Estos elementos deberán ir encerrados entre corchetes [].

3.1. A continuación le mostramos ejemplos de referencias bibliográficas que cumplen con la norma UNE-ISO 690:2013.

Libros impresos y publicaciones monográficas similares con un autor

NOMBRE DEL CREADOR. *Título del libro (cursiva)*. Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación. Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (ISBN, ...) (si está disponible)

Ejemplo: ESPAÑA PEREZ, M.D. *La división de poderes en la constitución española*. Pamplona: Anagrama, 2004. pp. 25-26. ISBN 55-557960-37-5

Libros impresos y publicaciones monográficas similares con dos o más autores

NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES). *Título del libro (cursiva)*. Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación. Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (ISBN,...) (si está disponible)

Para las obras con más de tres autores, se recomienda dar todos los nombres. Si se elige no mencionar a todos los autores, se dará el nombre del primer autor seguido de "y otros" o "et al."

Ejemplo: THOMPSON, J., BERBANK-GREEN, B. y CUSWORTH, N. *Introducción a la historia del derecho*. Madrid: Taurus, 1988. p. 30.

Libros electrónicos y publicaciones monográficas en línea

Ejemplo 1: PASTOR PRIETO, S. *Análisis Económico de la Justicia y Reforma Judicial* [en línea]. Tirant Lo Blanch, 2016. [consulta: 15 enero 2017] Disponible en: <http://www.tirantonline.com>

Ejemplo 2: KAFKA, Franz. *The Trial* [en línea]. Translated by David WYLLIE. Project Gutenberg, 2005. [consulta: 5 junio 2006]. Disponible en: <http://www.gutenberg.org/dirs/etext05/ktrial11.txt>

Capítulo de libro (referencias a contribuciones dentro de publicaciones monográficas impresas)

NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES). Título de la contribución. En: NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES) *Título (cursiva)*. Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación, Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (ISBN...) (si está disponible)

Ejemplo: GONZALEZ VEGA, F.J. La letra de cambio. En FERNÁNDEZ TORREJÓN, J.A. (coord.) *Manual de derecho mercantil*. Granada: Comares, 2014, pp. 162-179.

Capítulo de libro en línea (referencias a contribuciones dentro de publicaciones monográficas en línea)

Ejemplo: NATIONAL RESEARCH COUNCIL [U.S.], *Committee on the Training Needs of Health Professionals to Respond to Family Violence. Current Educational Activities in the Health Professions*. En: *Confronting Chronic Neglect: The Education and Training of Health Professionals on Family Violence* [en línea]. Washington DC: National Academy Press, 2002, pp. 35-44 [consulta: 23 junio 2006]. Disponible en: http://darwin.nap.edu/openbook.php?record_id=10127&page=35

Artículo de revista (publicaciones seriadas impresas)

NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES). Título de la contribución En: Título de la publicación seriada fuente (cursiva). Edición. Lugar: Editor, Fecha de publicación, Numeración, Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (ISSN, ...) (si está disponible)

Ejemplo: LÓPEZ CASTRO, A. La fe pública judicial. En: *Revista de Derecho Político*. Madrid: UNED, 1998, no. 84, pp. 173-194.

Artículo de revista en línea (contribución dentro de una publicación seriada en línea)

Ejemplo: SALVADOR-OLIVÁN, J.A., MARCO CUENCA, G., ARQUERO AVILÉS, R. Impacto de las revistas españolas de Biblioteconomía y Documentación y repercusión de las autocitas en su índice h. En: *Revista Investigación Bibliotecológica: archivonomía, bibliotecología e información*, vol. 32, núm. 77, octubre/diciembre, 2018,

México. pp. 13-30. [consulta: 01 noviembre 2018] ISSN: 2448-8321. Disponible en: <http://rev-ib.unam.mx/ib/index.php/ib/article/view/57852/51944>

Referencia a publicación seriada en línea

Nombre publicación (cursiva) [en línea]. Lugar: Editor, Fecha de publicación, Numeración, Rango de páginas (de la contribución) [consulta: fecha]. Identificador normalizado (ISSN, ...) (si está disponible). Disponible: enlace a la publicación

Ejemplo 1 : *Acta Zoologica* [en línea]. Oxford, U.K.: Blackwell Publishing Ltd., January 2006, vol. 87, issue 1 [consulta: 6 julio 2006]. Academic Search Premier. EBSCOhost Research Databases. ISSN 0001-7272. Disponible en: <http://search.epnet.com>

Ejemplo 2: *AJET: Australasian Journal of Educational Technology* [en línea]. Australia: ASCILITE, Winter 2000, vol. 16, no.2 [consulta: 23 octubre 2003]. ISSN 0814-673X. Disponible: <http://www.ascilite.org.au/ajet/ajet16/ajet16.html>

Contribución a las Actas de un Congreso

NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES). Título de la contribución. En: Título de la publicación fuente (cursiva). Edición. Lugar: Editor, Fecha de publicación, Numeración, Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (si está disponible)

Ejemplo: DE OCAÑA LACAL, D. Los archivos judiciales ante el reto de las nuevas tecnologías. En: *Congreso de archivos judiciales en Sevilla en mayo de 2007*. Sevilla, Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, 2007. pp. 98-101.

Legislación

País. Título. Publicación, fecha de publicación, número, páginas.

Ejemplo: España. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987.

También puede consultar las normas de publicación en la página web, pulsando aquí.

Los autores autorizan la reproducción y comunicación pública de los textos completos de sus artículos a efectos de su inclusión en la base de datos de Dialnet, así como en otras necesarias para garantizar el impacto de las obras.



Tercera época

ACTA JUDICIAL

Revista editada por Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia

<http://www.letradosdejusticia.es/revistaactajudicial>

revista@letradosdejusticia.es

Dirección postal
Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia
Edificio del Tribunal Supremo
Planta baja, Despacho B-17
C/ Villa de París s/n
28004 Madrid

La Revista Acta Judicial y su signo distintivo son marcas registradas