Tercera época

ACTA JUDICIAL

Revista editada por Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia

Nº 7. Enero-Junio 2021

Sumario

Págs.

Sumario

FORMAS TESTAMENTARIAS PROPIAS DEL DERECHO CIVIL CATALÁN, DIMENSIÓN INTERNA Y REGULACIÓN EUROPEA SOBRE SUCESIONES: EL TESTAMENTO SACRAMENTAL 02-17
Por Álvaro Gimeno Ruiz

LA PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER COMETIDOS A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS 18-39
Por Miguel Bueno Benedí

PROBLEMÁTICA LABORAL DE LAS VÍCTIMAS DE GÉNERO: DESAJUSTES COMPETENCIALES Y JURÍDICOS 40-71
Por Elena del Pilar Ramallo Miñán

EL CARÁCTER JUDICIAL DE LOS LETRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA 72-124
Por Alfredo Martínez Guerrero

Licencia de las obras Pág. 125
Consejo editorial y Comité científico Pág. 126
Normas de publicación Pág. 127

http://www.letradosdejusticia.es/revistaactajudicial

Edición semestral

ISSN 2603-7173

Editado en Madrid (España)

por

Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia

FORMAS TESTAMENTARIAS PROPIAS DEL DERECHO CIVIL CATALÁN, DIMENSIÓN INTERNA Y REGULACIÓN EUROPEA SOBRE SUCESIONES: EL TESTAMENTO SACRAMENTAL

Testamentary forms of Catalan Civil Law, internal dimension and European regulation on successions: The sacramental testament

Por Álvaro Gimeno Ruiz
Letrado de la Administración de Justicia
alvarogimeno1987@gmail.com

Artículo recibido: 03/04/2020 | Artículo aceptado: 26/09/2020

RESUMEN

La creación de un marco común a nivel europeo en materia sucesoria con la aprobación del Reglamento (UE) 650/2012, permiten que instituciones propias del Derecho Civil Catalán como el testamento sacramental favorezcan la realización de la voluntad del testador en cuanto a la ordenación de su sucesión.

ABSTRACT

The creation of a common framework at European level in succession matters with the approval of Regulation (EU) 650/2012, allow institutions of Catalan Civil Law such as the sacramental testament to favor the realization of the testator's will regarding the ordination of his succession.

PALABRAS CLAVE

Sucesiones, Derecho civil catalán, Derecho Internacional Privado.

KEYWORDS

Successions, Catalan civil law, Private International Law.

Sumario: 1. Testamento sacramental. Caracteres. Diferencia con otros testamentos regulados en el Derecho Civil Catalán. 2. Testamento sacramental y Derecho Interregional Privado. 3. Testamento sacramental y Derecho Internacional Privado de la UE. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Testamento sacramental. Caracteres. Diferencia con otros testamentos regulados en el Derecho Civil Catalán

El testamento sacramental se encontraba regulado en los artículos 103 y 104 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, el artículo 103 disponía

Podrán otorgar testamento sacramental las personas que gocen de la vecindad local de Barcelona mientras se encuentren fuera de dicha ciudad en viaje, siempre que, en previsión de fallecer en tal circunstancia y con intento de testar, manifiesten su última voluntad, de palabra o por escrito, ante dos testigos idóneos y rogados, que conozcan al testador y aprecien su capacidad.

El testamento requerirá:

1º Que el testador fallezca durante el indicado viaje o después por accidente o enfermedad sobrevenidos durante el mismo.

2º Que los testigos dentro de los seis meses siguientes de su llegada a Barcelona, adveren el testamento en la forma que establece el artículo siguiente, ante el altar de la Santa Cruz, antes de San Félix, de la Iglesia de los Santos Justo y Pastor de la expresada ciudad.

3º Que los testigos, al adverarlo, estén contestes en su contenido sustancial.

Podrán también otorgar testamento sacramental, en análogas circunstancias, las personas con vecindad local en la antigua diócesis de Gerona, adverándolo los testigos ante el altar de la Iglesia de aquella ciudad en que consuetudinariamente se celebren estos actos.

El artículo 104 regulaba el procedimiento de adveración, esta figura fue suprimida por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, que establecía en su exposición de motivos:

Se ha suprimido, en cambio, el testamento sacramental, porque, aun reconociendo su larguísima tradición en Cataluña, de raíz altomedieval, se ha considerado obsoleto.

Regulaba también la Compilación el testamento ante párroco en su artículo 102, que también se recogía en los derechos aragonés y navarro[1].

El testamento ante párroco es una excepción al carácter personal de las normas de Derecho Foral derivadas del estatuto personal en aplicación de lo dispuesto en los artículos 11 y 16 Código Civil (en adelante CC) y de la regla *Locus regit actum*[2], por lo que no se requerirá tener la vecindad foral navarra, aragonesa o catalana para su otorgamiento.

Los caracteres del testamento sacramental han sido establecidos por la jurisprudencia, a diferencia del testamento ante párroco, y acorde con las normas de Derecho Foral propias de dicho estatuto, tiene carácter personal, por lo que su

[1] Sobre el testamento ante párroco vid. MORÁN MARTÍN R. *El testamento ante párroco en Aragón, Navarra y Cataluña. Evolución histórica de una forma testamentaria foral*. Ed. Tirant. 2017. ISBN: 978-84-9143-392-7.

[2] BUENO BELLIDO, J. M., ESTABAN PRADAS, R. *El testamento ante capellán. Zaragoza*: Secretariado de Publicaciones. Universidad de Zaragoza. 1986. Págs. 97-99.

GIMENO RUIZ A. El testamento ante capellán en el siglo XXI. *Ius Fugit*. 19, 2016. ISSN 1132-8975. Pág. 255.

otorgamiento requerirá tener la vecindad civil catalana y además la vecindad local de Barcelona o de la antigua Diócesis de Girona.

Establecía la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1901[3]

Considerando que la facultad de otorgar el testamento llamado sacramental constituye, aun dentro del régimen foral de Cataluña, un privilegio cuyo carácter no es el meramente formalista regido por el lugar en que el acto se efectúa ó solemniza, sino de tal modo personalísimo que corresponde exclusivamente el catalán que sea además ciudadano de Barcelona, el cual puede otorgarlo según los términos del capítulo 48 del privilegio Recognoverunt proceres, no sólo dentro del territorio catalán, sino fuera del mismo.

Señala así mismo la sentencia de 22 de febrero de 1922

Considerando que dada la inaplicabilidad de las dos sentencias doctrinales antes examinadas, procede resolver la más sustancial de esta controversia, declarando que la facultad de otorgar el testamento llamado sacramental corresponde únicamente a los ciudadanos de Barcelona, los cuales, merced al privilegio personalísimo que lo caracteriza, pueden aprovecharse de esta forma especial de testar para disponer de sus bienes, con tal que dentro de las circunstancias y solemnidades establecidas por el Recognoverunt proceres

El contenido en esta sentencia se reitera por la de 28 de octubre de 1930

Considerando que la facultad de otorgar testamento sacramental, corresponde únicamente a los ciudadanos de Barcelona, y pueden aprovecharse de esta forma especial de testar, con tal que dentro de las circunstancias y solemnidades establecidas por el "Recognoverunt Proceres", aparezca deliberadamente manifestada, en presencia de testigos, la última voluntad del testador, doctrina consignada en sentencia de esta Sala de 23 febrero 1922, concordante con las demás que sobre este particular arriba se mencionan, de la que se deriva lógicamente que, existiendo conformidad en el dicho de los testigos adverantes del testamento, respecto a cuanto integra la sustancial ordenación del testador, y habiendo tenido lugar la adveración de autos con todas las ritualidades legales, en nada pueden desvirtuar su eficacia jurídica las discordancias de los testigos adverantes en cuanto a detalles accidentales, nimios y ajenos a la sustancialidad del acto jurídico de testar.

Establecido el primer elemento, debe determinarse quiénes, poseyendo la vecindad civil catalana, determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 16 CC, pueden otorgar dicho tipo de testamento por razón de su vecindad local.

El artículo 111-3. 4º de la Ley 29/2002, primera Ley del Código Civil de Cataluña remite a las normas de la vecindad civil la determinación de la vecindad

[3] Sentencias recogidas en la web de l'Institut d'Estudis Catalans https://taller.iec.cat/dret/llista.asp. (Consulta 7/05/2020).

En el mismo SENTIDO ROCA DE LAQUE E. La vecindad local como estado civil. El testamento sacramental (Auto de la Sala 1ª de la Audiencia Territorial de Barcelona). Comentario.

Disponible en https://taller.iec.cat/dret/veure_un_format.asp?id_jurisprudencia=451 (Consulta 7/05/2020).

local, remisión que efectuaba de la misma forma el artículo 3 de la Compilación, por lo que habrá que atender a los criterios establecidos en los artículo 14 y 15 CC, lo que requerirá poseer la vecindad civil catalana por nacimiento o bien, la residencia durante diez años poseyendo otra vecindad o durante dos mediante declaración expresa inscrita en el Registro Civil además de la vecindad local de Barcelona o la Diócesis de Girona.

En el ámbito de los conflictos internos de leyes la vecindad civil desempeña un papel esencial en su resolución al configurarse como punto de conexión principal de normas relativas a materias como las sucesiones o el régimen económico matrimonial[4].

En el caso de los extranjeros que adquieran la nacionalidad española, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 CC podrá optar por una de las nacionalidades recogidas en el mismo, tratándose de la adquisición por carta de naturaleza la vecindad se determinará en el decreto de concesión mientras que en los supuestos de recuperación de la nacionalidad se atenderá a la vecindad que se poseía en el momento de la pérdida.

Ello nos plantea, en primer lugar, la prueba de la vecindad civil y local, lo que lleva a diferenciar distintos supuestos[5]:

Adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza, derecho de opción y residencia: En la correspondiente inscripción practicada en el registro se hará referencia a la vecindad civil (artículo 68 LRC).

Adquisición de la nacionalidad española de origen: De conformidad con el artículo 68 LRC y 14.5.2 CC se inscribirán en el Registro las declaraciones de cambio de vecindad.

En el caso de la vecindad local, establece el artículo 49.4 LRC que en la inscripción de nacimiento *Constarán, además, y siempre que fuera posible, las siguientes circunstancias de los padres: nombre y apellidos, Documento nacional de identidad o Número de identificación de extranjero, lugar y fecha de nacimiento, estado, domicilio y nacionalidad, así como cualquier otro dato necesario para el cumplimiento del objeto del Registro Civil al que se refiere el artículo 2 de la presente Ley que se haya incluido en los modelos oficialmente aprobados.*

Debe atenderse así mismo a la presunción de vecindad establecida por el artículo 69 de la norma, operando, en caso de duda sobre la vecindad civil de los

[4] ZABALO ESCUDERO, E. Pluralidad legislativa y conflictos de Leyes internos en el ordenamiento español. *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz. 1994. Pág. 302.* Disponible en *https://www.ehu.eus/documents/10067636/10652079/1994-MariaElena-Zabalo-Escudero.pdf/2672e16f-3ff1-c2a9-9242-c0470a0a7fd9.* (Consulta 7/05/2020)

[5] DIAGO DIAGO M.P. La prueba de la nacionalidad española y de la vecindad civil: dificultades en la determinación del régimen económico matrimonial legal. *REEI.* ISSN-e 1697-5197. Nº 36. 2018. IV. Mecanismos que ofrece el Registro Civil para probar la nacionalidad y la vecindad civil: Inscripciones y declaraciones con valor de simple presunción.

padres, la cláusula de cierre contenida en el artículo 14.6 CC, la cual, entendemos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.4 de dicho cuerpo legal, se aplicará en los casos que, determinada una vecindad foral, no pueda determinarse la residencia en la concreta localidad por el periodo establecido en la norma.

Así mismo, de conformidad con los artículos 92 y 93 LRC cabe la posibilidad de realizar declaraciones con valor de presunción iuris tantum relativas a la nacionalidad, vecindad civil o cualquier estado que no conste en el Registro Civil, lo que incluiría la vecindad local, que serán objeto de anotación, si bien debe señalarse la dificultad probatoria que conlleva la vecindad civil, pudiéndose realizar dicha prueba a través de las actas del Registro Civil de conformidad con el artículo 327 CC o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho[6].

Debe distinguirse, y así se ha realizado por la doctrina y la jurisprudencia, la vecindad civil y local de la vecindad administrativa, ello permitiría, en aplicación de los artículos 15.4 y 14.5 CC, realizar declaración en contrario para, conservando la vecindad foral catalana, mantener la vecindad local de Barcelona o la Diócesis de Girona o, cambiando la residencia a otro territorio, mantener tanto la vecindad foral catalana como la vecindad local de dichos lugares.

Sobre dicha distinción establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1901.

Considerando que la calidad de ciudadano, equivalente á la de natural ó vecino, se adquiere, tanto con arreglo al art. 15 del Código civil como á los preceptos legislativos comunes y forales anteriores y posteriores, por el transcurso de diez años ó por la residencia durante dos con voluntad manifiesta, y que la disposición del cap. 53, tít. 13, libro 1.°, volumen 2.° de las Constituciones de Cataluña, se dictó solamente para el caso especial de que el siervo ó vasallo fuese reclamado por el señor de cuyo dominio fuera oriundo

Señala así mismo ROCA DE LAQUE[7] que la vecindad local constituye un estado civil que concurre junto con la vecindad civil y como parte del estatuto personal podrán ejercitarse los derechos derivados de la misma en cualquier lugar, podrán otorgar por ello dicho testamento los vecinos de Barcelona o Girona que posean dicha vecindad local establecida con arreglo a los criterios del Código Civil mientras estén en posesión de la misma.

---

[6] Vid. DIAGO DIAGO M.P., referencia 5.

ESTRUCH ESTRUCH J. Criterios de aplicación del Derecho Civil valenciano. Págs 29-31. Disponible en http://www.derechocivilvalenciano.com/estudios/introduccion-al-derecho-foral-y-al-derecho-civil-valenciano/item/170-criterios-de-aplicacion-del-derecho-civil-valenciano-por-jesus-estruch-estruch (Consulta 7/05/2020).

[7] ROCA DE LAQUE, E., referencia 3.

Asimismo, hace referencia la autora al reflejo del Derecho Local propio de algunos territorios de Cataluña en la Compilación, que señalaba en su artículo 2[8]:

El derecho local, escrito o consuetudinario peculiar de algunas poblaciones o comarcas, tales como Barcelona, Tortosa y sus términos, Campo de Tarragona, Obispado de Gerona, Valle de Arán, Pallares Sobirá y Conca de Tremp, se observará en el mismo territorio que desde antiguo aquéllas comprendían, en la parte que esta Compilación lo recoja o se remita a él.

DURÁN I BAS[9] estableció en el artículo XIII del articulado de su proyecto la consideración de vecinos de las poblaciones que gozan de privilegio especial además de los que hayan ganado la vecindad administrativa los forasteros que llevaran un año y un día de residencia.

En relación al derecho propio de la ciudad de Barcelona, además del testamento sacramental, también recogía la Compilación preceptos específicos relativos a su derecho local en sede de enfiteusis[10].

En el caso del derecho propio del Obispado de Girona, se recogen preceptos en materia de régimen económico matrimonial[11].

---

[8] ROCA DE LAQUE, E., referencia 3.

[9] DURÁN I BAS M. *Memoria acerca de las instituciones de Derecho civil de Cataluña. En Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del Dret civil de Catalunya*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. 1995. Pág. 422

[10] ROCA DE LAQUE. E., referencia 3.

El artículo 306, establecía que *en el antiguo territorio enfitéutico de Barcelona, Gerona, Vich, Mataró, Igualada, Villafranca del Panadés, Granollers, Cardedéu, Moyá, Corró de Vall y lugares del término de Las Franquesas del Vallés no se adeudará laudemio en las enajenaciones a título lucrativo de bienes sitos en su respectivo territorio.*

Por su parte señalaba el artículo 308, que *salvo pacto en contrario, el pago del laudemio corresponderá al adquirente, y en el antiguo territorio enfitéutico de Barcelona, al enajenante.*

El 309 recogía que *sin perjuicio de lo dispuesto en las Leyes especiales de Censos, la cuota del laudemio deberá regularse por las disposiciones del título de constitución de la enfiteusis, y en su defecto, al tipo del dos por ciento.*

En el antiguo territorio enfitéutico de Barcelona, y en defecto de pacto, se estará a lo dispuesto en las citadas Leyes.

Finalmente, el articulo 319 establecía que *los «subestablecimientos» con dominio llamado mediano existentes en el antiguo territorio enfitéutico de Barcelona y otras comarcas de Cataluña con anterioridad a la vigencia de la Ley de Censos, subsistirán con sus derechos de dominio adaptados a las disposiciones de dicha Ley y de la presente Compilación.*

[11] Señalaba el artículo 48 que *en el territorio del antiguo Obispado de Gerona el marido podrá prometer a la mujer donación «propter nuptias» o «tantundem» en una cantidad igual a la dote y como garantía de la misma. El «tantundem» podrá coexistir con el «escreix».*

Establecía por su parte el artículo 57 *en el territorio de la antigua diócesis de Gerona podrán pactar los cónyuges que los productos de la dote no consumidos y lo adquirido con ellos se divida por partes iguales entre ambos.*

Debe determinarse el ámbito territorial que engloba la ciudadanía de Barcelona así como la Diócesis de Girona, debiéndose atender al momento de otorgarse el privilegio Recognoverunt proceres .

En el caso de la antigua Diócesis de Girona entendemos que debe entenderse el territorio histórico de la misma, que fue modificado tras el concordato celebrado entre el Estado Español y la Santa Sede en 1953. Estaba integrada por los arcedianatos de Girona, Besalú, Empordà y la Selva y tuvo su derecho propio[12].

Se establecen distintas posturas doctrinales sobre el territorio de Barcelona[13] al que se aplica la institución, el privilegio *Recognoverunt proceres* se otorgó por Pedro III de Aragón a la ciudad en 1284 y estableció la base de su estatuto jurídico. Señala PÉREZ GARCÍA como límites del dominio de Barcelona en el siglo XIII el de doce leguas en la mar14. En virtud de la figura del carretatge, localidades limítrofes pasaron a disfrutar de los privilegios otorgados a la Ciudad Condal15.

De conformidad con los criterios interpretativos establecidos en el artículo 111-2 del Libro primero CCcat así como lo establecido por el artículo primero de la Compilación, entendemos que debe atenderse a lo establecido en su artículo segundo

---

[12] NEGRE PASTELL P. La diócesis de Gerona: Su importancia histórica. Annals de l'Institut d'Estudis Gironins, [en línia], 1958, Vol. 12, págs.- 359-68, https://www.raco.cat/index.php/AnnalsGironins/article/view/53668 [Consulta: 7-05-2020].

13 Sobre las distintas posturas vid. ROCA DE LAQUE, E., referencia 3.

PUIG FERRIOL, L. en ALBADALEJO GARCÍA M. (Dir.) Comentarios a los artículos 97 a 121 de la Compilación de Cataluña. *EDERSA*. 1982.

BROCÀ G.M. *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y exposición de las instituciones del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. 1985. ISBN: 84-393-0515-X. Págs. 513-521.

DURÁN I BAS señala que el testamento sacramental se aplica a los ciudadanos de Barcelona y de las poblaciones que disfrutan de sus privilegios. DURÁN I BAS, M. Referencia 9. Págs. 176-182.

Vid. así mismo TOMÁS Y VALIENTE F. *Manual de historia del Derecho Españ*ol. Ed. Tecnos. 2005. Pág. 216.

[14] PÉREZ GARCÍA M.L. *El régimen especial del municipio de Barcelona: claves históricas, constitucionales, administrativas y europeas*. Tesis doctoral. Universitat Pompeu Fabra. 2015. Págs. 21- 24. Disponible en http://hdl.handle.net/10803/297429 (Consulta 7/05/2020).

Vid. así mismo NOLASCO VIVES Y CEBRIÀ P. *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las que han venido a serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del Principado.* Vol. II. Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya. 2010. 978-84-393-8485-4. Pág. 408.

PÉREZ GARCÍA, M.L., referencia 14. TOMÁS Y VALIENTE, F., referencia 13. Pág. 216.

El derecho local escrito o consuetudinario de algunas poblaciones o comarcas, tales como Barcelona, Tortosa y sus términos, Campo de Tarragona, Obispado de Gerona, Valle de Arán, Pallars Sobirá, y Conca de Tremp, se observara en el mismo territorio que de antiguo aquéllas comprendían, en la parte que esta Compilación lo recoja o se remita a él.

Dado que se determina el ámbito personal de aplicación de testamento sacramental por la vecindad local, entendemos que el criterio permite distinguir entre la aplicación de las normas especiales contenidas en la compilación a poblaciones y otras entidades de ámbito superior al municipio, como es el caso de la Diócesis de Girona, y que debe limitarse la aplicación de la institución al municipio de Barcelona y no a poblaciones limítrofes.

Deben cumplirse el resto de requisitos exigidos por la norma como son que el ciudadano se encuentre fuera de Barcelona o de la Diócesis de Girona, la voluntad de testar del testador, así como que se otorgue, de palabra o por escrito, ante *dos testigos idóneos y rogados que conozcan al testador y aprecien su capacidad.*

También se exige el fallecimiento del testador durante el viaje o, por accidente o enfermedad que deriven del mismo y la adveración en el plazo de 6 meses desde su llegada a Barcelona o Girona, si bien se fija por el artículo 242 un plazo de caducidad de 5 años desde el fallecimiento del testador, en el que deberá de procederse a la adveración.

De conformidad con un criterio histórico de interpretación de las normas conforme al artículo 3 CC, debe interpretarse dicho concepto de viaje en el contexto en el que surge la institución y aplicarlo a la época actual. El mismo en la Edad Media se asociaba a la exploración y conocimiento de nuevos territorios, el viaje en dicha época tiene distintas finalidades como la religiosa, asociada a la peregrinación o la comercial, derivada de la apertura de nuevas rutas comerciales. El traslado de un lugar a otro se asocia a diversos objetivos entre los que se encuentran los económicos[16].

Entendemos que ello permite aplicar el concepto en la actualidad a los supuestos de quienes poseen la vecindad civil catalana y tienen que desplazarse al extranjero por motivos laborales o de estudios durante un período que se mantiene en el tiempo, situación que debe entenderse dentro del concepto de viaje, lo que permitirá el otorgamiento del testamento sacramental siempre que se dé asimismo la situación de peligro a la que alude la norma.

Por último, y tratándose de una institución derogada, debe determinarse si existe la posibilidad de que la misma pueda volver a regularse en el Código Civil de Cataluña, lo cual entendemos puede llevarse a cabo de conformidad con

[16] CASTRO HERNÁNDEZ, P. La idea de viaje en la Edad Media. Una aproximación al espíritu del viajero y la búsqueda de nuevos mundos. *Anejos de Estudios Clásicos, Medievales y Renacentistas*. ISSN-e 0718-7246, Nº. Extra 5, 2013 (Ejemplar dedicado a: Anejos de Estudios Clásicos, Medievales y renacentistas), págs. 64-87.

los artículos 149.1.8ª CE y 129 EAC y la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional de las competencias autonómicas en la materia[17].

2. Testamento sacramental y Derecho Interregional

Una vez determinada la posibilidad de regular la institución en la actualidad y sus caracteres esenciales, debemos examinar las cuestiones que plantea desde la óptica de la dimensión interna del Derecho Internacional Privado.

Estas cuestiones operarán en los casos en los que el testamento se otorgue fuera de Cataluña o exista un conflicto de leyes interno derivado de la ley reguladora de los efectos económicos del matrimonio, como veremos a continuación.

En el ámbito estricto del Derecho Internacional Privado, la norma reguladora de la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las sucesiones viene determinada por el Reglamento (UE) 650/2012 de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. La misma no se aplica a la dimensión interna, de conformidad con su artículo 38

Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes

Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales

Ello supone que la regulación de los conflictos de leyes se realizará de conformidad con las normas contenidas en el título IV del libro I del Código Civil según establece su artículo 16, lo que, de conformidad con dicha remisión, dará lugar a la aplicación del artículo 9.8 CC en materia sucesoria. La ley personal se determinará por la vecindad civil.

La norma de conflicto reguladora de la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias es el artículo 11 CC, el mismo establece la validez de las disposiciones otorgadas con arreglo a la ley personal del disponente, lo que supone que la forma verbal o escrita a la que hace referencia el artículo 103 de la Compilación será válida, aunque el testamento se otorgue fuera de Cataluña.

[17] GIMENO RUIZ A., referencia 2. Pág. 254. ZABALO ESCUDERO E., referencia 4 Págs. 264- 278.

El artículo 108 Comp. establecía las causas que impedían ser testigo[18], con arreglo a su apartado segundo:

Tampoco podrán ser testigos en los testamentos o codicilos otorgados sin intervención de Notario o Párroco los que no entiendan el idioma del testador a menos que intervengan intérpretes en la forma en que prescribe el artículo 684 del Código Civil.

Señala el artículo 684 CC

Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador.

Ello supone la necesidad de la intervención de intérprete cuando alguno de los testigos elegidos por el testador, dado el carácter rogado de éstos exigido por la norma, expresándose el mismo en castellano no entienda dicha lengua o no conozca la lengua catalana en la que el testador exprese su última voluntad. En la actualidad la materia se regula en el artículo 421-11 del libro cuarto CCcat.

La ley aplicable a la sucesión se determinará con arreglo a los puntos de conexión establecidos por el artículo 9.8 CC, será la ley nacional del causante, en este caso la ley catalana, la que regirá la sucesión. Debe tenerse en cuenta en los supuestos en que la ley reguladora de los efectos del matrimonio sea una ley diferente, lo cual puede deberse a la adquisición de la vecindad foral por residencia por parte de los cónyuges o a que ambos posean distinta vecindad civil, será ésta la que regule la legítima del cónyuge viudo[19].

El cambio de vecindad civil, voluntario o por el transcurso del tiempo sin declaración en contrario, da lugar a situaciones de conflicto móvil derivadas del cambio del punto de conexión aplicable por la norma de conflicto que da lugar a la aplicación de otro ordenamiento jurídico distinto al que se aplicaba con anterioridad. En materia de los efectos del matrimonio los puntos de conexión establecidos por el Código evitan la influencia del cambio posterior de vecindad mientras que en materia sucesoria el artículo 9.8 CC recoge el principio del *favor*

[18] PUIG FERRIOL L., referencia 13.

[19] *Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.*

Véase el análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 26 de enero de 2017 realizado por DIAGO DIAGO, en el que debía determinarse la vecindad civil de uno de los cónyuges para la fijación del régimen económico matrimonial. DIAGO DIAGO, M.P. referencia 5.

testamentii al mantener la validez de las disposiciones testamentarias otorgadas conforme a la ley anterior[20].

La reintroducción de la institución permitiría al testador la aplicación de la ley catalana como ley rectora de su sucesión en los casos en los que hubiera otorgado testamento con arreglo a otra ley o, no habiéndolo otorgado, evitar la aplicación de las normas de la sucesión intestada así como en aquellos en los que testara con arreglo a la ley de su vecindad civil en el momento del otorgamiento.

3. Testamento sacramental y Derecho Internacional Privado de la UE

Examinadas las cuestiones relativas a los conflictos de leyes internos, analizaremos las relativas a los conflictos de leyes internacionales. En el ámbito del Derecho Internacional Privado de la UE, tal y como se ha señalado, la promulgación del Reglamento (UE) 650/2012 fija un modelo de unidad en la determinación de la ley aplicable a la sucesión de carácter atenuado, limitando en determinados supuestos la aplicación de la *Lex sucessionis*. El punto de conexión para la determinación de la competencia judicial internacional es la última residencia habitual del causante[21].

Debe tenerse en cuenta en el caso de los españoles residentes en el extranjero que conservan además de la nacionalidad, la vecindad civil[22], y, en el presente caso, la vecindad local, por lo que debemos examinar, si con arreglo a los preceptos reguladores de la forma y la ley aplicable sería posible su otorgamiento en el marco de dicha norma.

En materia de forma, la validez de la misma se plantea como una cuestión previa a la validez del fondo de la disposición testamentaria. Debemos partir de lo establecido en el artículo 75.2 del Reglamento,

En particular, los Estados miembros que son partes contratantes en el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias seguirán aplicando lo dispuesto en ese Convenio, en lugar del artículo 27 del presente Reglamento, en lo que atañe a la validez en materia de forma de los testamentos y testamentos mancomunados.

España forma parte de dicho Convenio, del que forman parte 13 Estados Miembros de la UE y, por tanto, a los que se les aplica el Reglamento. En dichos

[20] ZABALO ESCUDERO M. E. *Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho Civil Aragonés.* Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Zaragoza. 2005.

[21] HEREDIA CERVANTES, I. El nuevo Reglamento europeo sobre sucesiones. *Diario La Ley. ISSN 1989-6913.* n.º 7933. 2012.

[22] Véase el análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza realizado por ZABALO ESCUDERO, que determinó el mantenimiento de la vecindad foral de una persona que traslado su residencia de Huesca a Francia. ZABALO ESCUDERO M.E., referencia 20. Págs. 9 y 10.

Estados se aplicará el Convenio para determinar la validez de las formas de los testamentos y los testamentos mancomunados[23].

Dado que, el artículo 103 de la Compilación permite otorgar el testamento tanto de forma oral como escrita, el artículo 10 del Convenio permite a los Estados Parte formular reservas sobre el reconocimiento de las disposiciones testamentarias realizadas oralmente cuando no concurran circunstancias extraordinarias, si bien España no las ha formulado[24].

El artículo 36 regula los supuestos de Estados con varias unidades territoriales que posean regulación sobre sucesiones[25], en cuyo caso las normas de conflicto de leyes internas determinarán el derecho aplicable, en el caso de nuestro ordenamiento y, como hemos señalado anteriormente, dicha norma vendrá determinada por la remisión que el artículo 16 realiza al 9.8 CC.

Dado que el Reglamento únicamente excluye la validez formal de las disposiciones mortis causa hechas oralmente, entendemos que es aplicable al otorgamiento del testamento tanto en forma oral como escrita el artículo 21 que establece como ley aplicable a la sucesión la del Estado de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, siempre que no exista otra que presente vínculos más estrechos.

El artículo 22 permite al testador elegir la ley aplicable a su sucesión designando la ley del estado de su nacionalidad en el momento de realizar la elección o de su fallecimiento siempre que se realice de forma expresa en forma de disposición testamentaria o resulte de los términos de la misma.

Esta *professio iuris* permite al testador con residencia habitual en el extranjero y vecindad catalana elegir la ley catalana como rectora de su sucesión en lugar de la correspondiente a su residencia habitual, por lo que la reintroducción de la institución permitiría, en el ámbito del Derecho Internacional Privado de la UE, designar la ley catalana como rectora de la sucesión en lugar de la correspondiente a la residencia habitual,[26] cuando según

---

[23] NAVARRO ALAPONT C. La determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento (UE) 650/2012. 4 .La ley aplicable a la forma de las disposiciones mortis causa. Noticias *jurídicas.com* 2017.

Disponible en http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11548-la-determinacion-de-la-ley-aplicable-a-las-sucesiones-internacionales-en-el-reglamento-ue-650-2012/ (Consultado 24 de abril de 2020).

[24] Vid. BOE número 197, de 17 de agosto de 1988, en el que se publica el Instrumento de ratificación del Convenio.

[25] HEREDIA CERVANTES I., referencia 21.

[26] Establece el considerando 23 de la norma.

Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como

los criterios establecidos en el considerando 23 del Reglamento se entienda que la ley correspondiente a la residencia habitual es la del país extranjero en el que se halla el testador y no la catalana, en aquellos supuestos en los que el testador no haya otorgado testamento y se halle en peligro de muerte.

El primer presupuesto para la aplicación de la misma será la existencia de un elemento de internacionalidad[27], que en el presente caso vendrá determinado por la situación del testador con vecindad catalana en el extranjero. En el caso de que el testador cambiase de vecindad civil antes de fallecer, supuesto que parece de difícil aplicación en el presente caso dada la exigencia por el testamento sacramental de que el testador fallezca en el transcurso del viaje o a consecuencia de una enfermedad derivada del mismo, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 22 de la norma para el cambio de nacionalidad y se regiría la sucesión por la ley personal utilizada en el momento de la elección, la ley catalana[28].

El carácter de disposición *mortis causa* de la elección de ley efectuada por el testador en el testamento sacramental a los efectos del Reglamento viene determinado por la posibilidad de que el mismo podría acceder al Registro de Actos de última voluntad[29], de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Anexo II del Reglamento Notarial, que establece que en el mismo se tomará razón[30]:

De la protocolización de los testamentos ológrafos y de los abiertos sin autorización de Notario, de los testamentos otorgados por militares con arreglo a los artículos 716 y 717 del Código Civil y de los otorgados en viaje marítimo.

En relación con el conflicto móvil, la elección de ley recogida en el artículo 22 a la que hemos aludido, permite salvarlo31.

La entrada en vigor del Reglamento y su inaplicación a los conflictos internos supone la existencia en nuestro ordenamiento de dos sistemas de

las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento.

[27] RIPOLL SOLER A. Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: La professio iuris. *RDC. ISSN 2341-2216*, vol. III, núm. 2 (abril-junio, 2016). Págs. 31-32.

[28] RIPOLL SOLER A., referencia 27. Págs. 38-40.

[29] RIPOLL SOLER A., referencia 27. Págs. 51-53.

[30] Nótese la diferencia en el presente caso con el testamento otorgado ante párroco, al cual se hace mención en el apartado a) del precepto

a) De los testamentos abiertos, de la autorización del acta de otorgamiento y protocolización de los cerrados o sus respectivas revocaciones, de las donaciones mortis causa y, en general, de todo acto relativo a la expresión o modificación de la última voluntad autorizado por el Notario de la Península e islas adyacentes, posesiones del Norte de África y demás territorios de soberanía nacional; por Cura párroco, en los puntos en que por ley, fuero o costumbre tenga esta facultad, o por Agente diplomático o consular de España en el extranjero.

[31] RIPOLL SOLER A., referencia 27. Pág. 40.

resolución de conflictos, lo que exigirá diferenciar entre conflictos internos y externos y conflictos internacionales para establecer qué norma debe aplicarse[32].

4. Conclusiones

Pueden otorgar testamento sacramental los que posean la vecindad local de Barcelona o de la antigua Diócesis de Girona, cuando se encuentren en un viaje, entendido éste también en el sentido de un desplazamiento por un período que se mantiene en el tiempo por motivos laborales o de estudios, cuando se hallen en peligro de muerte a consecuencia del mismo.

De conformidad con el artículo 111-3 4º de la primera Ley del Código Civil de Cataluña, la vecindad local se determinará con arreglo a los criterios establecidos para la vecindad civil, por lo que habrá de atenderse a lo establecido en los artículos 14 y 15 CC.

En el ámbito del Derecho Interregional, serán de aplicación las normas de conflicto del Título Preliminar del Código Civil, en concreto el artículo 11 en materia de forma y el artículo 9.8 en materia de ley aplicable por remisión del art. 16 CC. Cuando la ley aplicable a la sucesión sea distinta de la ley reguladora de los efectos del matrimonio será esta última la que regule la legítima del cónyuge viudo.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, en materia de forma, serán de aplicación las disposiciones del Convenio de la Haya de 1961 a los países que, como España, forman parte del mismo, con arreglo al artículo 75.2 del Reglamento (UE) 650/2012. Los artículos 21 y 22 del mencionado Reglamento, regulan la ley aplicable a la sucesión, la elección por el testador de la ley catalana como ley rectora de su sucesión excluiría a la ley de su residencia habitual cuando se entienda que la misma es la del Estado extranjero en el que se encuentra.

5. Bibliografía

BROCÀ G.M. *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y exposición de las instituciones del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. ISBN: 84-393-0515-X. 1985.

BUENO BELLIDO, J. M., ESTABAN PRADAS, R. *El testamento ante capellán. Zaragoza*: Secretariado de Publicaciones. Universidad de Zaragoza. 1986.

CALATAYUD SIERRA A. El Reglamento sobre sucesiones y el Derecho Interregional español: dos sistemas de resolución de conflictos: sus diferencias y su encaje. *RDCA*. Número 19. 2013. ISSN 1135-9714.

[32] CALATAYUD SIERRA A. El Reglamento sobre sucesiones y el Derecho Interregional español: dos sistemas de resolución de conflictos: sus diferencias y su encaje. RDCA. Número 19. 2013. Págs. 125-145. ISSN 1135-9714.

CASTRO HERNÁNDEZ P. La idea de viaje en la Edad Media. Una aproximación al espíritu del viajero y la búsqueda de nuevos mundos. *Anejos de Estudios Clásicos, Medievales y Renacentistas*. ISSN-e 0718-7246, Nº. Extra 5, 2013 (Ejemplar dedicado a: Anejos de Estudios Clásicos, Medievales y renacentistas.

DIAGO DIAGO M.P. La prueba de la nacionalidad española y de la vecindad civil: dificultades en la determinación del régimen económico matrimonial legal. *REEI. ISSN-e 1697-5197.* Nº 36. 2018

DURÁN I BAS M. *Memoria acerca de las instituciones de Derecho civil de Cataluña*. *En Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del Dret civil de Catalunya*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. 1995.

ESTRUCH ESTRUCH J. Criterios de aplicación del Derecho Civil valenciano. Disponible en http://www.derechocivilvalenciano.com (Consulta 7/05/2020).

GIMENO RUIZ A. El testamento ante capellán en el siglo XXI. *Ius Fugit*. 19,2016. ISSN 1132-8975.

HEREDIA CERVANTES, I. El nuevo Reglamento europeo sobre sucesiones. *Diario La Ley. ISSN 1989-6913.* n.º 7933. 2012.

MORÁN MARTÍN R. *El testamento ante párroco en Aragón, Navarra y Cataluña. Evolución histórica de una forma testamentaria foral*. Ed. Tirant. 2017. ISBN: 978-84-9143-392-7.

NAVARRO ALAPONT C. La determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento (UE) 650/2012. 4. La ley aplicable a la forma de las disposiciones mortis causa. *Noticias jurídicas.com*. 2017.

Disponible en http://noticias.juridicas.com (Consultado 24 de abril de 2020).

NEGRE PASTELL P. La diócesis de Gerona: Su importancia histórica. Annals de l'Institut d'Estudis Gironins, [en línia], 1958, Vol. 12, https://www.raco.cat/index.php/AnnalsGironins/article/view/53668 [Consulta: 7-05-2020].

NOLASCO VIVES Y CEBRIÀ P. *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las que han venido a serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del Principado.* Vol. II. Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya. 2010. 978-84-393-8485-4.

PÉREZ GARCÍA M.L. *El régimen especial del municipio de Barcelona: claves históricas, constitucionales, administrativas y europeas*. Tesis doctoral. Universitat Pompeu Fabra. 2015. Disponible en http://hdl.handle.net/10803/297429 (Consulta 7/05/2020).

PUIG FERRIOL L. en ALBADALEJO GARCÍA M. (Dir.) Comentarios a los artículos 97 a 121 de la Compilación de Cataluña. *EDERSA*. 1982

RIPOLL SOLER A. Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: La professio iuris. *RDC. ISSN 2341-2216*, vol. III, núm. 2 (abril-junio, 2016).

ROCA DE LAQUE E. La vecindad local como estado civil. El testamento sacramental (Auto de la Sala 1.ª de la Audiencia Territorial de Barcelona). Comentario. Disponible en https://taller.iec.cat (Consulta 7/05/2020).

TOMÁS Y VALIENTE F. *Manual de historia del Derecho Españo*l. Ed. Tecnos. 2005.

ZABALO ESCUDERO M. E. *Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho Civil Aragonés.* Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Zaragoza. 2005.

ZABALO ESCUDERO, E. Pluralidad legislativa y conflictos de Leyes internos en el ordenamiento español. *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz. 1994. https://www.ehu.eus.* (Consulta 7/05/2020).

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

LA PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER COMETIDOS A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Evidence in women's violence procedures committed through new technologies

Por Miguel Bueno Benedí

Letrado de la Administración de Justicia
miguelbuenobenedi@gmail.com

Artículo recibido: 31/07/2020 | Artículo aceptado: 23/11/2020

RESUMEN

El estudio de este tema se debe principalmente al estado de alerta en el que se encuentra la sociedad hoy en día como consecuencia de los distintos casos que estamos conociendo de violencia de género, que van más allá de lo que tradicionalmente se conocía como tal. Internet es una herramienta en plena expansión al alcance de cualquier individuo, lo que hace que su uso más intensificado junto con el de utilidades como redes sociales o aplicaciones como las de servicios de mensajería instantánea o de geolocalización, esté propiciando la aparición de conductas relacionadas con la violencia de género, que hasta entonces estaban pasando desapercibidas o no se sabía cómo afrontar. Y no sólo eso, sino la posibilidad de incorporar estas comunicaciones como medio probatorio dentro de estos procesos penales es un aspecto novedoso en el que no hay opiniones unánimes debido a los problemas que ello conlleva: principalmente sobre su valor probatorio y la necesidad o no de una prueba pericial sobre los mismos.

ABSTRACT

The study of this topic is mainly due to the state of alert in which society is today as a consequence of the different cases that we are hearing about gender violence, which go beyond what was traditionally known as such. Internet is a tool in full expansion within the reach of any individual, which makes its more intensified use along with that of utilities such as social networks or applications such as those of instant messaging services or geolocation, is promoting the appearance of behaviors related to gender violence, which until then had gone unnoticed or did not know how to deal with it. And not only that, but the possibility of incorporating these communications as evidence in these criminal proceedings is a novel aspect in which there are no unanimous opinions due to

the problems that this entails: mainly about their probative value and the need or not for expert evidence on them.

PALABRAS CLAVE

Violencia de género, Violencia sobre la Mujer, Nuevas tecnologías, Prueba judicial, Valor probatorio.

KEYWORDS

Gender violence, Violence against women, New technologies, Judicial evidence, Evidentiary value.

Sumario: 1. Introducción. 2. Nuevas formas de violencia sobre la mujer a través de las nuevas TIC. 3. Los medios de prueba de esta nueva violencia sobre la mujer. 3.1. ¿Cómo se pueden introducir estos medios de prueba en el proceso penal? 3.2. ¿Cuál es el valor probatorio de estas comunicaciones? 3.3. La impugnación de estos medios de prueba. 4. La prueba pericial electrónica de estas comunicaciones. 5. Problemas de la prueba pericial. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Es difícil encontrar hoy alguna persona que no disponga de un dispositivo móvil o "smartphone" conectado a Internet. También es clara la tendencia a que cada vez se disponga de uno de estos dispositivos con edades más tempranas. Por lo tanto, es particularmente sensible la preocupación sobre la correcta utilización de los mismos pues es evidente que cada vez se están dando más conductas de violencia de género, incluso entre menores de edad.

En muchas ocasiones se pueden llegar a cometer delitos de amenazas, acoso, maltrato o coacciones incluso sin ser plenamente consciente de ello, sobre todo en el ámbito juvenil. Por ello, cobran mucha importancia las campañas para sensibilizar, educar y visibilizar acciones que realizan algunos chicos en la adolescencia con sus parejas o exparejas y así provocar la reflexión y su posterior rechazo. Entre ellas, podemos destacar la Campaña "Diez formas de violencia de género digital" en la que se han destacado las siguientes conductas: 1. Acosar o controlar a tu pareja usando el móvil; 2. Interferir en las relaciones de tu pareja en Internet con otras personas; 3. Espiar el móvil de tu pareja; 4. Censurar las fotos que tu pareja publica y comparte en redes sociales; 5. Controlar lo que hace tu pareja en redes sociales; 6. Exigir a tu pareja que demuestre dónde está con la geolocalización; 7. Obligar a tu pareja a que te envíe imágenes o vídeos íntimos.; 8. Comprometer a tu pareja para que te facilite sus claves personales; 9. Obligar

a tu pareja a que te muestre un chat con otra persona; y 10. Mostrar enfado por no obtener siempre una respuesta inmediata online[1].

La Fiscalía General del Estado ya ha manifestado su preocupación en su Memoria sobre Violencia de Género del año 2017, donde se puso de manifiesto el incremento de los menores de edad enjuiciados por violencia machista en ese año, con 253 casos y, especialmente, en el ámbito digital cometidos por jóvenes y adolescentes. En la Memoria, la Fiscalía destaca que en un 93,61% de los juicios se adoptaron medidas y que ascendieron las diligencias preliminares incoadas (de 543 del 2016 a 648 de 2017), siendo la franja de edad entre los 16 y 17 años la que marcaba una mayor incidencia[2]. Según el estudio "Percepción de la violencia de género en la adolescencia y la juventud" realizado por el CIS para la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, las situaciones de violencia de género en la adolescencia se están manifestando con una frecuencia creciente y cada vez en más ocasiones.

Datos más recientes muestran una situación abrumadora. Durante el confinamiento provocado por la pandemia mundial de la COVID-19, los niños y adultos han estado casi las 24 horas del día conectados a Internet y a las redes sociales, de manera que los delitos a través de estos medios se han visto incrementados. En su último informe de 2020, la Europol ha observado el aumento del consumo e interés por la pornografía infantil, especialmente en España, donde el número de conexiones que buscaron el consumo de este tipo de pornografía creció un 25% en la semana del 24 al 31 de marzo[3]. También preocupa el informe de la red de investigación EU Kids Online, publicada este año, sobre la experiencia digital de los menores europeos de entre 12 y 16 años. En este informe se pone de manifiesto que el 30% de los niños y niñas españolas recibió mensajes sexuales, ya fuesen palabras, imágenes o vídeos. Un 9% de los menores envió fotos sexuales a otras personas y, de los que enviaron dicho material, un 6% tenían entre 12 y 14 años y un 17%, 15 y 16 años[4].

Ante esta situación y nueva realidad social, nos vemos sometidos en muchas ocasiones en los Juzgados y Tribunales a la cuestión de tener que lidiar

---

[1] Extraído de la Campaña "Diez formas de violencia de género digital" de mujeresenigualdad.com. Consultado el 5/7/2020.

[2] Datos extraídos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado en la web http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Actividad-del-Ministerio-Fiscal/ [Consultado el 20 de julio de 2020]

[3] EXPLOITING ISOLATION: Offenders and victims of online child sexual abuse during the COVID-19 pandemic.

[4] EU Kids Online 2020. Survey results from 19 countries. Extraído de la web https://www.is4k.es/sites/default/files/contenidos/informe-eukidsonline-eu-2020.pdf [Consultado el 18 de julio de 2020]

con pruebas que emanan de estos dispositivos electrónicos y los principales problemas que ello conlleva. Principalmente su incorporación al procedimiento, su validez, su impugnación, su examen pericial… Desde un punto de vista legal, el artículo 299.2 de la LEC ya prevé la aceptación de los medios de prueba electrónicos: "También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso". No obstante, en la práctica, se trata de una cuestión más compleja.

El estudio de este tema que, en nuestro caso, vamos a abordar desde una perspectiva más técnica, cobra una especial relevancia ahora más que nunca. Centraremos el estudio en los nuevos delitos de violencia de género que están surgiendo como consecuencia de las nuevas tecnologías, los medios de prueba de este tipo de delitos en el proceso penal, la necesidad de prueba pericial para el caso en que éstos fuesen impugnados y los problemas procesales que se pueden plantear.

2. Nuevas formas de violencia sobre la mujer a través de las nuevas TIC

La reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal afectó a varias materias relacionadas con la violencia sobre la mujer con la finalidad de ejercer una mayor protección a las víctimas de violencia de género y adaptar el propio Código Penal a las nuevas circunstancias sociales que hemos mencionado anteriormente. Así, por fin, quedan tipificados los delitos de "*stalking*", "*sexting*" y "*grooming*", que aparecieron como consecuencia del uso de las nuevas tecnologías y que antes de la reforma carecían de ubicación legal, por lo que era común que estas conductas quedaran impunes y encontráramos sentencias absolutorias por atipicidad al no estar contempladas en el Código Penal y como consecuencia del principio de legalidad[5]. Véase, por ejemplo, la SAP Granada de 5 de junio de 2014 en la que se revoca la sentencia de instancia, absolviendo a un menor que difundió por Whatsapp una foto desnuda de una menor que previamente ésta le había enviado.

Nadie duda de que las innovaciones digitales traen a la sociedad muchísimas oportunidades, pero también comportan amenazas y riesgos,

[5] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. T. Incidencia de la última reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo, en materia de violencia de género. Especial referencia a la agravante de género y a los nuevos delitos de stalking y sexting. En: Sección Tribunal, de 29 de noviembre de 2016, España. [Consultado el 6 de julio de 2020] Disponible en la web LEFEBVRE EL DERECHO https://elderecho.com/incidencia-de-la-ultima-reforma-del-codigo-penal-por-lo-12015-de-30-de-marzo-en-materia-de-violencia-de-genero-especial-referencia-a-la-agravante-de-genero-y-a-los-nuevos-delitos-de-stalking-y-sex

especialmente para los adolescentes. Lamentablemente, el problema que está emergiendo es que muchos de los problemas que existen en la sociedad offline (abuso, violencia y adicciones) han encontrado su hueco en Internet. De esta manera, el bullying se transforma en cyberbullying y el abuso en las relaciones románticas se convierte en ciberacoso en la pareja. Además, algunas características de Internet tales como su posibilidad de acceso desde cualquier lugar o dispositivo, el anonimato que permite y su inmediatez, agravan los problemas mencionados a la vez que facilitan el surgimiento de nuevos problemas específicos del entorno digital, tales como la adicción a internet y el online grooming.

En definitiva, tanto en el ámbito de la juventud como de las relaciones de pareja, se va observando cómo la tecnología que ofrecen los smartphones hace más fácil la comisión de agresiones y nuevos delitos como los ya mencionados. Ya tuvo ocasión de pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional en la STC 115/2013, de 9 de mayo, donde vino a decir que la versatilidad tecnológica que han alcanzado los teléfonos móviles convierte a estos terminales en herramientas indispensables en la vida cotidiana con múltiples funciones, tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros (llamadas de voz, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a internet y comunicación con terceros a través de internet, archivos con fotos, videos, etc.), susceptibles, según los diferentes supuestos a considerar en cada caso, de afectar no sólo al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), e incluso al derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), lo que implica que el parámetro de control a proyectar sobre la conducta de acceso a dicho instrumento deba ser especialmente riguroso.

3. Los medios de prueba de esta nueva violencia sobre la mujer

Es evidente que la nueva violencia de género (cuya base se encuentra en las nuevas tecnologías y las TIC) trae consigo nuevas formas de prueba para el proceso penal que no pueden pasar desapercibidas por parte de nuestro Derecho, ni éste mostrarse ajeno a ellas. Es sabido que nuestro Derecho siempre va por detrás de la realidad y necesidades sociales y así ha quedado reflejado en que muchas de estas conductas han quedado impunes antes de la reforma del Código Penal del año 2015.

Es cierto que nos encontramos ante un tema emergente del que apenas hay jurisprudencia pacífica o estudios específicos. No obstante, ya hemos superado esa fase y a día de hoy es claro que todas estas comunicaciones que se hacen a través de Internet pueden y deben alcanzar valor probatorio en el proceso. Nos estamos refiriendo a foros, redes sociales u otras aplicaciones que permiten comunicaciones bidireccionales o multidireccionales y que pueden afectar al

proceso penal planteando el reto de encontrar la manera de introducir estas comunicaciones y demás archivos derivados de ellos en el marco específico de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Además, en este mismo sentido, la STS 1066/2009, de 4 de noviembre de la Sala Segunda determinó que el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ratifica esta tendencia al establecer que "los documentos emitidos por los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, cualquiera que sea su soporte, gozaran de la validez y eficacia de un documento original, cualquiera que sea su soporte". Añade, que gozarán de la validez y eficacia de un documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Conviene precisar que, a pesar de que todas estas pruebas se generan como consecuencia de la utilización de comunicaciones electrónicas, existen muy distintos tipos con diferentes características y particularidades probatorias. No obstante, en este estudio nos vamos a centrar en dos grandes grupos: por un lado, las aplicaciones de mensajería instantánea bidireccional o multidireccional (Whatsapp, Line, Telegram, Messenger, Viber, WeChat…); y, por el otro, los foros o redes sociales (Facebook, Instagram, Twiter, LinkedIn, Snapchat, Youtube, Tumblr…).

Sea cual fuere la forma que se utilice, se trata de un medio de prueba de grandísima trascendencia, hasta el punto de que puede llegar a ser el medio a través del cual se ha cometido el delito, como pudiera ser, por ejemplo, el caso de un quebrantamiento de la medida de protección consistente en la prohibición de las comunicaciones con la víctima.

3.1. ¿Cómo se pueden introducir estos medios de prueba en el proceso penal?

La práctica procesal nos muestra que lo correcto conforme a los artículos 289.2 y 3 en relación con el artículo 137.1 y 3 de la LEC, es que deberá llevarse la prueba ante el Letrado de la Administración de Justicia bajo el principio de inmediación, pudiendo incurrir en nulidad de pleno derecho en caso contrario. Lo correcto sería citar al que presenta la prueba a una comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia aportando la documentación del modo que sea más apropiado (dependiendo de la naturaleza del mismo) para que por éste se proceda a su cotejo. Se puede hacer de diversas formas:

- Aportando una copia impresa de la imagen de la pantalla o "pantallazo" como se conoce comúnmente, en cuyo caso, tras el oportuno cotejo, se tramitará conforme a lo establecido para la prueba documental. No obstante, hay que aclarar que el Letrado de la Administración de Justicia sólo puede realizar la oportuna adveración respecto del soporte que se traiga.

- Aportando a la comparecencia que tiene por objeto el cotejo el propio dispositivo móvil para que sea el propio Letrado de la Administración de Justicia el que envíe la conversación o imagen de la red social al correo electrónico del juzgado y así, posteriormente incorporarlo al expediente como prueba documental o digital (si existiese el expediente judicial electrónico). De esta forma el cotejo es todavía más ágil y efectivo.
- Consignándose a efectos probatorios el propio dispositivo o smartphone receptor ante el Letrado de la Administración de Justicia, en cuyo caso deberá garantizar la cadena de custodia de la que es responsable conforme a la Ley.
- En el caso de que se tratase de audios enviados a través de Whatsapp o similares, existe la posibilidad de que se traiga una transcripción por escrito y que el propio Letrado de la Administración de Justicia haga el cotejo. No obstante, considero más recomendable aportar el propio dispositivo móvil y tras ser escuchado por el Juez, si lo considera relevante a efectos probatorios, reproducir ese audio en las propias declaraciones de víctima y acusado que, si además éstas se graban, queda ya el audio original introducido en el propio procedimiento e incluso siendo éste el momento en que también es escuchado por el representante del Ministerio Fiscal, con lo que comúnmente hablando, se matan dos pájaros de un tiro.
- También, aunque es práctica poco habitual, se podría aportar un acta notarial o escritura notarial relativa al contenido de la conversación y que ésta se corresponde con el teléfono y con los números que aparecen en la misma.
- Por último, a través de otros medios más clásicos como el interrogatorio de parte, una prueba pericial, testifical o incluso el propio reconocimiento judicial.

Sabiendo esto, "existe la posibilidad (y es más que recomendable) de utilizar varios de estos medios dentro del proceso, lo que sería un acierto, pues ayudaría a afianzar su valor probatorio de cara a una posterior valoración. Y se trata de un tema complejo pues […] ni la fe del Letrado de la Administración de Justicia podrá acreditar que se ha producido el hecho sin lugar a dudas"[6].

Respecto al momento en que debe aportarse, parece lógico que la prueba se traiga al procedimiento (con su correspondiente diligencia de cotejo por el Letrado de la Administración de Justicia) inmediatamente después de que se incoen las diligencias urgentes (en el caso de que así se hubiesen incoado), con el fin de que se encuentre disponible en el momento de tomar declaración a la denunciante y al investigado, pues probablemente existan aspectos de ambas declaraciones que pudieran tener relación con el contenido de esos mensajes o comunicaciones realizadas a través de los medios tecnológicos.

[6] PEREZ ASTUDILLO, N. Los medios telemáticos como prueba de cargo en el proceso. En: Cuadernos Digitales de Formación nº 3, 2015, Consejo General del Poder Judicial, página 6.

En alguna ocasión estas pruebas documentales deben practicarse con carácter anticipado al juicio oral (en aquellos casos en los que no existiese conformidad), durante la fase de instrucción. De hecho, cada vez es más frecuente ver que las declaraciones de la víctima sean corroboradas por mensajes recibidos a través de estos medios digitales por parte de su agresor y que han sido aportados al proceso como prueba documental, tal y como se desprende, por ejemplo, de la STS 909/2016, de 30 de noviembre. El órgano judicial no esperará hasta el juicio oral, sino que procederá a su lectura en cuanto tenga conocimiento de los mismos, pudiendo incluso acordar medios complementarios para acreditar la identidad y autenticidad de los mismos.

"En cualquier caso, si estos medios de prueba fueron incorporados en fase de instrucción, el soporte deberá ser apto para su reproducción. Y se darán por reproducidos, tras su correspondiente lectura o escucha, en el acto de la vista. Las partes también podrán aportar nuevos documentos hasta el momento del juicio oral, siempre que, evidentemente, previamente hubieran sido admitidos por el Juez"[7].

Sin embargo, el hecho de compatibilizar la unidad de acto de un juicio rápido con las pruebas que estamos comentando podría llegar a generar problemas de tiempo. En la práctica no existe limitación legal respecto del contenido material de las diligencias de instrucción que pueden practicarse, pero sí existe un límite temporal y es que la mayor parte de las denuncias que se interponen por delitos relacionados con éstos que son objeto de estudio, se tramitan como diligencias urgentes, que casi siempre se instruyen en unidad de acto hasta que se señala vista para el juicio oral. Por tanto, surge un problema preocupante cuando estas diligencias de prueba no pueden practicarse durante la instrucción o en aquellos supuestos en los que ésta se haya impugnado por alguna de las partes, como más adelante veremos. En estos casos parece que lo correcto sería que el procedimiento dejase de ser "rápido" para transformarse en una instrucción normal (transformándose en diligencias previas).

En este sentido se han pronunciados los fiscales, poniendo de manifiesto que en los supuestos de violencia habitual del artículo 173.2 o de acoso del artículo 172 ter del Código Penal, en los que se denuncian conductas reiteradas a lo largo de un período más o menos largo de tiempo con los perniciosos efectos sobre la víctima, no parece que el trámite oportuno sean las DUJR (juicio rápido), por lo que procederán a solicitar las transformación en DIP (diligencias previas), a fin de poder instruir la causa recabando los informes de la Unidad de Valoración Integral Forense (UVIF) y/o psicosociales, así como otras pruebas que permitan acreditar los hechos y valorar de forma adecuada la situación de riesgo

[7] MONTESINOS GARCÍA, A. Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género. En: *Revista de Derecho Penal y criminología*, nº 17, enero de 2017, pp. 127-165.

en que se encuentra la víctima. En estos casos, se deberá impulsar la rápida tramitación y conclusión de la instrucción conforme al artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[8].

3.2. ¿Cuál es el valor probatorio de estas comunicaciones?

Ya avisamos de que la respuesta a esta pregunta no va a ser clara y va a depender de muchos aspectos como de lo sólida que se muestre la autenticidad, genuidad e integridad de lo comunicado, del propio medio o instrumento que se haya utilizado, de la manera en que se haya introducido en el proceso… Lo que sí deberíamos tener claro es que hay que simplificar y ser ágiles y eficientes a la hora de abordar el tema en la práctica. Desde un punto de vista amplio, pero no por ello menos correcto, de lo que depende principalmente el valor probatorio es, a nuestro juicio, de la actitud procesal del resto de partes.

Por lo tanto, si la parte contraria no impugna el medio de prueba en cuestión, sí que parece razonable que lo aportado alcance valor probatorio. Aunque sin perder de vista, claro está, el criterio de libre valoración de la prueba que el Juez motive y razone en su sentencia, que ya es otra cuestión aparte. Debemos entender esta no impugnación de la prueba de la comunicación tanto como la ratificación por parte de los interlocutores de la misma, como el silencio de la parte a la que la aportación de la prueba podría perjudicar. Así se expresa en la STS 300/2015, de 19 de mayo, que posteriormente analizaremos con más detalle. El caso es que, desde un punto de vista puramente procesal, no tiene sentido ni estaría justificado cargar a la parte que aporta el medio de prueba con aportar, además, un informe pericial sobre la autenticidad de la prueba que nadie ha puesto en duda. Esto no quita, como es la opinión no desdeñable de muchos expertos informáticos, que pudiera estar falseada. Sin embargo, a pesar de que existe tal posibilidad, hay que ser prácticos y la experiencia nos ha enseñado que si una prueba es admitida por la parte a quien perjudica, puede tenerse por cierta.

En el caso de las redes sociales o blogs podría darse el supuesto de que alcanzasen valor probatorio sin necesidad de prueba pericial a partir de otras pruebas practicadas en el proceso, como podría ser el caso de que las partes y/o los testigos reconociesen que el "*nickname*" o pseudónimo con el que se ha cometido el delito es usado con frecuencia por el investigado. O incluso el hecho de que unos testigos pusieran de manifiesto cómo el investigado les reconoció que iba a comunicarse con la víctima a través de alguna de redes sociales o blogs.

[8] Extraído de las Conclusiones del XIV Seminario de Fiscales en Violencia Sobre la Mujer de los días 13 y 14 de noviembre de 2018, página 7. [Consultado el 15 de agosto de 2019] http://observatorioviolencia.org/wp-content/uploads/Conclusiones-del-XIV-seminario-de-Fiscales-Delegados-en-Violencia-sobre-la-Mujer.pdf

O, simplemente, como en el caso anterior, que el investigado no impugnara la autenticidad de la comunicación o prueba aportada.

Necesariamente en aquellos casos en los que exista un reconocimiento expreso de la conversación y de su contenido por la parte contraria no será necesaria la prueba pericial y podría considerarse que tiene un valor probatorio pleno. Así quedó determinado por la SAP de Córdoba 159/2014, de 2 de abril: "…es, además, llamativo que se impugne por la defensa dicha documental cuando el propio acusado ha llegado a reconocer en el acto del juicio (…) haber remitido uno de los mensajes de "*Whatsapp*".

De igual modo podríamos considerar estas comunicaciones como prueba totalmente válida cuando así resultara en caso de exhibición o cotejo con el otro dispositivo implicado en la comunicación de que se trate. Así lo ha dispuesto la SAP de Barcelona 143/2014 de 7 de mayo: "….dado que se trata de una conversación vía WhatsApp (…), la misma puede llegar a conocerse a través de ambos terminales. Y el Sr. Simón entregó el suyo voluntariamente y con carácter previo, incluso, a la solicitud de información a las compañías telefónicas".

Así las cosas, ni siquiera el Letrado de la Administración de Justicia puede dar fe de que los hechos se hayan producido sin lugar a dudas. Y es aquí donde nos encontramos el principal problema de este tipo de pruebas que vamos a analizar a través de la conocida STS 300/2015, de 19 de mayo, en el que el Ponente era el Ilustrísimo Señor Magistrado Don Manuel Marchena Gómez.

En este caso se trata de una niña que ha sufrido abusos sexuales por parte de la pareja sentimental de su madre. Todos estos sucesos fueron confesados por parte de la afectada a distintos amigos. Entre ellas, una que centra el interés y el punto central de estudio: una conversación a través de la red social Tuenti entre la niña y un amigo. Es decir, la prueba de estas conversaciones a través de una red social y que se incorporan al proceso a través de la técnica del «pantallazo» son admitidas por el juzgador al tiempo que son objeto de crítica por el mismo tribunal. Concretamente la Sentencia establece que la prueba de una comunicación bidireccional mediante sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con "todas las cautelas", debido a que "la posibilidad de una manipulación forma parte de la realidad de las cosas". En este sentido, el alto tribunal afirma que "el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo". Por tanto, se hace indispensable realizar una prueba pericial sobre los documentos que se aporten para identificar el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de sus interlocutores y la integridad de sus contenidos.

En nuestro estudio, nos ha sido muy sencillo averiguar que existen a nuestro alcance y de forma gratuita aplicaciones como "Whatsfake" o "Fakechat" que permiten sustituir o suplantar una conversación real de Whatsapp. Incluso

se puede modificar la hora del envío, el estado de recepción, el emisor del mensaje, enviar audios, vídeos y fotos que pueden configurarse igual que los mensajes. Asimismo, existe la conocida herramienta "Photoshop" (o cualquiera similar), que podría modificar un "pantallazo" haciendo que pareciese muy real.

En el caso de aplicaciones como Whatsapp, Telegram, Line u otros de comunicación instantánea bidireccional o multidireccional, la información no queda almacenada en servidor externo alguno que pertenezca al administrador, de manera que sólo se conserva en el dispositivo de los participantes de la conversación[9]. De esta forma, si alguno de ellos borra todo o parte del contenido, desaparece de ese dispositivo sin dejar rastro. En palabras técnicas, "el administrador de la aplicación se limita a hacer posible el tránsito de la información entre los comunicantes utilizando protocolos de seguridad para garantizar el cifrado de esa información"[10]. Por lo tanto, resulta patente que estas comunicaciones a través de las aplicaciones mencionadas resultan fácilmente alterables o falsificables. Sin embargo, en nuestra opinión, no más que cualquier otro documento impreso tradicional que se haya aportado al proceso, cuyo valor probatorio no se pone en duda si no es impugnado. Así lo establece el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado 1 que se refiere a la fuerza probatoria de los documentos privados al determinar que los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen[11].

Esto demuestra que "estamos perdiendo cada vez más la perspectiva de la libre valoración de la prueba practicada ante el Juez según las máximas de la experiencia y las reglas de la sana crítica pasando a un sistema en el que, como en series americanas como "CSI", se tiende a absolver a los acusados en aquellos casos en los que no se haya presentado ninguna evidencia científica"[12].

Por el contrario, tanto en los blogs como las redes sociales (Facebook, Instagram, Twitter, Linkedin, Tuenti…), la información sí queda temporalmente

---

[9] ARRABAL PLATERO, P. Whatsapp, una fuente de prueba en el proceso penal. En FUENTES SORIANO, O. El proceso penal: Cuestiones fundamentales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. Página 351.

[10] BETRÁN PARDO, A. I. Los contenidos de WhatsApp como medio probatorio en el ámbito de las diligencias urgentes por delitos de violencia contra la mujer. Cuestiones en torno a su impugnación y a la práctica de la prueba pericial a la que se refiere la STS 300/2015, de 19 de mayo. Publicado en la web www.noticias.juridicas.com, el 30 de septiembre de 2015. [Consultado el 13 de septiembre de 2019]

[11] PICÓN RODRIGUEZ, E. ¿Por qué no es válida una conversación de Whatsapp en juicio? En: Sección Tribuna. Extraído de la web LEFEBVRE EL DERECHO https://elderecho.com/por-que-no-es-valida-una-conversacion-de-whatsapp-en-juicio [Consultado el 13 de septiembre de 2019]

[12] ORTIZ PRADILLO, J.C. *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*. Madrid: Colex, 2013, pp. 163-164.

almacenada en un servidor propiedad del administrador. Para poder acceder a este tipo de plataformas es necesario hacerse con un nombre de usuario y contraseña, creándose un perfil o dominio en el que el usuario genera unos datos de tráfico concretos que quedan almacenados y que, por lo tanto, podrán ser rastreados de manera más sencilla. Expertos informáticos como PICÓN RODRIGUEZ, coinciden en que alterar este tipo de contenidos es mucho más complicado y que la única manera sería hackeando los servidores de la red social en cuestión[13]. Así las cosas, estas plataformas plantean otro problema no menos grave, y es la posibilidad de que los delitos que se cometen por estos medios se lleven a cabo bajo un nombre o identidad falsa o pseudónimo.

Retomando la sentencia del Tribunal Supremo 300/2015, respecto de la necesidad de aportar una prueba pericial que identifique el origen real de la conversación, la identidad de los interlocutores y la integridad del contenido, a nuestro parecer, toma una posición bastante contradictoria. Curiosamente, después de exponer lo fácil que es manipular una prueba de este tipo, criticar los pantallazos y defender que sería conveniente aportar un dictamen pericial para verificar la autenticidad de este tipo de pruebas, admite la conversación de las redes sociales a través de un pantallazo y sin dictamen pericial que avale la autoría y su integridad.

Todo ello basado en dos razones que, conforme a la opinión de los magistrados, hacen excluir cualquier duda sobre su veracidad. A saber:

- la primera, que la víctima ponga «a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial»;
- y la segunda es que el amigo con el que conversó por Tuenti fue llamado como testigo y acudió al juicio reconociendo haber mantenido esa conversación y «sin que ninguno de los dos hiciera referencia a que se hubiera producido ninguna manipulación en la impresión de dicha conversación».

Es decir, a pesar de que parece exigir la práctica de una prueba pericial informática, contrariamente reconoce que se puedan utilizar otros mecanismos de aseguramiento de la autenticidad de la prueba aportada como la ratificación por parte de los interlocutores o el hecho de facilitar la contraseña para acceder al contenido. Al igual que parece desprenderse de la sentencia que si finalmente

[13] PICÓN RODRIGUEZ, E. ¿Por qué no es válida una conversación de Whatsapp en juicio? En: Sección Tribuna. Extraído de la web LEFEBVRE EL DERECHO https://elderecho.com/por-que-no-es-valida-una-conversacion-de-whatsapp-en-juicio [Consultado el 13 de septiembre de 2019]

no se llegó a practicar prueba pericial informática fue debido a la falta de impugnación por la contraparte.

"Es opinión mayoritaria, y que compartimos, el hecho de que no se puede condicionar todo el valor probatorio de una comunicación electrónica que se aporte al proceso al eventual acompañamiento de un informe pericial sobre la misma. Quizás esta opinión podría sustentarse o tener mayor sentido, en el caso infrecuente y extraño en que únicamente se contase con esa comunicación como única fuente probatoria, o bien, en aquellos casos en los que se quisiera y pudiera otorgar a esa comunicación un carácter indubitado (genuidad, originalidad, integridad, temporalidad de la secuencia comunicadora, identificación de los terminales…)"[14], pero esto no significa que la única posibilidad de que se dote de valor probatorio a la comunicación aportada sea a través de una prueba pericial. En cualquier caso, la aportación de otro examen o informe que no sea un informe detallado elaborado por un perito informático que respete la cadena de custodia, puede ser considerado indicio que no se debe rechazar.

Visto esto, "otro de los aspectos que consideramos importantes analizar de la referida sentencia es el hecho de que afirma que si las conversaciones se ponen en duda cuando se aportan a la causa archivos impresos, la carga de la prueba se desplaza hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. A nuestro entender, el Tribunal Supremo está instando así a que si alguna de las partes aporta conversaciones electrónicas en estas vías, la contraparte proceda a su impugnación ya que gracias a ello desplazarán la carga de la prueba hacia la parte proponente de dicho material probatorio. Cuestión ésta poco utilizada en los juzgados debido al desconocimiento aún existente por parte de muchos abogados pero también de muchos juzgadores sobre ese material probatorio"[15]. En cualquier caso, debemos incidir en la idea de que será la parte a la que beneficia la prueba la que deberá acreditar su veracidad y autenticidad.

Aun así, deberíamos tener presente que el principio de libre valoración de la prueba debe llevar al Juez a formar su convencimiento con un sumatorio de otros elementos como es la declaración de las partes, de testigos, la existencia de denuncias previas similares, informe del Ministerio Fiscal, la disposición del investigado a mostrar su dispositivo o a dar sus claves de acceso a la red social en cuestión, etcétera. Así se ha reflejado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 455/2015, de 10 de junio, en la que se llega a reconocer el valor

[14] FUENTES SORIANO, O. Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías. En: Revista General de Derecho Procesal, nº 44, enero 2018. En la web https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=44&id=9, página 8. [Consultado el 12 de octubre de 2019]

[15] BUENO DE MATA, F. Reseñas de Jurisprudencia Procesal. Vol. 3, diciembre 2015, página 323.

probatorio de las conversaciones de Whatsapp que se aportaron al proceso junto con la declaración testifical. En palabras textuales dice que "el intercambio de whatsapp entre la directora de zona y la demandante, en que ésta mantiene su posición de dejar el trabajo, ha quedado acreditado a través de la testifical, según se señala expresamente en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, sin que dicha prueba resulte apta para la modificación del relato de hechos probados, por impedirlo la técnica suplicatoria". Por lo tanto, esto viene a decir que las reglas de la sana crítica y la experiencia en la valoración del Juez de este tipo de prueba deja fuera de juego la regla de distribución formal de la carga de la prueba en caso de que fuese impugnada, puesto que ello implica analizar y valorar precisamente todas las circunstancias concurrentes para decidir su eficacia probatoria.

Así se ha determinado en numerosas sentencias, destacando dos como ejemplo. Una de ellas es la SAP de Las Palmas 180/2011, de 15 julio donde se puede leer que "la sentencia apelada no incurre en error alguno pues valora las manifestaciones de las partes dando más credibilidad a una de las versiones (…) que se corrobora con las manifestaciones de los testigos. (…), y en segundo lugar la testigo, conocida de ambos, quien afirmó haber visto en Facebook los comentarios efectuados…" La otra es la SAP de Oviedo de 29 de julio de 2013 en la que queda plasmado lo siguiente: "… testimonio que viene adverado por (…) el parte de lesiones (…) donde se describen lesiones tanto a nivel de cuello como de extremidad superior izquierda, plenamente compatibles con el iter criminis denunciado, como por la documentación donde se contienen transcritas las conversaciones vía WhatsApp".

Podemos concluir pues, que ni la aportación de la prueba pericial va a ser determinante por sí sola para adverar la comunicación cuestionada, ni toda impugnación de la misma va a implicar una inversión en la regla general de carga de la prueba, como vamos a estudiar a continuación.

3.3. La impugnación de estos medios de prueba

Partimos de la premisa de que no toda impugnación va a suponer una inversión en la carga de la prueba. Debemos recordar en este punto que la STS 300/2015, de 19 de mayo, otorgó eficacia probatoria a la prueba fundándose en las dos razones explicadas con anterioridad, siendo una de ellas la de que la víctima puso a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial y recogiendo posteriormente la alusión de la sentencia de la Audiencia Provincial en el sentido de que la defensa no hizo ninguna petición al respecto. Por lo tanto, creemos que se ha defendido con acierto que la impugnación deberá estar, cuanto menos, fundada en argumentos serios, claros y exhaustivos. Sólo esto es lo que va a

provocar el efecto desplazamiento de la carga de la prueba en la parte que los aportó.

Podemos decir que existen dos elementos básicos para apreciar si la impugnación tiene la suficiente seriedad:

En primer lugar, la razón o razones en las que se fundamente la impugnación concreta, así como el contenido de ésta o éstas, pues no es raro ver en la práctica meras impugnaciones sin respaldo alegatorio alguno.

En segundo lugar, la propia diligencia o esmero de la parte que impugna al proponer los medios probatorios que puedan poner en cuestión la autenticidad, originalidad, genuidad o integridad de la comunicación cuestionada aportada de contrario[16].

Así ha quedado plasmado en la SAP de Vizcaya 90308/2014, de 24 de julio de 2014 donde se determina que la mera invocación genérica de esa vulnerabilidad (si no va acompañada de prueba alguna) no habrían de afectar a la validez probatoria de las conversaciones a través de programas de mensajería, en aquellos casos en que, además de la falta de prueba de alteración concreta, la valoración conjunta de la prueba sea corroborada con el contenido de los mensajes.

En ese sentido, más que razonable, más allá de la existencia o no de fallos de seguridad, la sentencia dice que"…en cuanto a los mensajes de whatsapp, no pueden ser tenidos en cuenta, según la recurrente, por cuanto los mismos no son fiables por su fácil manipulabilidad (…) Frente a ello, la mera protesta de que el whatsapp es manipulable (…) es manifiestamente insuficiente para alterar la valoración probatoria en el sentido interesado en el recurso. Todo apunta a la autoría (…) por el acusado (…) ya que los objetos sustraídos aparecen en el teléfono que él dice adquirido de segunda mano, sin dar ningún dato sobre a quién, persona desconocida que además habría resultado ser el autor de los mensajes de whatsapp".

4. La prueba pericial electrónica de estas comunicaciones

Venimos defendiendo durante todo este trabajo la necesidad de dar más importancia a las reglas de la sana crítica y la experiencia en la valoración de la prueba, debiendo el Juez considerar la prueba pericial electrónica con el resto de circunstancias que se desprendan del proceso en sí.

Dicho esto, no cabe duda de que si lo que se pretende es determinar la autenticidad, originalidad, integridad, origen o genuidad de una comunicación que es relevante para la causa y así se ha acordado por el Juez, sí será necesaria

[16] DELGADO MARTIN, J. La prueba del whatsapp. En: *Diario La Ley*, nº 8605, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2015, Ref. D-331, Editorial La Ley, La Ley 5350/2015, extraído de https://laleydigital.laley.es/, página 6. [Consultado el 3 de abril de 2020]

la elaboración de un informe pericial. Un perito informático dispondrá de los conocimientos, técnicas y herramientas para extraer las conversaciones originales de Whatsapp u otra aplicación similar y está capacitado para mantener esa cadena de custodia que corresponderá finalmente garantizar al Letrado de la Administración de Justicia. Esto resulta complejo porque en aplicaciones como Whatsapp o similares, el administrador no guarda en sus archivos el contenido de las conversaciones.

Distinto es el caso de los blogs o redes sociales como Facebook. En este tipo de plataformas digitales la información sí queda almacenada (en ocasiones temporalmente y en otras ocasiones de manera permanente) en los servidores del administrador. Por tanto, el hecho de que para acceder a ellos sea necesario un nombre de usuario y contraseña creando un dominio, hace que se generen unos datos de tráfico con cada acto de comunicación que también quedan almacenados, siendo más sencillo y factible su rastreo.

Los medios que podrían usarse para garantizar la autenticidad de las comunicaciones vertidas en redes sociales y blogs, no obstante, puede ser diversa: por un lado, autorización judicial para que el administrador del servicio ceda los datos; por otro, oficiar a la policía para acceder a una dirección IP y mediante su labor de rastreo, investigar la actuación delictiva; también se podría oficiar a la compañía telefónica para la identificación o localización del terminal al que se asocia la dirección IP; o por último, podría ser la posibilidad de que se captase por la policía los números IMSI, IMEI o cualquier otro que identificase el dispositivo o tarjeta utilizados en la comunicación.

No obstante, lo anterior, hay que saber que es relativamente fácil comprobar la autenticidad con total solvencia de una comunicación emitida por Facebook u otra red social o blog, precisamente por la característica mencionada anteriormente y el carácter público (de acceso general) de las mismas. Por lo tanto, el valor probatorio que estas comunicaciones puedan alcanzar en el proceso debería no poder ser cuestionado por la contraparte en aras de ser completamente fiable, aunque, por supuesto, siempre fundamentándose detalladamente en la sentencia.

> En general, como ha determinado el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en la Sentencia nº208/2014, de 10 de marzo de 2014, la cadena de custodia es el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, actos que deben cumplimentar una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba. En lo que a nuestro análisis respecta en lo relativo a la cadena de custodia, la idea principal es que el perito informático deberá mantener la cadena de custodia que le es exigida como profesional, mientras que es el Letrado de la Administración de Justicia el encargado de garantizar

(conforme a las funciones que le otorga la Ley) que se ha mantenido esa cadena de custodia. Se trata de dos funciones distintas pero relacionadas, cada una de ellas en el ámbito de las competencias profesionales que competen a cada uno. De hecho, podemos decir que el correcto mantenimiento de la cadena de custodia siempre implica que no se haya modificado la prueba informática en cuestión, mientras que una "no modificación" de la prueba no implica que se pueda garantizar ante un Tribunal que se ha conservado la cadena de custodia. En resumen, la función de mantener la cadena de custodia por el perito informático consiste en asegurase y seguir las pautas de extracción y protección de las evidencias digitales desde que se realiza el examen del dispositivo, pasando por la obtención de la prueba y terminando cuando se expone ante el juzgado junto con el informe que se haya elaborado, en su caso, indicando todos los detalles de su trabajo y por qué fases ha pasado para que se tenga constancia de que no ha sido desvirtuada en ningún momento. Por lo que respecta a la función del Letrado de la Administración de Justicia, conviene recordar que se trata de un fedatario público y que, como tal, su actuación en esta materia se limitará a dar fe en el procedimiento penal del estado de la prueba antes y después de que se hayan llevado a cabo los trabajos periciales, así como de que, a la vista del informe, el perito ha respectado el mantenimiento de la cadena de custodia correctamente.

5. Problemas de la prueba pericial

En muchas ocasiones se pasa por alto un aspecto que no es baladí en este tipo de análisis procesales. Se trata del valor o precio de las cosas, ignorando o pasando por alto de manera inconsciente que los recursos de la Administración de Justicia son limitados. En este sentido, la prueba pericial electrónica es una prueba ardua y complicada que resulta de trámites lentos, lo que la convierte en una prueba realmente cara desde un punto de vista económico. Dicho esto, podemos imaginar que en un ámbito privado como es el de la violencia de género, se trata de una prueba complicada de asumir, tanto por su coste como por el tiempo que ha de emplearse en ello (con los problemas que ello conlleva y que ya hemos estudiado anteriormente). Es por ello que, en la mayoría de los casos, va a resultar prácticamente imposible que se lleve a cabo. Sin embargo, si se realizase, podría tener un coste tal que podría llegar a ser desproporcionado en relación con el resultado que se pretendía obtener de ella.

De esta forma, es fácil defender su interés o viabilidad en procesos en los que esté en juego mucho dinero como macro causas económicas, pero no en el ámbito de la violencia de género.

Insistimos en la idea de que la característica principal de aplicaciones de mensajería instantánea bidireccional o multidireccional como Whatsapp es que la información no queda grabada o almacenada en el servidor del administrador,

haciendo muy complicado su rastreo o seguimiento y, en consecuencia, su comprobación. Esto hace que la prueba pericial quede eminentemente limitada al no poder contar con una copia auténtica e indubitada del contenido de las comunicaciones, resultando realmente costoso mantener la cadena de custodia exigida.

En el caso, sin embargo, de Facebook y otras redes sociales o blogs, el principal problema radica en la facilidad para que los usuarios las utilicen bajo el anonimato o identidades falsas, lo que pone en duda que se pueda hacer un rastreo o una investigación de su cuenta hasta dar con el autor o responsable del delito cometido a través del mismo. Es decir, hasta hace relativamente poco no había duda de que la obligación de los administradores de estas plataformas de facilitar a la autoridad judicial los datos que le fuesen requeridos, se limitaba a los supuestos de investigaciones de delitos graves (los que lleven aparejada una pena de privación de libertad superior a 5 años). Esto es así porque lo establece la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones en su artículo uno relativo al objeto de la misma donde dice que "esta Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales".

No obstante, las dudas generadas por esta Ley 25/2007 han quedado resueltas tras el Auto de la AP de Madrid (Sección 4ª), de 25 de febrero de 2015 en el que viene a decir que los "delitos graves" a que se refiere la Ley 25/2007 no son exclusivamente los delitos castigados con pena superior a cinco años, sino que también han de incluirse en tal expresión aquellos otros delitos castigados con pena inferior y que, por tanto, tienen la calificación legal de "delitos menos graves", pero que merezcan la consideración de graves en atención a otros parámetros, tales como la importancia del bien jurídico protegido, la trascendencia social de los efectos que el delito genera o la inexistencia de medios alternativos, menos gravosos, que permitan su investigación y esclarecimiento. En este punto no puede desconocerse que los efectos socialmente nocivos de determinados hechos delictivos pueden verse incrementados exponencialmente desde el momento en que se alcanza la convicción social de su impunidad, con el consiguiente fracaso de los fines preventivos que su tipificación penal persigue.

Continúa justificando la gravedad que supone la trascendencia social del delito cuando dice que las expresiones se vierten a través del más potente medio de comunicación y difusión social de nuestro tiempo, que es internet,

incrementando así enormemente los efectos lesivos para el derecho al honor de la querellante. La conducta presuntamente delictiva es, pues, en el supuesto que nos ocupa, de una gravedad que no es posible minimizar. Pero es que, además, los efectos sociales indeseables de tal tipo de conductas se podrían incrementar en una medida mucho más elevada si se llegase a alcanzar una sensación social generalizada de impunidad de esos comportamientos, lo que vendría propiciado, de un lado, por el anonimato en el que sus autores suelen escudarse por medio de la utilización de seudónimos, nombres supuestos o "nicknames" y, de otro lado, por la imposibilidad de llegar a conocer su verdadera identidad si llegasen a establecerse trabas legales o judiciales injustificadas al esclarecimiento y persecución penal de dichas conductas y de sus autores.

El resultado no sería otro que la absoluta desprotección penal de un bien jurídico tan importante como el derecho fundamental al honor, cuando el ataque se encauza a través de internet u otros servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, sin ningún beneficio socialmente apreciable, pues no puede considerarse como tal el exponencial incremento en la red de conductas abiertamente calumniosas o injuriosas, de graves repercusiones personales y sociales para las personas que se viesen sometidas a ellas.

Por último, en nuestra opinión, hay que huir del error de entender que sólo cuando tecnológicamente se identifique al autor de los hechos, pueden estos serle efectivamente imputados. De esta manera, resultaría perfectamente posible que el autor de las amenazas o injurias quedara total y absolutamente identificado corroborando la información por el conjunto de resto de pruebas practicadas en el proceso, incluso sin investigación o pericial tecnológica alguna. Esta misma opinión ha sido expresada por autores como FUENTES SORIANO[17].

6. Conclusiones

El avance de las nuevas tecnologías es imparable y ello conlleva una serie de retos como, por ejemplo, desde el punto de vista que nos concierne, saber afrontar la novedad de los problemas que ello genera en el proceso penal. La espontánea creación de nuevas formas de comunicación y relación social lleva ligado una nueva violencia mucho más sofisticada. La reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo fue un primer paso, pero es tarea

[17] FUENTES SORIANO, O. Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías. En: Revista General de Derecho Procesal, nº 44, enero 2018. Extraído de la web https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=44&id=9, página 10. [Consultado el 12 de octubre de 2019].

necesaria unificar criterios y prácticas en este sentido y así evitar que la realidad del derecho vaya por detrás de la realidad social.

En relación con esto, uno de los mayores retos a los que nos enfrentamos en los Juzgados es la dificultad probatoria derivada del uso de estas nuevas tecnologías y las nuevas formas de comisión delictiva derivada de ellas (amenazas, "stalking", "sexting", el uso del estado de Whatsapp o Facebook con carácter intimidatorio…).

Estas dificultades probatorias a las que nos referimos inciden en distintas fases del procedimiento. La aportación o introducción en el mismo de estas pruebas tecnológicas genera dudas y dificultades en la práctica. Queda patente la relevancia que en este aspecto cobra el Letrado de la Administración de Justicia, pues ha quedado claro que, una vez admitida por el Juez la prueba propuesta de que se trate, ésta deberá llevarse siempre ante el Letrado de la Administración de Justicia bajo el principio de inmediación, pudiendo incurrir en nulidad de pleno derecho en caso contrario.

Consideramos clave entender también que este tipo de pruebas han de estar disponibles en el momento de tomar declaración a la denunciante y al investigado, pues probablemente existan aspectos de ambas declaraciones que pudieran tener relación con su contenido. Por lo tanto, conviene que estas pruebas fuesen aportadas inmediatamente después de haberse incoado el procedimiento por el Juzgado, y sin perjuicio de que pudiesen existir en un momento posterior a este trámite procesal.

Tampoco es sencillo determinar qué valor probatorio tendrán este tipo de pruebas. No obstante, nos parece fundamental la idea de eficiencia y practicidad en el proceso penal, por lo que, a nuestro juicio, se deberá hacer depender de la actitud procesal del resto de partes. Es decir, darle validez a aquella prueba que no se haya impugnado por la parte a la que pudiera perjudicar.

Sobre esto ha dado un paso el Tribunal Supremo con la sentencia comentada nº 300/2015, de 19 de mayo, pero en nuestra opinión ha dejado pasar una buena oportunidad para fijar criterios y dar recomendaciones más concretas respecto de la aportación de pruebas electrónicas al proceso, pues básicamente acabó admitiendo como prueba los "pantallazos" de Tuenti por la falta de impugnación.

A pesar de lo anterior, puede darse el caso de que exista una impugnación seria y fundada sobre la prueba aportada. En ese caso, la carga de la prueba corresponde a quien la aporta y será clave determinar la autenticidad, originalidad, integridad, origen o genuidad de la misma. Aquí es donde cobra especial relevancia la labor del perito. La elaboración de un informe pericial en este caso va a ser fundamental, pero sin olvidar la dificultad técnica que conlleva, así como los altos costes tanto económicos como de tiempo que implica.

Por tanto, aunque este tipo de pruebas tecnológicas estén cobrando cada vez más importancia, insistimos en la necesidad de dar todavía más importancia a las reglas de la sana crítica y la experiencia en la valoración de la prueba. Esto es, que el Juez deberá tener en cuenta la prueba pericial tecnológica junto con el resto de pruebas existentes y demás circunstancias que se desprendan del proceso en sí.

En consecuencia, y para concluir, no va a ser conveniente condicionar todo el valor probatorio de las comunicaciones objeto del proceso a un informe pericial sobre éstas, por los problemas de tiempo y coste que conllevan, hasta el punto de poder llegar a desvirtuar su sentido. Tal y como se puede constatar en la práctica, en la mayoría de los casos es posible identificar al autor con el delito corroborando la información por el conjunto de resto de pruebas practicadas en el proceso, incluso sin investigación o pericial tecnológica alguna.

6. Bibliografía

ARRABAL PLATERO, P. Whatsapp, una fuente de prueba en el proceso penal. En FUENTES SORIANO, O. *El proceso penal: Cuestiones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

BETRÁN PARDO, A. I. Los contenidos de WhatsApp como medio probatorio en el ámbito de las diligencias urgentes por delitos de violencia contra la mujer. Cuestiones en torno a su impugnación y a la práctica de la prueba pericial a la que se refiere la STS 300/2015, de 19 de mayo. Publicado en la web www.noticias.juridicas.com, el 30 de septiembre de 2015

BUENO DE MATA, F. Reseñas de Jurisprudencia Procesal. Vol. 3, diciembre 2015.

DELGADO MARTIN, J. La prueba del whatsapp. En: *Diario La Ley*, nº 8605, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2015, Ref. D-331, Editorial La Ley, La Ley 5350/2015.

FUENTES SORIANO, O. Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías. En: *Revista General de Derecho Procesal*, nº 44, enero 2018.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. T. Incidencia de la última reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo, en materia de violencia de género. Especial referencia a la agravante de género y a los nuevos delitos de stalking y sexting. En: *El Derecho, Lefebvre.* Sección Tribunal, de 29 de noviembre de 2016, España.

MONTESINOS GARCÍA, A. Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género. En: *Revista de Derecho Penal y criminología*, nº 17, enero de 2017.

ORTIZ PRADILLO, J.C. *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*. Ed. Madrid: Colex, 2013.

PEREZ ASTUDILLO, N. Los medios telemáticos como prueba de cargo en el proceso. En: *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 3, 2015, Consejo General del Poder Judicial.

PICÓN RODRIGUEZ, E. ¿Por qué no es válida una conversación de Whatsapp en juicio? En: Sección Tribuna. LEFEBVRE EL DERECHO.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

PROBLEMÁTICA LABORAL DE LAS VÍCTIMAS DE GÉNERO: DESAJUSTES COMPETENCIALES Y JURÍDICOS

Labor problems of gender victims: competition and legal imbalances

Por Elena del Pilar Ramallo Miñán

Profesora, doctora en derecho e investigadora
e.ramallo@udc.es

Artículo recibido: 20/10/2020 | Artículo aceptado: 31/12/2020

RESUMEN

La protección a la víctima de violencia de género en el ordenamiento español se extiende al ámbito laboral. Sin embargo, y a pesar de estos amparos y normativas, lo cierto es que existe una problemática laboral para con las víctimas de género, no resuelta, y consistente en desajustes competenciales y jurídicos en relación con sus derechos laborales. Los incumplimientos por parte, sobre todo, de la Administración y la asignación competencial de la defensa de éstos, son otros de los aspectos no solventados adecuadamente por las normativas y que deben ser abordados y revisados para adecuar su desarrollo a las cardinales necesidades de las víctimas.

ABSTRACT

The protection of the victim of gender violence in Spanish law extends to the workplace. However, and despite these protections and regulations, the truth is that there is a labor problem for the victims of gender, unresolved, and consisting of competency and legal imbalances in relation to their labor rights. Non-compliance by, above all, the Administration and the assignment of powers to defend them, are other aspects not adequately resolved by the regulations and that must be addressed and reviewed to adapt their development to the cardinal needs of the victims.

PALABRAS CLAVE

Víctimas de género, derechos laborales ordenamiento español.

KEYWORDS

Victims of gender, labor rights, Spanish law.

Sumario: 1. Contextualización del tema. 2. El concepto de la violencia de género, la sensibilización social y esquematización del desarrollo legislativo de la LOIVG. 3. La legislación laboral de las víctimas de género LOIVG. 4. El papel

de la administración y de la empresa. 5. Desajuste competencial y jurídico. 6. Reflexiones conclusivas. 7. Propuestas de cambios normativos. 8. Bibliografía.

1. Contextualización del tema

En los últimos años se han producido en el derecho español avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género, tales como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género;* el Pacto de Estado contra la Violencia de Género aprobado el 28 de septiembre de 2017 y el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, que modifica la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley de Bases del Régimen Local y el Código Civil. Además de esta legislación, están las legislaciones aprobadas por diversas Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial. Todas ellas han incidido en distintos ámbitos civiles, penales, sociales o educativos a través de sus respectivas normativas.

Sin embargo, hay dos temas que todas estas normativas no atienden o resuelven, la primera de ellas es el maltrato/violencia institucional[1] que sufren las víctimas de género durante el proceso, sobre todo, por parte de los titulares de los tribunales de justicia, tema este cardinal en este proceso, pero que no será abordado, dejando este argumento crucial para otro artículo futuro. Y el segundo, que es el fundamento de este artículo, las actuaciones judiciales y competenciales de los derechos laborales de las víctimas, así como, la vulneración de estos derechos por parte de las Administraciones públicas.

Este artículo pretende promover un debate, pionero, trascendente, no abordado y competencialmente discordante en relación con el contenido de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOIVG). Debido a que su integralidad no es tal, al no resolver adecuadamente; los aspectos de la parte competencial de los derechos laborales de las víctimas, ni los escenarios provocados ante la vulneración de estos derechos por parte de los empresarios o las Administraciones públicas.

[1] BODELÓN, E. Violencia institucional y violencia de género. En: *Anales de la Cátedra Francis Suárez*, nº 48, 2014. Págs. 131-155. https://revistaseug.ugr.es

El hecho de que la LOIVG se proclame como Ley de protección integral y global de la violencia de género, no es conforme a la realidad, ya que, se limita a abordar la violencia dentro de las relaciones de pareja, en el ámbito penal y civil, pero tal y como se referenció anteriormente, dejando fuera otros aspectos, el más destacado de los cuales es la esfera laboral, abordándolo de pasada y no incluyéndolo en su esfera competencial.

La regulación normativa de la violencia de género producida en el entorno laboral se encuentra en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres, que toma como punto de partida la igual posesión de derechos por parte de las mujeres y de los hombres. La regulación de la violencia contra la mujer en el ámbito laboral por la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres supuso un avance importante en la lucha contra esta violencia. No obstante, en la LOIVG su tratamiento es meramente referencial y evidencia una exclusión de regulación amplia y detallada. Este hecho ha provocado numerosas deficiencias que analizaremos a lo largo de este artículo.

El trabajo es para cualquier ciudadano un pilar decisivo en su vida que permite su desarrollo personal y social y que le otorga autonomía. En el caso de las mujeres víctimas de violencia de género es, además, un elemento fundamental para poder rehacer su vida personal y un medio y fin para conseguir su total integración e inclusión en la sociedad, y se podría decir, aún más, lograr su libertad. Asimismo, resulta imprescindible no perder la perspectiva de la idea clave sobre la importancia del trabajo en el caso analizado: sin independencia económica, una mujer víctima, nunca podrá ser independiente de su agresor, de ahí su cardinal importancia.

Por otra parte, las mujeres víctimas que tienen trabajo sienten temor a que sus puestos de trabajo puedan peligrar por las necesidades especiales de su situación que, en muchos casos, conllevan una protección distinta con el fin de salvaguardar su seguridad e integridad. Para dar respuesta a esta situación, la protección a la víctima de violencia de género en el ordenamiento español despliega una serie de medidas específicas, no excluyentes con los derechos laborales que de modo genérico disfrutan todos los trabajadores.

En cuanto a las garantías principales, las más destacadas persiguen garantizar la permanencia en el empleo como factor de autonomía personal, así como la declaración de nulidad del despido de las víctimas cuando éstas en el ejercido de alguno de los específicos derechos laborales que el legislador les concede, han sido objeto de despido o represalias por parte del empresario o la Administración.

El contexto de los despidos o amonestaciones laborales, será el principal análisis de este artículo, sin dejar de lado otros aspectos relacionados y ensamblados en él, como son los convenios colectivos o la falta de protocolos por

parte de las Administraciones públicas para aplicar las normativas y derechos de las víctimas.

Los artículos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 de la LOIVG establecen el acceso a los derechos laborales de las mujeres víctimas. Estos derechos específicos se recogen y desarrollan, asimismo, en el Estatuto de los Trabajadores y del Funcionario público. La LOIVG contempla en sus principios rectores la consagración de los derechos de las mujeres, víctimas de violencia de género, exigibles ante las Administraciones Públicas, y les garantiza una serie de derechos laborales y ante la Seguridad Social, con la finalidad de acomodar su ámbito laboral a las necesidades de protección y de recuperación integral que requieren.

Esta ley ha sido un importante avance, aunque, en la práctica, se demuestra que todavía son necesarios un mayor desarrollo y nuevos mecanismos de protección, así como un adecuado encaje competencial para su efectividad. Los amparos y normativas no resuelven la importantísima problemática laboral y no dan una respuesta ni adecuada ni efectiva.

Algunas de las principales causas que provocan la ineficacia y fallos en la LOIVG en el ámbito laboral ocurren por:

-Desconocimiento de los derechos laborales por parte de víctimas, empresarios, administraciones, tribunales…

-Por los incumplimientos por parte de la Administración y empresariado.

- Por la no inclusión obligatoria de los derechos labores de la víctima en los convenios laborales.

-Por la asignación competencial de la defensa de estos derechos fuera del ámbito de la ley de Violencia de Género.

Entre otros de los aspectos, que han sido no solventados adecuadamente por las normativas y que deben ser abordados y revisados para adecuar su desarrollo a las necesidades de las víctimas y evitarles una nueva victimización, en este caso en el ámbito laboral.

2. El concepto de la violencia de género, la sensibilización social y esquematización del desarrollo legislativo de la LOIVG

La violencia hacia las mujeres tiene su razón de ser en la discriminación y sometimiento social de las mujeres frente a los hombres. La condición de víctima machista debe ser considerada violencia por discriminación de sexo, ya que, solo las mujeres pueden ser objeto de este tipo de violencia, porque se trata nocivamente a quien presenta una seña identitaria propia indisolublemente a su condición de mujer**.** Se trata de "una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo y por ser consideradas, por sus agresores, carentes de

los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión"[2], lo que se referencia en la Exposición de Motivos de la LOIVG.

La violencia machista ha sido una lacra invisible durante cientos de años que ha llegado hasta nuestros días, legitimada y normalizada socialmente[3], en múltiples lugares del mundo. Occidente no es una excepción. De hecho, hasta que no tuvieron lugar las importantes citas internacionales sobre los derechos de las mujeres convocadas por Naciones Unidas en los últimos veinticinco años del siglo XX, este concepto no se verbalizó. En 1975, en México se celebra una conferencia sobre la definición de la condición jurídica y social de la mujer. Será en 1980, en su Conferencia internacional sobre las mujeres en Copenhague, cuando se declara que la violencia que se ejerce contra las mujeres en la familia es el crimen más encubierto del mundo y se planteó la importancia de visibilizar públicamente esta problemática que afecta a un gran número de mujeres, a la vez que se aprobó el acuerdo de rechazo y eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En Nairobi, en 1985, se incorpora un nuevo enfoque integral y se declara que la violencia ejercida contra las mujeres supone un importante obstáculo para la paz. Pero sólo a partir de los años noventa[4] comienza a consolidarse el empleo del término violencia de género. En la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, se reconoce que los derechos humanos de las mujeres y las niñas son parte "inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales". Aunque habría que esperar un año más para que la Declaración de Naciones Unidas se pronunciase sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Así, el 20 de diciembre del mismo año, la Asamblea General de la ONU aprobó la "Declaración sobre la eliminación de la violencia hacia la mujer", en la que reconoce que "la violencia hacia la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el avance pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por el que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto al hombre". El artículo 1º define, por primera vez, la violencia hacia la mujer como "todo acto violento basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como

[2] España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

[3] MAQUEDA ABREU, M. L. La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2006, núm. 08-02, p. 02:1 - 02:13.

[4] FREIXES SANJUÁN, T. Las Normas de Prevención de la Violencia de Género: Reflexiones en torno al Marco Internacional y Europeo. *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, ISSN 1696-6988, Nº. 6, 2001. Págs. 4-18.

resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la privada". Posteriormente, cabe referir la Convención Interamericana en la que se abordó la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer (1994). La Declaración de 1994 de la ONU: "Todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada". Pero sería en la IV Conferencia Mundial en Beijing en 1995, donde se establecen un programa en favor del empoderamiento de la mujer que establece una serie de objetivos estratégicos y medidas de desarrollo en todas las esferas de la vida para el progreso de las mujeres y la igualdad. En ella se reconoce que la violencia de género es un obstáculo para el logro de objetivos de igualdad, desarrollo y paz, que menoscaba o impide el disfrute por la mujer de sus derechos humanos y de las libertades fundamentales. Cabe destacar, cómo este documento equipara, por primera, vez la violencia contra las mujeres como violencia de género, entendiendo ésta como una construcción cultural que rige las relaciones sociales y de poder entre los sexos. Esta construcción cultural es la base sobre la que se establecen los códigos normativos y axiológicos a partir de los cuales podemos hablar de lo masculino y lo femenino en un marco de relaciones de poder asimétricas, pero susceptibles de ser modificadas en el tiempo a través de los procesos de socialización. De este modo, se consolida el axioma de que los Derechos de las mujeres son Derechos Humanos en su integridad.

Estos últimos textos imprimieron un empuje fundamental a la definición de la violencia machista porque la incluyó y posicionó en el marco de los Derechos Humanos, a la vez que amplió el concepto incluyendo todos los tipos, contextos y formas de violencia contra la mujer.

Por otro lado, si se concibe la igualdad y la lucha de todo tipo de violencia contra la mujer como Derecho Humano fundamental y pieza básica del desarrollo sostenible, como recoge el ODS5[5], enfocamos la violencia contra las mujeres como un problema que ha dejado de ser individual, confinado en el ámbito privado, de la familia o de la persona, para ser considerado un auténtico problema social y una vulneración de los derechos Humanos. Un problema de todos, sociedad civil, Instituciones y Administraciones públicas, Organizaciones Internacionales… que tienen la responsabilidad de responder, cada una de ellas,

[5] En 2015, la ONU aprobó la *Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible,* una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino con el que mejorar la vida de todos, sin dejar a nadie atrás. La Agenda cuenta con *17 Objetivos de Desarrollo Sostenible,* que incluyen desde la eliminación de la pobreza hasta el combate al cambio climático, la educación, la igualdad de la mujer, la defensa del medio ambiente o el diseño de nuestras ciudades.

desde la posición que ocupan en la sociedad. Y, en consecuencia, según reza el título segundo de la LOIVG: Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.

En relación con el desarrollo legislativo de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se estructura en un título preliminar, cinco títulos, veinte disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales.

Desde el título I que establece medidas de sensibilización y detección. Pasando por el título II, relativo a los derechos de las mujeres víctimas de violencia, en su capítulo I, se garantiza el derecho de acceso a la información y a la asistencia social integrada, a través de servicios de atención permanente, urgente y con especialización de prestaciones y medidas del ámbito profesional. En el título V se establece la llamada tutela judicial para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia de género en las relaciones intrafamiliares. Desde el punto de vista judicial nos encontramos ante un fenómeno complejo en el que es necesario intervenir desde distintas perspectivas jurídicas, que tienen que abarcar desde las normas procesales y sustantivas hasta las disposiciones relativas a la atención a las víctimas, intervención que sólo es posible a través de una legislación específica.

Una Ley para la prevención y erradicación de la violencia sobre la mujer ha de ser una Ley que recoja medidas procesales que permitan procedimientos ágiles y sumarios, como el establecido en la Ley 27/2003, de 31 de julio, pero, además, que compagine, en los ámbitos civil y penal, medidas de protección a las mujeres y a sus hijos e hijas, y medidas cautelares para ser ejecutadas con carácter de urgencia.

La normativa actual, civil, penal, publicitaria, social y administrativa presenta muchas deficiencias debidas, fundamentalmente, a que hasta el momento no se ha dado a esta cuestión una respuesta global y multidisciplinar. Desde el punto de vista penal la respuesta nunca puede ser un nuevo agravio para la mujer.

Aunque, como ya he manifestado al principio de este artículo, no abordaré el maltrato institucional que sufren las víctimas como uno de los principales males que impiden poner coto a esta lacra, sí resulta necesario referenciarlo

porque éste se engendra en el asunto del que versa mi artículo, la normativa laboral que afecta a las víctimas de género.

En cuanto a las medidas jurídicas asumidas para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares, se han adoptado las siguientes: conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles. Estos Juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia.

En sus disposiciones adicionales la Ley lleva a cabo una profunda reforma del ordenamiento jurídico para adaptar las normas vigentes al marco introducido por el presente texto. Con objeto de armonizar las normas anteriores y ofrecer un contexto coordinado entre los textos legales. El régimen transitorio se extiende la aplicación de la presente Ley a los procedimientos en tramitación en el momento de su entrada en vigor, aunque respetando la competencia judicial de los órganos respectivos. Por último, la presente Ley incluye en sus disposiciones finales las habilitaciones necesarias para el desarrollo normativo de sus preceptos.

Asimismo, en el título segundo de la LOIVG, especialmente en su capítulo II, se han fijado unas prestaciones sociales mínimas que deben garantizar la equidad en dignidad de las víctimas de la violencia de género en cualquier territorio del Estado. La LOIVG ha previsto la aplicación en todo el Estado, sin embargo, pueden apreciarse diferencias entre las Comunidades que se detectan *prima facie* al no existir unicidad sobre el concepto de violencia de género empleado en las diferentes leyes autonómicas y, por ende, esta heterogeneidad hace difícil un estudio comparativo, a la vez que provoca diferencias perjudiciales para las demandantes de asistencia, víctimas, en un tema de crucial importancia como es el abordado. La cuestión sobre si estas diferencias entre las Comunidades Autónomas pueden afectar al núcleo de los derechos de prestación y crear situaciones de desigualdad en función de la vecindad podría ser resuelta, comenzando por consensuar el concepto y las formas de violencia de género. Porque si bien es cierto, la capacidad legislativa de las Comunidades Autónomas

es una realidad, por lo que es imprescindible comenzar por armonizar los aspectos básicos para conseguir unos estándares mínimos de sensibilización social, prevención, atención y protección en todo el territorio nacional que nos lleve a la erradicación de la violencia de género. Pero, este aspecto, lo abordaré en líneas posteriores.

Otros documentos, el Pacto de Estado y Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de Medidas Urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género que el Legislador ha considerado ineludible poner en marcha, y que, a pesar de sus fallos, han aportado soluciones necesarias, entre ellas la ampliación de sujetos legitimados para acreditar la violencia de género que permite a la víctima acceder a derechos sociales, laborales y económicos, que posteriormente analizaremos. Enlazando estas legislaciones, que vienen a plasmar la necesidad de medidas, por parte del Legislador, para subsanar parte de los fallos del Sistema que no ayuda a las víctimas en distintos ámbitos, y que este artículo examina desde el punto de vista de las normativas de lucha contra la violencia de género en el ámbito laboral y económico, posee una importancia destacable, la ampliación de sujetos legitimados para acreditar la violencia de género que permite a la víctima acceder a derechos sociales, laborales y económicos.

Las novedades introducidas, en este ámbito, por el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de Medidas Urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, en la LO1/04 de 28 de diciembre sobre Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género ha afrontado la ampliación de los sujetos legitimados para acreditar la situación de violencia de género que permite a la víctima acceder a derechos de índole social, laboral y económico, más allá de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal. A tal efecto se ha procedido a la reforma del artículo 23 LO 1/04 dando entrada a tal fin no sólo a las Administraciones Públicas que el propio precepto prevé, igualmente, a los sujetos que las disposiciones de las distintas Comunidades Autónomas en sus respectivas normativas sectoriales tienen previsto.

Para explicar este aspecto me apoyaré en un extenso y detallado análisis normativo sobre esta reforma o ampliación, el realizado por el Fiscal Decano Sección Territorial de Ocaña de la Fiscalía Provincial de Toledo, D. Juan Luis Ortega Calderón[6], con él que coincido en el punto de vista del difícil encaje jurídico. Sin embargo, difiero sobre su examen de que las víctimas están cubiertas por el amparo del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal porque no es así. El recelo a denunciar se evidencia en el altísimo número de mujeres que no denuncian y,

[6] ORTEGA CALDERÓN, J. L. *Análisis sobre la ampliación de sujetos legitimados para acreditar la violencia de género que permite a la víctima acceder a derechos sociales, laborales y económicos La acreditación de las situaciones de violencia de género*. En: *Revista Electrónica Lefrebvre, Inteligencia jurídica*. Derecho.com. En: Sección Tribuna, 2018.

entre las que lo hacen, un elevado número se arrepiente por el trato recibido. Este dato, que no se recoge en estadísticas oficiales, del mismo modo que, tampoco, lo hace la desconfianza de las mujeres en el Sistema judicial, debería ser crucial para analizar y buscar soluciones a tan grave problema.

Fundamenta, el Fiscal Ortega, como punto principal de reconocimiento de víctima, el hecho de alcanzar judicialmente una orden de alejamiento, algo con lo que disiento radicalmente por distintos motivos. Entre ellos, porque entiendo que no puede ser la única vía de alcanzar la condición de víctima, la inexistencia de la valoración de riesgo mortal, actual o futuro, por parte de los estamentos judiciales. La situación de la mujer, no en peligro de muerte, pero sí maltratada, le impide a ésta obtener la condición de víctima, con este formato. Por otro lado, su argumentario sobre que el informe del Ministerio Fiscal no está vinculado a la existencia de una orden de protección, ni de que el Ministerio Fiscal emita sus informes sobre la materia al margen de proceso penal, sino que incluso iniciado éste, en el supuesto de que la valoración de la autoridad judicial sea distinta a la realizada por el Fiscal (por ejemplo denegando la orden de protección o incluso si se archivase la causa) pueda mantener su dictamen favorable a la existencia de una situación de violencia de género, se produciría en un porcentaje tan mínimo como irreal. A renglón seguido, describe uno de los principales problemas de la justicia, el corporativismo, que él referencia como lealtad institucional y que, solamente, en ínfimas ocasiones implica contradicción entre juez y fiscal.

Continuando con este mismo asunto, expone el Fiscal Ortega, que el legislador, en el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, en el preámbulo recoge el objeto que establecer otros títulos no judiciales habilitantes para los casos en los que no hay denuncia y, en consecuencia, tampoco existe procedimiento judicial abierto, es decir vías no judiciales que le permitan a la víctima acceder y ser amparada por los mecanismos económicos, laborales y sociales previstos para tal auxilio.

Haciéndome eco de un párrafo de este artículo[7], "*Cabe recordar que el artículo 18.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, exige no supeditar la protección de las víctimas de violencia de género al ejercicio por parte de aquellas de acciones legales ni a la declaración contra el autor"* ya que reconoce que un porcentaje elevado de las víctimas de violencia de género asesinadas no había denunciado previamente la situación de maltrato que estaban sufriendo. En 2017, el 76,5 % (no es un elevado número, es un elevadísimo y preocupante porcentaje) de mujeres asesinadas no había denunciado previamente a su agresor y, añadiría que, sin llegar al máximo exponente de violencia, el asesinato de la víctima, el maltrato sufrido y soportado requiere, así mismo, respuestas resolutivas. Por ello, se buscan mecanismos que

[7] ORTEGA CALDERÓN, J. L. Referencia 6.

permitan a las víctimas buscar vías de urgencia y apoyo, procediendo a ampliar los mecanismos de acreditación de las situaciones de violencia de género, aunque conviene incidir que únicamente en el ámbito administrativo.

El alcance y acomodo judicial de los nuevos sujetos y acreditaciones legitimadas que prevé el artículo 23 LO 1/04: Informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente o cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos, bajo la interpretación del Fiscal Ortega, entra en la colisión el proceso judicial y las resoluciones dictadas por autoridades administrativas (servicios sociales, servicios especializados de violencia de género, servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género) a las que entiende que no se les exige cualificación ni formación específica, algo con lo que nuevamente debo disentir.

Manifiesta el Fiscal Ortega que, es sorprendente que no se haya reflexionado sobre la circunstancia evidente de que una situación de maltrato, como toda conducta penalmente relevante, reclama del oportuno proceso penal y que, de lo contrario, si este pretendido maltrato que el legislador supone, no se demuestra, solo únicamente suposiciones o declaraciones.

Sin embargo, obvia la infinidad de mujeres que acuden y se sienten maltratadas en los juzgados, y este hecho se corrobora en las declaraciones, tanto del *presidente del Tribunal Supremo como del presidente del Consejo General del Poder Judicial, en referencia a la Guía de buenas prácticas judiciales para la declaración de las víctimas de violencia de género* en todas las fases del procedimiento, editada por el *Observatorio del CGPJ, que pretende como fin principal que las víctimas "se sientan acompañadas y perciban sensibilidad y comprensión de nuestro sistema legal"*. Señalando "Entre otras "buenas prácticas", los expertos citan la información clara a la víctima sobre cuáles son sus derechos, un trato que no haga a la víctima sentirse culpable del maltrato sufrido, que no le cause mayor ansiedad de la que ya tiene, evitar el "maltrato institucional" que supone, por ejemplo, que la víctima sienta que se cuestiona la veracidad de su relato, una valoración que sólo corresponde al/a la juez de enjuiciamiento, y que a la postre podría conducirla a rechazar seguir adelante con el procedimiento por falta de confianza en la Justicia. "La víctima, afirman los expertos, tiene derecho a no sentirse humillada de nuevo".

Podría ser que, por el reconocimiento expreso de las máximas autoridades judiciales de este país, el elevadísimo porcentaje de mujeres asesinadas que no han denunciado, las que lo han hecho y se sienten maltratadas… fuesen algunos de los fundamentos invocados por el Legislador, para introducir estos nuevos sujetos y documentos acreditativos, que cuestiona el Fiscal Ortega manifestando que, el ámbito judicial encuentran inexplicables porque con un Sistema legal

basado en dos pilares esenciales para la tutela de las víctimas, Poder Judicial y Ministerio Fiscal, son suficientes.

Mi valoración sobre esta ampliación documental y de sujetos con capacidad de acreditar, es de las pocas ocasiones en las que el Legislador ha entendido una realidad, la de la víctima de género, que habitualmente desconoce o simplemente obvia. Por lo tanto, la ampliación de la legitimación al margen del proceso judicial y de la autoridad judicial no responde a una falta de confianza del Legislador en la actuación del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, sino a la necesidad urgente de dar respuesta a la situación real de la desconfianza y miedo que cohabita en la víctima respecto al estamento judicial.

Coincido, sin embargo, con su tesis de la necesidad urgente del Legislador estatal de desarrollar unas pautas generales para salvaguardar unos derechos básicos para que todas las víctimas disfruten de las mismas coberturas, porque algunas Comunidades Autónomas han asumido competencias que les desbordan y conceptos tan fundamentales como la propia definición de víctima de género muestran importantes discrepancias. Y, también, porque se abre la puerta a la ruptura de la unidad del ordenamiento jurídico, a favor de unas pretensiones autonómicas que, tal vez, hasta ahora, no han sido objeto del adecuado seguimiento y crean para la víctima sustanciales diferencias dependiendo en donde resida.

3. La legislación laboral de las víctimas de género LOIVG

En los últimos años se han producido en el ordenamiento español avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género como ya se ha referenciado anteriormente, sin embargo, la aplicación en el ámbito laboral es exigua, sobre todo, en relación con la preservación del empleo es insólitamente de nimia aplicación. La protección a la víctima de violencia de género despliega un articulado para proteger el ámbito laboral de las víctimas con serie de medidas encaminadas a la inserción laboral, la preservación del empleo y los protectores de prestaciones sociales de ámbito laboral.

Para su análisis podríamos estructurar estos mecanismos de protección en tres grandes bloques:

1) Los orientados a la inserción laboral/profesional de las mujeres víctimas de violencia de género. Estos mecanismos y acciones se centran fundamentalmente en lograr la independencia económica y profesional de la mujer.

2) Los preservadores del empleo de las mujeres víctimas de violencia de género. Cuando estos mecanismos fallan, a las mujeres, únicamente, le queda recurrir a los tribunales.

3) Los protectores ante la Seguridad Social, prestación por desempleo y protección social.

Los artículos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 de la LOIVG establecen el acceso y la protección de los derechos laborales de las mujeres víctimas. Estos derechos específicos se recogen y desarrollan igualmente en el Estatuto de los Trabajadores y del Funcionario público.

La LOIVG establece, asimismo, medidas de protección en el ámbito social, modificando el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para justificar las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de la violencia de género, para posibilitar su movilidad geográfica, así como la suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción del contrato. En idéntico sentido se prevén medidas de apoyo a las funcionarias públicas que sufran formas de violencia de las que combate esta Ley, modificando los preceptos correspondientes de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Se regulan, igualmente, medidas de apoyo económico, modificando el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para que las víctimas de la violencia de género generen derecho a la situación legal de desempleo cuando resuelvan o suspendan voluntariamente su contrato de trabajo.

En esta, la protección a la víctima de violencia de género busca sobre todo garantizar su permanencia en el empleo como factor de autonomía personal. Y para ello, se contemplan unas indemnidades como las de evitar el despido por el ejercicio de sus específicos derechos laborales que el legislador les concede como tal, encaminados a garantizar su puesto de trabajo. Siendo una de estas garantías principales la declaración de nulidad del despido de las víctimas que hayan ejercido alguno de los específicos derechos laborales, al objeto de evitar las represalias.

Pero veamos con detalle una esquematización de éstos:

3.1. Derechos laborales

En este sentido, y como se verá a continuación, las medidas propuestas por los artículos 21, 22 y 23 LOIVG (y, en concordancia con ellos, por las Disposiciones adicionales séptima y décimo sexta) podríamos plantearlas desde dos grandes bloques. En primer lugar, las acciones dirigidas a la inserción laboral/profesional de las mujeres víctimas de violencia de género como medio de lograr la independencia económica y profesional respecto de su agresor. A este respecto, las previsiones legales en torno a la creación de un programa de acción específico para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo, orientado tanto a la consecución de empleo por cuenta ajena como al autoempleo. Y, en segundo lugar, las acciones ordenadas a la asistencia y protección de las trabajadoras que sufren violencia de género, la

conservación del empleo y de la capacidad económica de la mujer y la variación de sus condiciones y situación laboral.

A.- Trabajadoras laborales

Los artículos 21 a 23 de la citada Ley 1/2004 y en las Disposiciones Adicionales 7ª y 8ª de la misma que modifican respectivamente el Estatuto de los Trabajadores y la Ley General de Seguridad Social para recogerlos.

- Derecho a la reordenación o reducción de su tiempo de trabajo, es decir, de su jornada. El artículo 37.8 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a las víctimas de violencia de género el derecho a reducir su jornada laboral, con disminución proporcional del salario, y a la reordenación de su tiempo de trabajo mediante adaptación del horario, aplicación de horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se usen en la empresa.
- Estos derechos se ejercitarán de la forma establecida en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores o en el acuerdo de la empresa con las trabajadoras afectadas. A falta de esos acuerdos, será la propia trabajadora víctima de violencia de género la que determinará cómo aplican esos derechos.
- Derecho a la movilidad geográfica y al cambio de centro de trabajo. Está contemplado en el artículo 40.4 del Estatuto de los Trabajadores y reconoce al trabajador víctima de violencia de género que se vea obligado a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde prestaba sus servicios, el derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente que la empresa tenga vacante en otro de sus centros de trabajo, estando la empresa obligada a comunicar a esos trabajadores las vacantes que existen o las que se pueden producir en el futuro. El traslado o cambio de centro de trabajo tendrá duración inicial de 6 meses, estando obligada la empresa, durante ese tiempo, a reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora. Tras ese plazo, la trabajadora decidirá si vuelve a su puesto anterior o se queda en el nuevo.

Interesa destacar que lo habitual es que sea el empresario quien tome la iniciativa en cuanto al cambio del trabajador de centro de trabajo. Sin embargo, en este caso, se le está otorgando a la trabajadora, por la circunstancia de ser víctima de violencia de género, el derecho a tomar la iniciativa respecto a ese cambio de centro.

- Derecho a la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo. El artículo 45.1 n) del Estatuto de los Trabajadores permite a las trabajadoras víctimas de violencia de género que suspendan su contrato de trabajo, si así lo deciden, cuando se vean obligadas a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctimas de violencia de género. Esta suspensión del contrato de trabajo, según establece el artículo 48.10 del Estatuto de los Trabajadores, tiene una duración inicial no superior a 6 meses y si de las

actuaciones judiciales se desprende que la efectividad del derecho de protección de dicha víctima requiere la continuación de la suspensión, el juez lo podrá prorrogar por periodos de 3 meses con un máximo de 18 meses. Al igual que en el supuesto anterior, se faculta a la propia trabajadora para que, por su voluntad e iniciativa, pueda suspender el contrato de trabajo, cuando lo normal es que la decisión sea adoptada por la empresa.

- Derecho a la extinción del contrato de trabajo por su voluntad.

El artículo 49.1m) del Estatuto de los Trabajadores permite que el contrato laboral se extinga por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo por dicha condición. Ocurre lo mismo que en los supuestos anteriores: la trabajadora puede, por ser víctima de violencia de género, tomar la decisión de extinguir su contrato de trabajo por esa circunstancia cuando lo habitual es que sea el empresario quien tome la decisión de extinguir el contrato de trabajo y en casos muy excepcionales, como impago reiterado de salarios, es cuando se permite que el trabajador inste y solicite la extinción de la relación laboral.

- Consideración como justificadas de sus faltas de puntualidad o asistencia al trabajo debidas a su situación física o psicológica derivada de la violencia de género. El artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores determina que no se consideran faltas de asistencia o puntualidad a efectos de sanciones o despido, las de la trabajadora víctima de violencia de género siempre que se deban a su situación física o psicológica derivada de esa circunstancia y ello se acredite por los servicios de salud o los servicios sociales de atención, aunque sí deben ser comunicadas a la empresa a la mayor brevedad posible.
- Nulidad de su despido en caso de que sea debido al ejercicio de los derechos laborales que la ley le concede como víctima de violencia de género.

El artículo 53.4 b) del Estatuto de los Trabajadores establece que es nulo el despido de las trabajadores víctimas de violencia de género llevado a cabo por el ejercicio por parte de ésta de los derechos de reordenación o reducción de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral. La nulidad del despido conlleva la readmisión inmediata de la trabajadora con el abono de los salarios dejados de percibir.

B.- Trabajadoras funcionarias

Los artículos 24 a 26 de la Ley Orgánica 1/2004, la Disposición Adicional 9ª de la misma, que modifica la Ley 30/1984 de 2-8-1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, los siguientes derechos y el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto de Medidas Urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, en cuanto a la ampliación de los sujetos legitimados para acreditar la situación de violencia de género que permite a la víctima acceder a derechos de índole social, laboral y económico, más allá de la Autoridad judicial y del Ministerio Fiscal. En la LO 1/04 de 28 de diciembre sobre

medidas de protección integral contra la Violencia de Género se encuentra la ampliación de los sujetos legitimados para certificar las situaciones de violencia de género que permiten acceder a los derechos de contenido laboral, social, administrativo y económico que regula la propia norma, de forma que la víctima pueda afrontar el proceso por violencia de género que padece rompiendo lazos de dependencia con el agresor, con la oportuna cobertura económica y adaptaciones laborales y sociales a su situación. A tal efecto, se ha procedido a la reforma del artículo 23 LO 1/04 dando entrada a tal fin no sólo a las Administraciones Públicas que el propio precepto prevé, sino también y de forma no poco relevante, a los sujetos que las disposiciones de las distintas Comunidades Autónomas en sus respectivas normativas sectoriales.

- Derecho a la reducción de jornada, con reducción proporcional del sueldo y a la reordenación de su tiempo de trabajo.
- Derecho a la movilidad geográfica de centro de trabajo, teniendo preferencia para la ocupación de otro puesto de trabajo propio de su Cuerpo o Escala y de características semejantes que se encuentre vacante y sea necesario cubrir, estando la Administración obligada a comunicarle a la trabajadora las vacantes existentes en la misma localidad donde trabajaba o en las localidades que ella expresamente solicite.
- Derecho a la excedencia, sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que se le exija permanecer en esa situación de excedencia un plazo mínimo, si bien durante los 6 primeros meses tendrá derecho a reserva del puesto de trabajo que desempeñase y contando ese tiempo a efectos de ascensos, trienios, pensiones.
- Además, ese periodo de excedencia se puede prorrogar por periodos de 3 meses, con un máximo de 18, si de las actuaciones judiciales se desprende que la efectividad de la protección de la funcionaria como víctima de violencia de género lo exige, teniendo durante todo el periodo de duración de la excedencia derecho a la reserva del puesto de trabajo.
- Derecho a considerar justificadas sus ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por su situación física o psicológica derivada de la violencia de género.

En cuanto a derechos o beneficios que las Administraciones públicas están obligadas a cumplir para con las mujeres que ostenten la condición de víctima, consisten en el cupo de reserva del 2% en los procesos de convocatorias de oposiciones públicas. El cumplimiento de esta legitimidad es inexistente actualmente, es decir, no se cumple en ninguna Administración pública.

3.2. Derechos de seguridad social

La Ley Orgánica 1/2004 también modificó la entonces vigente Ley General de Seguridad Social del 94 para otorgar toda una serie de beneficios a las víctimas

de violencia de género que hoy siguen vigentes en la actual Ley General de Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30-10-2015 (LGSS).

- Se permite el acceso a la modalidad de jubilación anticipada por causa no imputable a la trabajadora víctima de violencia de género. Este derecho viene reconocido en el artículo 207.1 LGSS.
- Se reconoce el derecho al cobro de pensión de jubilación a aquellas mujeres que, no cobrando pensión compensatoria de su ex marido, puedan acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o del divorcio mediante sentencia firme de condena contra éste o porque el procedimiento judicial se archivó por extinción de la responsabilidad penal al fallecimiento de éste. También puede acreditarlo con la orden de protección a su favor o con informe del Ministerio Fiscal que indique que existen indicios de que la exesposa pueda ser víctima de violencia de género (artículo 220.1 LGSS).
- Se impide al condenado como autor por delito doloso de homicidio por la muerte de su pareja que pueda cobrar la pensión de viudedad si la víctima es la que da lugar al cobro de dicha prestación (artículo 231 LGSS).
- Se permite también que la Seguridad Social revise en cualquier momento la resolución de reconocimiento del derecho de una prestación de muerte y supervivencia a quien fuera condenado por una sentencia firme por haber matado a su pareja o ex pareja, si el fallecimiento de ésta da lugar a la prestación. En esos casos, se incrementa el importe de las pensiones de orfandad concedidas a los hijos de la víctima (artículo 233 LGSS).
- Se considera en situación legal de desempleo y, por tanto, se permite cobrar la prestación por desempleo a la trabajadora que suspenda o extinga voluntariamente su contrato de trabajo viéndose obligada a ello por la situación de violencia de género que vive (artículo 267 LGSS).
- En esos casos, la situación legal de desempleo se acredita con la comunicación de la empresa de suspensión o extinción de la relación laboral, acompañada de la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal o informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos
- Se tiene en cuenta también la condición de la trabajadora como víctima de violencia de género a los efectos de reducir y atemperar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del compromiso de actividad que deben suscribir para tener derecho a la prestación por desempleo.

- En dicho compromiso de actividad, la desempleada se obliga a buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada, participar en acciones formativas y de inserción profesional…
- El tiempo de suspensión del contrato de trabajo con reserva de dicho puesto se considera, para las víctimas de violencia de género como periodo de cotización efectiva a los efectos de prestaciones de Seguridad Social y desempleo, según establece el artículo 165.5 LGSS.
- Para determinar la prestación por desempleo se tiene en cuenta todo el periodo cotizado que no se haya considerado para un derecho anterior de esa prestación, pero en el caso de las víctimas de violencia de género no se considera que se hayan aplicado a un derecho anterior las cotizaciones que se hayan tenido en cuenta para otorgar la prestación por desempleo a la trabajadora que suspenda su relación laboral por su condición de víctima de violencia de género (artículo 269 LGSS).
- Tampoco se consideran, a efectos de nuevas prestaciones, las cotizaciones efectuadas (bien por la entidad gestora bien por la empresa) durante el tiempo de abono de la prestación por desempleo, excepto cuando ésta se perciba porque la trabajadora haya suspendido su relación laboral por ser víctima de violencia de género. En este caso, sí se tienen en cuenta dichas cotizaciones.
- Las empresas que celebren contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercido su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tienen derecho a una bonificación del 100% en las cotizaciones por contingencias comunes a la Seguridad Social durante el periodo de suspensión del contrato de la trabajadora sustituida o durante 6 meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo.

Derechos de Seguridad Social concedidos a las trabajadoras autónomas.

- Se considera en situación legal de cese de actividad a las trabajadoras autónomas que cesen en el ejercicio de su actividad de forma temporal o definitiva por la situación de violencia de género que viven (artículo 331 LGSS).
- Deben acreditarlo acompañando a su declaración de haber cesado por ese motivo, la orden de protección, informe del Ministerio Fiscal o acreditación administrativa o informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente que indique que existen indicios de que es víctima de violencia doméstica.
- Se suspende durante 6 meses la obligación de cotizar a las trabajadoras víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer

efectiva su protección frente a esa situación y se considera ese periodo de cotización efectiva a efectos de prestaciones de Seguridad Social. Así mismo, se considera que están en situación asimilada al alta para poder tener derecho a dichas prestaciones (artículo 21.5 Ley Orgánica 1/2004).

4. El papel de la administración y de la empresa

Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Carta Magna, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, deponiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.

El ámbito de la Ley LOIVG abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia, donde principalmente se producen las agresiones, así como, el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas.

Sin embargo, la vulneración de derechos de las víctimas se produce en un elevado número por parte del Estado[8], como autor directo por acción u omisión. Como recoge E. Bodelón en 1993[9], la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de Naciones Unidas, especificó que una de las formas de violencia física, sexual o psicológica era aquella perpetrada o tolerada por el Estado. Esta definición fue recogida por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como "Convención de Belém do Pará" de 1996, en la que se incluyó "por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra".

Pero además, esta convención muestra la relevancia de la responsabilidad de los Estados dedicando el capítulo III a "Deberes de los Estados", donde entre otras medidas se incluye: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación". Esta tesis se completaría con una procacidad muy habitual que sufren las víctimas por parte del Estado, concretamente del Poder judicial. Su máximo órgano de gobierno, el Consejo General Poder Judicial (CGPJ)

[8] BODELÓN, E. Referencia 1.

[9] BODELÓN, E. Referencia 1.

reconoce y denomina esta violencia ejercida sobre las víctimas de género como *maltrato institucional.* Un tipo de violencia que se produce cuando las víctimas acuden a los tribunales en búsqueda de justicia y, evidentemente, no la encuentran porque son sometidas a maltrato y son puestas en duda.

De forma creciente[10], se ha visibilizado que el Estado es, también, un agente que ejerce violencia de género institucionalizada, no sólo, porque a través de sus agentes se realicen actos de violencias físicas, psicológicas o sexuales, sino también por la responsabilidad que tiene el Estado y sus agentes en la prevención, sanción y erradicación de dichas violencias contras las mujeres. No obstante, como he manifestado en varias ocasiones a lo largo de este artículo, la violencia del Estado que analizaré será la que se produce por las resoluciones de los tribunales en el ámbito laboral de las víctimas de género y por parte de la Administración, en cuanto a la vulneración de los mencionados derechos. No podemos olvidar que la Administración pública es la guardiana de los derechos de las víctimas de género.

En general, la Administración dispone de mayores medios para tutelar la situación de sus empleados, y en este caso, las mujeres víctimas que trabajan para las distintas Administraciones se ven mayormente protegidas, a juzgar por la legislación y las posibilidades de actuación. Por ello, podría sorprender el hecho de que la vulneración de estos derechos ocurre y, más habitualmente de lo que se podría pensar, obligando a la víctima a acudir a los tribunales, asumiendo el coste del recurso, para defender sus legítimos derechos, que le son negados. Esta situación somete a la víctima a un proceso de ignominia y aprensión y, nuevamente de victimización, por parte de quien tiene la obligación subsidiaria de protegerla, la Administración. La negligencia y falta de efectividad de la Administración no sólo se quebranta por la obligación de sancionar y condenar estos incumplimientos, sino también, por la de prevenir estas experiencias degradantes para las funcionarias víctimas.

A día de hoy, no existe ningún dato oficial[11] y, no hay ninguna Administración que posea un registro de mujeres víctimas de violencia de género que trabajan en la función pública. Por lo tanto, existe un vacío en seguimiento de casos que no permite evaluar los resultados de las políticas públicas supuestamente aplicadas a las víctimas. Sin embargo, su seguimiento y evolución son imprescindibles para garantizar que ninguna víctima trabajadora de una administración quede desprotegida. Es necesario el registro de las funcionarias víctimas, la elaboración y aplicación de protocolos que, garanticen la

[10] BODELÓN, E. Referencia 1. Pág. 133.

[11] Datos obtenidos de múltiples encuestas realizadas por esta investigadora a Administraciones de doce CCAA y conformadas por organizaciones sindicales de ámbito nacional.

confidencialidad de la víctima, dado que sus datos personales son extremamente sensibles, para, por ejemplo, conciliaciones, concursos de traslados…

Las medidas que apoyen y ayuden a desarrollar y adaptar la LOIVG son tan inexistentes como necesarias. Su carencia queda delatada, por ejemplo, en la falta de flexibilidad y adaptación de los traslados que tienen los plazos ordinarios de cualquier funcionario, en lugar de estar abiertos para las víctimas en cualquier época que se soliciten, es decir, cuando la víctima lo precise y no restringidos a los períodos reglamentados. Los protocolos[12] de movilidad para empleadas públicas víctimas de violencia de género entre las distintas Administraciones que garanticen su seguridad y su adaptación a la vida normal, son prácticamente inexistentes, y cuando concurren estos protocolos no se aplican, por lo tanto, es como si no los hubiese. Este es el caso de la Administración General del Estado, dos años después de aprobado un documento sobre estos traslados excepcionales, todavía no ha sido ni publicado y cuanto menos aplicado.

Esta situación de vulneración de derechos provoca, en numerosas ocasiones, que las mujeres escondan su condición de víctimas, porque se enfrentan a la pérdida de retribuciones, dificultades de promoción profesional, entre otras. Cuando le son negados sus derechos, solo les queda denunciar, pero en muchas ocasiones no pueden por razones anímicas o económicas, o ambas a la vez, y vuelven a ser victimizadas, por la necesidad que tienen de luchar por unos derechos que legítimamente le pertenecen, lo que les hace renunciar a ellos. Esta abdicación forzosa de sus derechos es un maltrato institucional conocido, consentido y tolerado por las administraciones públicas y por los sindicatos, los cuales no ejercen su función de agente social al mantener silenciado este maltrato, conocido por todos. El déficit de formación y sensibilización de los departamentos de personal en materia de violencia de género tampoco ayuda. La LOIVG vuelve a fallar en todo esto.

Por lo tanto, como hemos venido diciendo, cuando una víctima requiere el cumplimiento de sus legítimos derechos laborales y, estos se le niegan, tanto en el caso de las funcionarias como de las trabajadoras en empresas, únicamente les queda acudir a los tribunales para denunciar a la Administración o al empresario. Las mujeres víctimas son, en numerosas ocasiones, estigmatizadas socialmente por su condición. Y si a esto, se le suman problemas en el ámbito laboral, el estigma se incrementa y la presión anímica que deben soportar se multiplica.

En relación con las sentencias sobre las denuncias por vulneración de derechos laborales de víctimas de género, éstas son escasísimas tanto en el ámbito

[12] Datos obtenidos de múltiples encuestas realizadas por esta investigadora a Administraciones de doce CCAA y conformadas por organizaciones sindicales de ámbito nacional.

de la empresa como en el de la Administración. Con el fin de poder demostrar el profundo desconocimiento de los derechos laborales y la insensibilidad que hacia las víctimas se evidencia, referenciaré dos resoluciones judiciales, una de una funcionaria y otra de una trabajadora laboral de una empresa. La resolución promovida contra la Administración pública será analizada con mayor detalle respecto a la del ámbito laboral de la empresa, en base a la siguiente motivación: lo sorprendente de los términos de ésta y por el papel subsidiario que la LOIVG impone a las Administraciones públicas.

En el análisis de la resolución judicial de la denuncia contra la Administración, en este caso Autonómica, sorprende la posición beligerante de la Administración contra la víctima. Pero lo que realmente resulta incomprensible desde el punto de vista del sentido y objeto de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, del derecho y, me atrevería a decir que, del sentido común, es el auto[13] de la Administración de justicia.

Una víctima de género, funcionaria interina, interpuso un recurso contencioso, en el que solicitaba la adopción de medidas cautelares por una sanción aplicada por la Administración gallega que la suspendía de empleo y sueldo y otros derechos laborales durante más de un año.

En la descripción de la situación que deriva en la resolución de las medidas cautelares conviene exponer lo siguiente: La sanción sería en la praxis equivalente a un despido, que es en sí nulo porque se adopta ante la petición de la víctima de que se le reconozcan y apliquen sus legítimos derechos laborales. Estos derechos específicos, que el legislador le concede de facto, debería ser un hecho objetivo y automático, en cuanto a lo que se refiere como una garantía elemental para el ejercicio de estos derechos. Se trata de la llamada garantía de indemnidad, que considera despido nulo el de las trabajadoras víctimas de violencia de género aplicado por ejercitar sus derechos laborales como tales (art. 55.5 Estatuto Trabajadores, en adelante ET). El art. 55.5.b) ET, contempla una protección automática para toda víctima de violencia de género en su relación laboral, expuestos en la LOIVG: reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de trabajo o suspensión de la relación laboral. Y el art. 46.3 ET en el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en la LOIVG para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. En este caso, la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia, Administración demandada, no solo niega a esta funcionaria

[13] España. Juzgado Contencioso Administrativo nº1 de A Coruña. Auto 22/2020, PSS de medidas cautelares del procedimiento 56/2020 0001PA, interpuesto por una víctima de género contra la Conselleria de educación de la Xunta de Galicia

sus derechos laborales de víctima de género, sino que niega su propia condición de víctima. Cuando la condición de víctima de violencia de género de la funcionaria interina era conocida por la Administración, ya que se le había comunicado y remitido toda la documentación requerida, y se obvió, sin querer reconocer tal condición de víctima, incluso llegando al negacionismo de la misma y refiriéndose a tal condición, en el expediente administrativo instruido contra ella, como "circunstancias especiales" no hablando en ningún momento de víctima de género, vulnerando claramente sus derechos. Contraviniendo lo previsto por el ET art.55.1 y colocando a la trabajadora en una situación de indefensión, ya que, el incumpliendo de la ley de Violencia de Género y de los derechos específicos de la propia funcionaria por la propia Administración, ante esta negativa solo pueden ser exigidos ante los tribunales.

Por otro lado, la *ratio legis* latente en este supuesto es clara y se condensa en la tesis de que hay que evitar que una trabajadora, víctima de género, pueda ser represaliada mediante lo que sería equivalente a un acto ilícito e indemnizable general. Al mismo tiempo, conviene recordar lo expuesto al principio de este apartado, en el que se hacía referencia a la circunstancia de que la Administración dispone de mayores medios para tutelar la situación de sus empleados, y en este sentido las mujeres víctimas que trabajan para las distintas Administraciones se deberían ver mayormente protegidas, a juzgar por la legislación y las posibilidades de actuación. Circunstancia, ésta, que no se dio. Y todo ello, no dejó otra opción a la víctima que, a interponer recurso contencioso ante los tribunales, y dada su vulnerable situación, solicitar la adopción de medidas cautelares.

La resolución de medidas cautelares fue emitida por el juzgado Contencioso administrativo nº1 de A Coruña, donde la funcionaria lo había presentado. La referida resolución manifiesta "*En este caso, nada se alega por la demandante respecto a la existencia de perjuicio de difícil o imposible reparación derivada de la ejecución de la resolución sancionadora. La Administración demandada señala que la Sala ha manifestado reiteradamente la improcedencia de la suspensión cuando se fundamenta en la existencia de perjuicios de naturaleza puramente económica; y alega que debe prevalecer la defensa del interés general, que la celeridad de este tipo sanciones disciplinarias tiene por finalidad, además de su efecto ejemplarizador…"*

Sin entrar en un análisis detallado del auto, cabe señalar respecto a la expresión *"efecto ejemplarizador"*, que se recoge de la respuesta del letrado de la Xunta, o apelar a la ejemplaridad de la sanción, en referencia a la afectada, tanto por su condición de víctima de género como por el trato recibido por parte de la Administración gallega, que no sólo vulneró sus legítimos derechos laborales, sino que le negó su condición de víctima y la humilló, parece, cuanto menos, poco procedente.

Además de que, esta resolución judicial no sólo parece enviar un mensaje avisador a la víctima, sino también a otras que pudiesen tener la intención de

recurrir a la justicia para pedir el cumplimento de los derechos que les asisten. Por lo que, además, en este caso, se evidencia con claridad lo que el CGPJ denomina "maltrato institucional" por parte de los tribunales ante una víctima.

En otro párrafo del auto se recoge *"Así pues, conforme a la Jurisprudencia citada* (ninguna de ella hace referencia a la condición y derechos que acogen a la víctima, por lo tanto, igual que por parte de la Administración gallega juzgado Contencioso administrativo nº1 de A Coruña aplica negacionismo a la condición de víctima, a pesar de que también esta documentación se había aportado en la demanda y estaba a disposición de la juez). Continúa el párrafo manifestando que *"la demandante debía acreditar la imposibilidad de hacer frente a los gastos por constituir su salario la única fuente de sustento de la unidad familiar. Nada se acredita al respecto…"*. Es indudable que, su salario era el único sustento familiar con el que, además, debía hacer frente a las responsabilidades respecto a sus hijos. Algo que, era evidente, si tan solo se hubiese revisado mínimamente la documentación aportada en la demanda. Finalmente, a la víctima se le deniega la medida cautelar y se le da la razón a la Administración gallega.

Conviene manifestar además que, en el recurso contencioso administrativo presentado ante el juzgado Contencioso administrativo nº1 de A Coruña, se hacía referencia a la existencia judicial de otras denuncias que tuvo que presentar, debido a que se tomaron decisiones no ajustadas al derecho respecto a su trabajo, se le volvió a negar su condición de víctima y se le humilló en la petición de sus derechos como tal, a pesar de haber presentado ante la Administración Autonómica la documentación legal y acreditativa de su condición de víctima de género. Sin embargo, la Administración gallega, hizo caso omiso.

De modo general y, ya para cerrar el espacio dedicado al ámbito público, cabe señalar otra vulneración[14] de derechos de las víctimas: la reserva del cupo o porcentaje fijado en un 2% mínimo del empleo público en procesos de selección o/y oposiciones para las mujeres víctimas de violencia machista, sobre cuyo incumplimiento –general en todas las administraciones- no se ha encontrado denuncia o sentencia alguna. Esta medida se incluyó en el Proyecto de Ley de Medidas Urgentes -2019- para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Este porcentaje quedó fijado sin perjuicio de que, posteriormente, los convenios colectivos que firmen las diversas Administraciones o los desarrollos normativos que puedan establecer un porcentaje superior. Están todavía en estadios muy primerizos de cumplimiento, es más, se podría afirmar que su cumplimiento es nulo.

[14] Datos obtenidos de múltiples encuestas realizadas por esta investigadora a Administraciones de doce CCAA y conformadas por organizaciones sindicales de ámbito nacional.

Por todo lo expuesto en este apartado, se puede afirmar que las empleadas públicas, víctimas de violencia de género, siguen siendo invisibles ante la Administración por más campañas publicitarias o llamadas a la "sensibilización" que se pongan en marcha.

Por lo tanto, si en la Administración no queda garantizada la difusión de la información del conjunto de recursos y prestaciones existentes a las trabajadoras víctimas de violencia de género, esta situación no mejora en la empresa. De este modo, derechos como la reordenación de su tiempo de trabajo, la reducción del mismo a la movilidad geográfica y a la suspensión de su contrato de trabajo con derecho a reserva del mismo son derechos que únicamente se aplican si vienen establecidos de forma concreta y detallada en los convenios colectivos. Por lo tanto, el convenio colectivo es un documento que en el ejercicio de los derechos de las víctimas tiene un efecto limitador de estos derechos, ya que, en caso de no contemplarlos explícitamente, algo que ocurre de manera habitual, entienden que no tienen por qué ser cumplidos. Al mismo tiempo, incomprensiblemente no es obligatorio que se incluyan. Por ello, es evidente la necesidad de obligar normativamente a que estos derechos sean incluidos en los convenios colectivos y que su cumplimento sea una exigencia laboral innegociable.

El escenario de una negociación individual entre la víctima y la directiva de la empresa o el departamento de RRHH o de asuntos legales, para acordar unos "beneficios voluntarios de sus derechos de víctima concedidos por el empresario[15]" es un sinsentido. Ello supondría convertir en voluntarios y dejar al albedrío del empresario el cumplimiento de estos derechos legalmente otorgados a las víctimas, y en una comparativa equivaldría a la negociación individual de la trabajadora/empresario de las bajas por maternidad. Por otro lado, esta negociación individual posiciona a la mujer en una clara situación de inferioridad y desequilibro respecto al empleador, sometiéndola a una presión innecesaria, al tener que negociar unos derechos que le corresponden por ley y, que, en caso de que el empresario no acepte, la abocan a recurrir al Juzgado. Esto supondría desvirtuar el objetivo de la LOIVG.

Sin embargo, y de modo positivo, es obligatoria la referencia al hecho de que, en el caso de las resoluciones judiciales[16] de las víctimas, trabajadoras

[15] Esto supondría desvirtuar el objetivo de la LOIVG dejando sin efecto sus artículos de derechos laborales.

[16] Las sentencias sobre el ámbito laboral de las víctimas de género, son escasísimas, no hay apenas denuncias, no porque no se vulneren esos derechos, sino por desconocimiento de las víctimas de esos derechos y por miedo a las represalias y por miedo a volver a los tribunales para denunciar. Referimos dos de las más comentadas; STSJ Cataluña, Nº 7262/2008, de 03 de octubre de 2008. Sentencia del Juzgado de lo Social - Madrid, Nº 21/2018, de 24 de Enero de 2018, Ecli: ES:JSO:2018:2

laborales de empresa, tanto en relación con las resoluciones como con la aplicación del articulado de la LOIVG, la respuesta de los jueces es propicia y humana, en cuanto al cumplimiento de la esencia y sentido de la LOIVG. Entre estas resoluciones judiciales, es obligada la mención a una sentencia excepcional y pionera[17] en la que el juez, además de aplicar la LOIVG hace efectiva la esencia de ésta: ser amparo y proteger a la víctima. Porque, a pesar de que la trabajadora no llegó a ejercer los derechos que la ley le reconoce por su condición de víctima, el juez entendió como acreditada su condición y por lo tanto el derecho que le asiste. En base a esta tesis, declaró nulo el despido, que consideró discriminatorio porque su condición de víctima es inherente a su condición de mujer.

El Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, en sentencia, 21/2018, de 24 de enero de 2018, declaró nulo el despido disciplinario de una trabajadora, víctima de género. Los hechos que recogen la sentencia son los siguientes: Se trata de una trabajadora con antigüedad de abril de 2016 que ocupaba un puesto directivo. La empresa sabía que la trabajadora tenía problemas de violencia de género y que tenía un proceso judicial abierto en un Juzgado de Violencia de Palma de Mallorca, lo que motivó ausencias de su trabajo en fechas inmediatamente anteriores al despido. El día del juicio (28 de septiembre de 2017) el Juzgado de lo Penal dictó sentencia *in voce* condenando a su ex pareja por un delito de género. La trabajadora comunicó a la empresa que tendría que ausentarse otro día de su puesto de trabajo para realizar trámites relacionados con el juicio, el cual había ganado. A pesar de que la empresa estaba informada de la situación (personal/jurídica) de la trabajadora, el 13 de octubre de 2017, la empresa le remitió una carta de despido, alegando una genérica disminución de su rendimiento de trabajo. Este hecho, que demuestra clara mala fe por parte de la empresa, ya que antes de que la sentencia ganada por la trabajadora fuese notificada por escrito, y pudiera ejercitar los derechos laborales que la ley le reconocía, fue despedida. Por esta razón, el juez califica dicho documento como "carta vacía", al no concretar hechos concretos, y concluye que hay indicios sólidos de que, el despido ha podido ser una reacción a su situación personal. Relacionándolo en base a que, por un posible prejuicio, de que su situación personal, podría afectar en el futuro al rendimiento en el trabajo, por ausencias o en el ejercicio de los derechos derivados de su condición de víctima de violencia de género.

Anteriormente, sobre esta materia, los derechos labores de las víctimas de género, encontramos escasísimas resoluciones judiciales. Las razones igualmente se apuntaban anteriormente, falta de información, recursos económicos, la aprensión a volver a los tribunales y una situación demasiado agotadora y vulnerable. Reclamar contra las decisiones empresariales arbitrarias nunca es

[17] España. Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid. Sentencia núm. 21/2018 de 24 de enero.

fácil y menos para una víctima, la situación económica, normalmente insuficiente, para litigar, y, sobre todo, la situación anímica que viven, aboca a las mujeres a renunciar o a no ejercer sus legítimos derechos.

Por eso, sentencias como la Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid son doblemente importantes, por el reconocimiento de derechos y por la imperiosa confianza que transmiten a las mujeres, víctimas.

5. Desajuste competencial y jurídico

El cumplimento, la aplicación, y la reclamación judicial de los derechos laborales de las víctimas son algunos de los grandes déficits de la LOIVG, sobre todo, en cuanto a su ámbito competencial. El desarrollo competencial orgánico judicial presenta un grave fallo: La LOIVG desarrolla el ámbito penal (del maltratador) y civil. Mientras que el articulado (art. 21 al 26) LOIVG, los derechos laborales de las víctimas y los derivados relacionados con este ámbito son tierra de nadie, judicialmente hablando.

El hecho de que la aplicación de estos derechos no sea automática, como lo son, por ejemplo, en el caso de las mujeres embarazadas, que la inclusión de estos derechos no sea obligatoria en los convenios colectivos, que las cuotas de reserva en la Administración para las víctimas no se cumpla de manera genérica en las ofertas públicas de empleo, a diferencia de las cuotas de reserva por discapacidad, o que no existan mecanismos de protección que eviten que ante el incumplimiento de estos derechos laborales, por parte de la empresa o la Administración obliguen a las víctimas a renunciar a sus legítimos derechos o acudir a los tribunales, muestran claramente déficit destacados.

A pesar de que las normativas contemplan cierto grado de protección, la realidad es que no se cumple y, sobre todo, no queda claro quién debe ocuparse de ello, es decir, la asignación competencial. La protección automática de las víctimas frente al despido disciplinario, sin causa legal, evitaría la desprotección de las víctimas frente a represalias o decisiones arbitrarias de las empresas o administraciones. Esto, sin duda, es uno de los principales cambios que cabe ejecutar para esta protección.

El reconocimiento institucional de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género exige responsabilidad y compromiso firme por parte de las Administraciones y de la patronal, que, a día de hoy, no existe.

6. Reflexiones conclusivas

En el derecho español en los últimos años se han implantado progresos legislativos en materia de lucha contra la violencia de género, tales como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica

la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, o la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género (28 de septiembre de 2017) y el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, que modifica la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley de Bases del Régimen Local y el Código Civil. Además de toda esta legislación, están las legislaciones aprobadas por diversas Comunidades Autónomas dentro de su ámbito competencial. Sin embargo, hay dos temas que todas estas normativas no atienden o resuelven, el primero de ellos es el maltrato/violencia institucional que sufren las víctimas de género durante el proceso, sobre todo, por parte de los titulares de los tribunales de justicia, tema este cardinal en este proceso.

Las normas y medidas para el fomento del empleo y para la garantía de los derechos laborales y económicos dirigidos a las mujeres víctimas de violencia de género, se materializan escasamente en cuanto a la aplicación, desarrollo, evaluación las normas y estrategias acordadas. Asimismo, resulta muy preocupante el desconocimiento de los derechos laborales por parte de todos los agentes implicados, incluidos, los tribunales de justicia, lo que provoca, a su vez que las trabajadoras víctimas de violencia de género ejerzan escasamente sus derechos laborales. Esto lleva a pensar que no se divulgan adecuadamente sus derechos además de evidenciar las importantes dificultades que existen para ejercitarlos en el ámbito de la empresa y de la Administración.

Las grandes complicaciones para la materialización de estos derechos son, entre otros, la no inclusión obligatoria de estos derechos labores en los convenios laborales o la no asignación competencial a la LOIVG. Al mismo tiempo, no queda garantizada la difusión de la información del conjunto de recursos y prestaciones existentes a las trabajadoras víctimas de violencia de género que, en muchos casos únicamente se aplican si vienen establecidos de forma concreta en los convenios colectivos. De no ser así derivan en negociaciones entre empresa y trabajadora afectada, llegando a un acuerdo o terminando en el juzgado, demostrándose una clara obstaculización de estos derechos. A ello se suma el hecho de que, el número de convenios colectivos que incluyen estos derechos son mínimos al no ser su inclusión obligatoria. Por lo que es indiscutible la necesidad de la obligatoriedad de que estos derechos en los convenios colectivos y su cumplimento sea exigencia laboral innegociable.

Mientras que, los derechos legalmente reconocidos, contenidos en legislaciones y normativas -tanto en la empresa como en la Administración- no sea automática como lo son: por ejemplo, los de las mujeres embarazadas, las cuotas de reserva en la Administración para por discapacidad o/y se articule un

sistema de protocolos que eviten que ante el incumplimiento de estos derechos laborales, por parte de la empresa o la Administración no dejen otra salida a la víctima que renunciar a sus legítimos derechos o acudir a los tribunales se estará facilitando su vulneración e incumplimiento, por lo que es evidente su ineficacia.

Otra cuestión que dificulta la reclamación de estos derechos se deriva de las diferencias de desarrollo normativo entre las Comunidades, al no existir ni unicidad sobre el concepto de violencia de género empleado en las diferentes leyes autonómicas, lo que afecta a la esencia de los derechos de prestación y crea situaciones de desigualdad en función de la vecindad.

La hipocresía envuelve todo un discurso institucional y empresarial a favor de la integración y la compensación de derechos a las mujeres víctimas de violencia de género, pero la realidad es bien distinta. La falta manifiesta de apoyos, de responsabilidad, de ausencia de empatía, o la clara dejación de funciones institucional y la vulnerabilidad de estos derechos laborales es un hecho. El desconocimiento y menosprecio de esos derechos laborales, mal ubicados en el ámbito competencial y la falta de sensibilidad de los administradores de justicia, victimizan nuevamente a las mujeres en una posición de clara vulnerabilidad. Los escasos pronunciamientos judiciales sobre esta materia, se podrían explicar por las siguientes razones: las víctimas no se atreven a reclamar contra las decisiones arbitrarias empresariales o de la Administración, la falta de medios económicos para litigar y las dificultades de todo orden que atraviesan las mujeres ya de por si en una situación tan vulnerable, solas y desinformadas de sus derechos laborales, concluye en la renuncia de éstos.

El reconocimiento institucional de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género exige responsabilidad y compromiso firme por parte de las Administraciones y de la patronal, que, a día de hoy, no es una realidad. Los derechos laborales de las víctimas de género, en un porcentaje elevadísimos son unos grandes desconocidos. No se conocen, no se promociona su información, por lo que, en múltiples ocasiones no se cumplen, convirtiéndolos en papel mojado.

7. Propuestas de cambios normativos

Al inicio de este artículo, referenciaba algunas de las principales causas que provocan la ineficacia y fallos en la LOIVG en el ámbito laboral y señalaba entre ellas: El desconocimiento de los derechos laborales por parte de víctimas, empresarios, administraciones, tribunales…, los incumplimientos por parte de la Administración y empresariado, sin consecuencia alguna para los incumplidores, la no inclusión obligatoria de los derechos labores de la víctima en los convenios laborales o la errática asignación competencial de la defensa de estos derechos fuera del ámbito de la ley de Violencia de Género. Y que todo esto, induce a una nueva victimización, en este caso en el ámbito laboral, de las

mujeres que ostentan esta condición. El hecho de dificultar o impedir el desarrollo laboral de las víctimas les imposibilita salir del círculo de sumisión y sometimiento de su agresor o/y de la dependencia de subsidios para reconstruir su vida.

Las siguientes propuestas que traslado son de muy asumible cumplimento:

Genéricas

- Revisión del ámbito competencial de los derechos laborales de las víctimas e inclusión en la competencia jurisdiccional de los tribunales específicos de Violencia de género de estos derechos. Tramitación de denuncias relacionadas con la vulneración derechos laborales de las víctimas por estos tribunales específicos.
- Creación de ventanillas únicas (presenciales y virtuales) en ámbito laboral destinadas a informar, aclarar y explicar dudas. Que permitan la entrega de cualquier documentación relacionada con la esfera laboral y de la Seguridad Social.
- Ejemplarizantes medidas judiciales contra las Administraciones y empresas que vulneren estos derechos, con la imputación de costas e indemnización a las víctimas.

En cuanto a la Administración pública

- Obligatoriedad de crear y poner en marcha protocolos específicos para las víctimas (que incluyan tramitación de su sensible documentación, comisiones de conciliación específicas, cumplimiento de la reserva de la oferta de empleo público del 2%, y adaptaciones "reales" a sus circunstancias y conciliación familiar, entre otras).
- Designación de un órgano o departamento interno que supervise el cumplimento y, al que pueda acudir la trabajadora, en caso de infracción con el fin de que resuelva cualquier transgresión de estos derechos, evitando que las víctimas sean obligadas a acudir a los tribunales o perder sus derechos como ocurre en la actualidad.

En cuanto a la empresa privada

- Inclusión obligatoria en los convenios colectivos de los derechos laborales de las víctimas de género.
- Controles exhaustivos, por parte de la Inspección de trabajo, del cumplimiento de esto derechos.
- Penalizaciones y sanciones por su incumplimiento, que tengan un efecto disuasorio ante cualquier vulneración, evitando que la víctima quede abocada, como única salida, a los tribunales o a la renuncia de sus legítimos derechos.

8. Bibliografía

BODELON, E. Violencia institucional y violencia de género. En: *Anales de la Cátedra Francis Suárez*, nº 48, 2014.

FREIXES SANJUÁN, T. Las Normas de Prevención de la Violencia de Género: Reflexiones en torno al Marco Internacional y Europeo. En: *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, ISSN 1696-6988, Nº. 6, 2001.

MAQUEDA ABREU, M. L. La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2006, no. 08-02, p. 02:1 - 02:13

ORTEGA CALDERÓN, J.L. Análisis sobre la ampliación de sujetos legitimados para acreditar la violencia de género que permite a la víctima acceder a derechos sociales, laborales y económicos La acreditación de las situaciones de violencia de género. En: *Revista Electrónica Lefrebvre, Inteligencia jurídica*. Derecho.com. En: sección Tribuna, 2018.

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. Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de Medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. Boletín Oficial del Estado de 4 de agosto de 2018, núm. 188, páginas 78281 a 78288 (8 págs.)

España. Juzgado Contencioso Administrativo nº1 de A Coruña. Auto 22/2020, PSS de medidas cautelares del procedimiento 56/2020 0001PA.

España. Tribunal Superior de Justicia Cataluña. Sentencia nº 7262/2008, de 03 de octubre

España. Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid. Sentencia núm. 21/2018 de 24 de enero.

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: Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (2017): La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Anual 2016.

Datos: Obtenidos de múltiples encuestas realizadas a Administraciones de doce CCAA y conformadas por organizaciones sindicales de ámbito nacional. Estudio realizado entre los años 2018/2020 por Elena del Pilar Ramallo Miñán, Doctora en Derecho, investigadora.

Conflicto de intereses
El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación
El documento ha sido elaborado sin financiación.

EL CARÁCTER JUDICIAL DE LOS LETRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

The judicial nature of judicial counselors

Por Alfredo Martínez Guerrero
Letrado de la Administración de Justicia
altiro1964@gmail.com

Artículo recibido: 15/11/2020 | Artículo aceptado: 31/12/2020

RESUMEN

El presente trabajo constituye una especie de epítome vital sobre lo que su autor considera fue, es y deberá ser la figura del Letrado de la Administración de Justicia. Su nueva configuración, con las reformas legales iniciadas en el año 2003, supuso una verdadera transmutación del mismo. Lo han convertido en un relevante actor de la escena judicial. Ese papel principal, en un escenario acostumbrado a que las luces enfoquen hacia un solo despacho, enseguida despertó recelos. Primero en la doctrina, luego en la jurisprudencia y, al fin, en el Tribunal Constitucional. Miedos que se sostienen en dos pilares: a) una concepción cerrada y/o estrecha del concepto de jurisdicción; b) la integración orgánica de los Letrados Judiciales en el Ministerio de Justicia. Disipar esos temores es posible. Acudiremos -en esta tarea- a las mismas fuentes de los que brotan: buena parte de la doctrina, la jurisprudencia y las sentencias del Tribunal Constitucional. La última parte del trabajo se dedica a formular conclusiones y propuestas. Con ellas sellamos la posición de los Letrados de la Administración de Justicia en su ecosistema natural: los Juzgados y Tribunales, de los que son parte imprescindible.

ABSTRACT

This present work constitutes a sort of vital epitome of what the author considers was, is and should be the figure of the Legal Counsel to the Administration of Justice. Its new configuration, with the legal reforms initiated in the year 2003, meant a true transmutation of the same. They have turned him into a relevant actor in the judicial scene. This leading role, in a scenario used to having the lights focused on a single office, immediately aroused misgivings. First in the doctrine, then in the jurisprudence and, finally, in the Constitutional Court. Fears that are based on two pillars: a) a closed and narrow conception of the concept of jurisdiction; b) the organic integration of the Judicial Lawyers in the Ministry of Justice. It is possible to dispel these fears. In this task, we will draw on the same sources from which they arise: a large part of the doctrine, the

jurisprudence and judgments of the Constitutional Court. The last part of the work is devoted to formulating conclusions and proposals. With them we seal the position of the Lawyers of the Administration of Justice in its natural ecosystem: the Courts and Tribunals, of which they are an essential part.

PALABRAS CLAVE

Letrados de la Administración de Justicia, Jurisdicción, Fe pública judicial y digital, Documentación y custodia, Independencia y legalidad.

KEYWORDS

Lawyer of the Administration of Justice, Jurisdiction, Judicial and digital public faith, Documentation and custody, Independence and legality

Sumario: I. Introducción. I.1 Granada como síntoma. I.II. Cuestionamiento de la posición del Letrado de la Administración de Justicia en los Juzgados y Tribunales. I.III. Tenemos un problema con los Letrados de Justicia. II. Nudo. II.2. Espíritu de las Leyes del 2009. II.2 Reacciones jurisdiccionales y consecuencias procesales: Sinécdoque del Tribunal Constitucional. II.3. Diferenciación entre lo jurisdiccional y lo judicial. II. 4. La actividad procesal atribuida por las Leyes de Procedimiento a los Letrados de la Administración de Justicia. II.4.1. La fe pública judicial y la documentación. II. 4.2. La ordenación de los procedimientos y el impulso procesal. II. 4.3 La comunicación y cooperación judicial. II. 4.4 La conservación y custodia de autos. II.4.5 Un nuevo espacio de inmunidad judicial. II.5. El Letrado de la Administración de Justicia como integrante de los Juzgados y Tribunales. II.5.1. Los Juzgados. Tribunales: órganos para el ejercicio de la potestad jurisdiccional. II. 5.1.1 Posiciones doctrinales. II. 5.1.2 Posición jurisprudencial. II. 5.1.3 Posición LOPJ. II. 5.2. Los Juzgados y Tribunales en el mundo real. III. Desenlace. III.1 Conclusiones. III.2 Propuesta. IV. Epílogo. V. Bibliografía.

I. Introducción

Para los Letrados de la Administración de Justicia[1] las reformas legislativas iniciadas en el año 2003, trajeron grandes cambios. La ***Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*** y la ***Ley Orgánica 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial***, renovaron la configuración, estructura y funciones del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia.

[1] A lo largo del trabajo se les llamará con esta denominación que es la estrictamente legal, pero también, por razones de estilo que, poco a poco, se van imponiendo en el habla, Letrado de Justicia o Letrado Judicial.

Las modificaciones fueron tan relevantes que los Letrados de Justicia del año 2020, tienen poco que ver con los del comienzo del milenio. Un cambio de tal envergadura hace necesario -creo- un artículo como este, cuyo objetivo se concreta en dar respuesta a dos cuestiones fundamentales. Primera, determinar el **carácter** o la **naturaleza jurídica de los Letrados de la Administración de Justicia.** Segunda, determinar **su ubicación dentro de la Administración de Justicia.**

Antes de esa auténtica revolución normativa, hubiera sido imposible que se produjera un caso como al que haré referencia. Es un supuesto desgraciado. Todo un síntoma de los problemas que ocasionan las dos cuestiones señaladas, que siguen sin resolverse. Son asuntos que siempre han rondado al Cuerpo de Letrados Judiciales. Ahora, sin embargo, se manifiestan con una virulencia y gravedad tal, que están afectando a la propia estima de sus integrantes. Una especie de neurosis colectiva y depresiva que lleva a cuestionarse su propia existencia/necesidad[2].

I.1 Granada como síntoma.

El caso surgió en Granada, en otoño del 2010 cuando un Abogado –ajeno por completo a lo que desencadenaría- solicitó de una Letrada Judicial de la Audiencia Provincial, la reclamación de sus honorarios en una ejecutoria de un procedimiento abreviado. Lo hizo mediante el procedimiento privilegiado del artículo 242 párrafos segundo y tercero de la Lecrim, la tradicional ***jura de cuentas***.

El cliente del Abogado era el Ayuntamiento de Granada, que había actuado como actor civil en el proceso penal. En la jura de cuentas, el Ayuntamiento se opuso a la reclamación por entender que no era ese el procedimiento ni la jurisdicción adecuada para solucionar la reclamación. Adujo que la relación que tenía con el Abogado reclamante derivaba de un "*contrato de consultoría y asistencia*" entre esa Entidad Local y el Abogado y que, por consiguiente, el conflicto pertenecía a *los ámbitos administrativo y contencioso-administrativo*. De manera que la reclamación de la minuta del Abogado, que ya había sido reclamada en vía administrativa por el mismo y desestimada por acuerdo el Ayuntamiento, caía en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo al tratarse de un contrato de tal carácter según el artículo 5 de la Ley de contratos del Estado.

La Letrada de la Administración de Justicia, dictó decreto resolviendo la reclamación del Abogado y desestimando la oposición del Ayuntamiento

[2] Cuestionamiento que va más allá tanto del abandono con el que han recompensado, los últimos Ministerios de Justicia, la asunción de las numerosas competencias asumidas por el colectivo de Letrados Judiciales; como del secular desfase retributivo con el que se nos menosprecia.

granadino; disponiendo que éste pagase la cantidad reclamada bajo apercibimiento de apremio. La Corporación municipal de Granada, disconforme, planteó a la Audiencia Provincial un requerimiento de inhibición, al entender que la cuestión de los honorarios del Abogado ya había sido resuelta en vía administrativa; solicitando que se suspendiera la jura de cuentas hasta la resolución del conflicto. Esta petición fue rechazada por la Audiencia, mediante auto, planteándose formalmente un conflicto de jurisdicción ante el Tribunal de conflictos de jurisdicción, entre la Corporación Local de Granada y la Audiencia Provincial de Granada.

Dicho Tribunal resolvió el conflicto positivo de jurisdicción en sentencia de 28/9/11. Acordó lo siguiente: *"declarar la improcedencia del requerimiento de inhibición y del subsiguiente conflicto de jurisdicción planteado por el Ayuntamiento de Granada a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, en relación con este procedimiento de jura de cuentas."* Los motivos de este fallo por el que se rechaza el conflicto de jurisdicción son muy relevantes como veremos.

A continuación, el Abogado municipal interpuso recurso contencioso administrativo contra el Decreto de la Letrada Judicial de la Audiencia Provincial por el que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la Diligencia de Ordenación, por la que se inadmite el recurso administrativo interpuesto contra el Decreto de requerimiento de pago al Ayuntamiento por la jura de cuentas –y en el que se rechaza la oposición de la Corporación Local-.

Tal ***recurso contencioso administrativo contra un Decreto dictado en una jura de cuentas de un proceso penal,*** se tramitó en un Juzgado de lo contencioso-administrativo de Granada que dicto auto el 9/2/12 declarando en su parte dispositiva *la falta de jurisdicción de dicho órgano judicial para conocer de la impugnación del Decreto antes dicho.* Añadía el mencionado auto: "*que la cuestión habrá de ser dilucidada ante la jurisdicción civil, por el procedimiento ordinario que corresponda, y sin perjuicio de que las resoluciones que se puedan dictar en el desarrollo del contrato administrativo entre las partes puedan ser recurridas en vía contencioso administrativa".*

Contra este auto, el Abogado municipal interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso del TSJA, solicitando, además, la medida cautelarísima de suspensión del Decreto por el que se ejecutaba la jura de cuentas. El Ayuntamiento de Granada, en cumplimiento del mismo, tras los trámites administrativos oportunos[3] ingresó su importe el 31/5/12 en la cuenta del Abogado que inició la jura de cuentas. Por auto del mismo día 31/5/12, la Sala de lo Contencioso acordó la medida cautelarísima –inaudita parte- y suspendió la

[3] Es decir, por el Interventor General del Ayuntamiento de Granada se acordó la inclusión del importe de la referida minuta en el Presupuesto municipal para el ejercicio 2.012 reconociéndose la obligación de su pago por reunir los requisitos del Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero.

ejecución del mencionado Decreto, así como ofició a la entidad bancaria para que no se abonase al Abogado el importe de la cantidad ingresada por el Ayuntamiento en la cuenta del mismo.

El Abogado de la jura de cuentas interpuso recurso de nulidad contra el mencionado auto del TSJA, que fue desestimado, confirmándose el auto por el que se adoptó la medida cautelarísima. A continuación, el Abogado reclamante interpuso querella criminal por delito de prevaricación judicial contra los tres Magistrados de la Sala, admitiéndose a trámite por el Tribunal Supremo.

Volviendo a la vía contenciosa-administrativa, el Abogado recurrió en reposición el auto por el que se ratificaba la medida cautelarísima. La misma Sala del TSJA desestimó el recurso y, finalmente, dictó sentencia el 14/12/12. En ella estima el recurso del Ayuntamiento de Granada, ***declarando la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer del recurso interpuesto*** –es decir, contra un Decreto dictado en la jurisdicción penal en una jura de cuentas- con devolución de las actuaciones al Juzgado de lo Contencioso de Granada para que sustanciara dicho recurso. Esta sentencia es firme.

No obstante, la posición del Tribunal Supremo en esta materia es por completo distinta, zanjando la cuestión en ATS 6173/2014, que citaremos con literalidad más tarde en el apartado II.5.1.2.B).

I.II. Cuestionamiento de la posición del Letrado de la Administración de Justicia en los Juzgados y Tribunales

Después de este episodio, cuyo resumen ha consumido más tiempo del que puede confesarse y que podría ser objeto de una tesis doctoral, era fácil prever que el cuestionamiento más radical de la figura del Letrado Judicial -en su nueva configuración- iba a producirse sin tardanza. Por un lado, con pronunciamientos doctrinales más o menos rigurosos y/o fundados; después con la artillería irresistible del Tribunal Constitucional, precedida por la infantería de algunas sentencias de otros Tribunales de menor rango.

En relación a los primeros, resultan ilustrativos autores como Andrés de la Oliva Santos[4], Julio Banacloche Palo[5], belicoso como pocos frente a la Nueva Oficina Judicial desde sus inicios, o Mercedes Serrano Masip[6]. Mención aparte

[4] DE LA OLIVA SANTOS, A. Justicia sin jueces (independientes). En: Diario ABC, Madrid, 08/01/2009.

[5] BANACLOCHE PALAO, J. El proyecto de Nueva Oficina Judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?. En: *Diario La Ley*. Madrid, 2009, nº 7251, Sección Doctrina.

BANACLOCHE PALAO, J. Todas las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia son revisables en todas las jurisdicciones: La inevitable extensión de la STC 58/2016, de 17 de marzo. En: *Diario La Ley*. Madrid, 2016, nº 8779, Sección Tribuna.

[6] SERRANO MASIP, M. Supresión de espacios de "inmunidad jurisdiccional" incompatibles con derechos y principios constitucionales. En: *Diario La Ley*. Madrid, 2020, nº 9589, Sección Tribuna.

merecen Javier Yañez Evangelista y Antonio Stefel Moreno, que ¡ya el 12 de mayo de 2016!, hicieron un boceto casi literal de la STC 15/2020.[7]

Creemos necesario glosar, al menos, las posturas jurisprudenciales. Y citaremos, sin ánimo de exhaustividad, dos sentencias muy ilustrativas de esta posición/opción.

a) Sentencia 4/2011 del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 28 de septiembre de 2011, rec. 6/2011. Es la primera resolución de relevancia que articula un argumento que luego se irá extendiendo, sin prisa, pero sin pausa. En esencia es el siguiente: Los Letrados Judiciales tienen naturaleza administrativa y sus actuaciones están sujetas al control que a dicha actividad se otorga, sin que, en ningún caso, pueda residenciarse en zonas limítrofes a la actividad jurisdiccional que se concibe como única y monolítica. Esta tesis surge a propósito del expediente de jura de cuentas. Nos dice el Tribunal de Conflictos que "*...era antes de la Ley Orgánica 13/2009 una actividad jurisdiccional que terminaba por un auto, pero hoy concluye con un decreto del secretario, dictado al margen de toda intervención judicial y no recurrible*." La conclusión que extrae de esta nueva regulación es que "*El expediente de jura de cuentas no sólo ha perdido su carácter jurisdiccional tras la Ley Orgánica 13/2009, sino que incluso podría ser regulado fuera de las leyes procesales. El concepto de jurisdicción no permite ampliaciones periféricas a partir de un núcleo central*". En consecuencia, no puede haber conflicto de jurisdicción en una actividad encomendada a los Letrados de la Administración de Justicia, pues "*Los secretarios judiciales no forman parte del Cuerpo único de jueces y magistrados previsto en el artículo 122.1 de nuestra Carta Magna, ni su estatuto responde a las exigencias ineludibles en relación con los titulares de la jurisdicción".*

b) STS, Sala 3ª, de 8 de mayo de 2015. Es una resolución que no se anda con subterfugios. Con un lenguaje descarnado, ataca a la línea de flotación de las reformas señaladas y pretende conducir a los Letrados Judiciales al redil de una concepción jurisdiccional que se lo queda todo, como la banca de los casinos. Así, llega a afirmar en el fundamento jurídico octavo lo siguiente: "*…Dicho de otro modo, la tramitación procesal no es en modo alguno ajena a la función jurisdiccional. Por eso, aun cuando la Ley Jurisdiccional 29/1998 atribuye a los Secretarios Judiciales*

[7] YÁÑEZ EVANGELISTA, J. y STEFEL MORENO, A. Reflexiones sobre la STC (Pleno) de 17 de marzo de 2016: Bases para la proyección de su Doctrina en el Orden Civil. En: *Diario La Ley*. Madrid, 2016, nº 8760, Sección Tribuna. La página 4 del artículo contiene el siguiente párrafo: *"Así, las medidas ejecutivas concretas que se adopten durante el curso de la ejecución y que excedan de las previstas en el decreto que sigue a la orden general de ejecución no están incardinadas en el supuesto del art. 551.5 LEC. Y puede no haber ninguna actuación posterior ante (ni de) el Juzgado que permita «reproducir la cuestión», sino directamente decreto acordando la terminación del procedimiento (art. 570 LEC). Por tanto, la Sentencia comentada deja una única interpretación posible secundum constitutionem del art. 551.5 LEC: que el recurso directo de revisión allí previsto cabe frente a cualesquiera decretos dictados en el curso de la ejecución acordando las medidas a las que se refiere el art. 551.3 LEC."* **¿De verdad es solo una premonición de la STC 15/2020, o más bien la madre doctrinal y/literal de ésta?**

numerosas e importantes funciones de ordenación e impulso de los procedimientos, siempre queda en manos del Juez o Tribunal reconsiderar o reconducir esa tramitación si considera que es necesario para conformar debidamente el debate procesal que culminará en la sentencia."

Iniciadas las "*hostilidades"* por la jurisprudencia ordinaria, el Pleno del Tribunal Constitucional tomó el relevo en la ofensiva. Estas son sus resoluciones.

a) La STC 58/2016, del Pleno de 17 de marzo de 2016, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del apartado 2 del artículo 102 bis de LJCA, "*pues dicho precepto…incurre en insalvable inconstitucionalidad* ***al crear un espacio de inmunidad jurisdiccional*** *incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial …cercena, como señala el ATC 163/2013, FJ 2, el derecho del justiciable a someter a la decisión última del Juez o Tribunal, a quien compete de modo exclusivo la potestad jurisdiccional, la resolución de una cuestión que atañe a sus derechos e intereses y legítimos, pudiendo afectar incluso a otro derecho fundamental: a un proceso sin dilaciones indebidas. Ello implica que tal exclusión deba reputarse lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva que a todos garantiza el art. 24.1 CE y del principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE)".*

b) La STC 72/2018 del Pleno de 21 de junio de 2018, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 188.1, párrafo primero de LRJS por contradecir el derecho a la tutela judicial efectiva, "*pues incurre en insalvable inconstitucionalidad al crear* ***un espacio de inmunidad jurisdiccional*** *incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial."*

c) La STC 34/2019 del Pleno de 14 de marzo de 2019, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo tercero del artículo 34.2 LEC y del artículo 35.2 párrafos segundo y cuarto de la LEC, "*por vulnerar el artículo 24.1 de la CE, al no permitir los mismos recurso frente al decreto del Letrado de la Administración de Justicia, pues se crea un* ***espacio de inmunidad jurisdiccional*** *incompatible con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, privando a las partes, dada la ausencia de recurso contra el decreto, de instrumentos indispensables para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, como es su derecho a que la decisión procesal del letrado de la administración de justicia sea examinada y revisada por quien está investido de jurisdicción".*

d) ***La STC 15/2020 del Pleno, de 28 de enero de 2020***, -última, de momento- que declaró la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 454 bis.1, párrafo primero de la LEC, por "*vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva pues dicho precepto ha creado un régimen de impugnación de las decisiones de los Letrados de la Administración de Justicia generador de un* ***espacio inmune al control jurisdiccional."***

Es, sin duda, el Tribunal Constitucional el que sistematiza y ordena el malestar que había producido la reforma, que -según dicen los más vehementes- había puesto en entredicho la jurisdicción. Para esta labor se crea *-ad hoc-*, en la sentencia nº 58/16, un nuevo concepto: ***espacio de inmunidad jurisdiccional.*** Servirá de ariete inmisericorde, utilizado - una y otra vez- para cuestionar las nuevas competencias de los Letrados Judiciales por algunos Jueces y sectores doctrinales. El Tribunal Constitucional, no obstante, se guardará mucho de decirlo con esta claridad, muy al contrario. Pero son los hechos -declaraciones de inconstitucionalidad de preceptos legales- los que cuentan y no las buenas palabras.

Los argumentos fundamentales de la tesis sostenida por este sector doctrinal y judicial, en las tres primeras sentencias, fueron los siguientes:

1º. Se muestra conforme el Tribunal con que el Legislador "*opte por **distribuir** la toma de decisiones en el proceso entre jueces y magistrados, por un lado, y letrados de la administración de justicia, por otro. De modo tal que se reserva a los primeros, como es obligado, las decisiones procesales que puedan afectar a la función o potestad estrictamente jurisdiccional, que les viene constitucionalmente reservada en exclusiva (art. 117.3 CE); y se atribuye a los segundos, que asumen la dirección de la oficina judicial, aquellas funciones que no tienen carácter jurisdiccional, lo que incluye dictar las resoluciones procesales que no comportan el ejercicio de la potestad jurisdiccional*."

2º. Pone de relieve -en realidad es el objeto final de todo este asunto- "***el lugar preeminente** que ocupa el juez o tribunal, como titular de la potestad jurisdiccional, con respecto al que corresponde al letrado de la administración de justicia, como director de la oficina judicial, que sirve de apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales (art. 435.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ya que son los jueces y magistrados quienes ejercen en exclusiva la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). De ese modo, en última instancia, debe quedar garantizado que toda resolución del letrado de la administración de justicia en el proceso pueda ser sometida al control del juez o tribunal. Esto constituye una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE, así como en los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (art. 10.2 CE)".*

3º. Proclama que, como consecuencia de esa exigencia, queda "***vedado que el legislador excluya de manera absoluta e incondicionada la posibilidad de recurso judicial contra los decretos de los letrados de la administración de justicia**, ya que entenderlo de otro modo supondría admitir la existencia de un sector inmune a la potestad jurisdiccional, lo que no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva y conduce a privar al justiciable de su derecho a que la decisión procesal del letrado de la administración de justicia sea examinada y revisada por quien está*

investido de jurisdicción, esto es, por el juez o tribunal, lo que constituiría una patente violación del derecho a la tutela judicial efectiva."

Con la cuarta sentencia, se llegó al final de todo el viaje iniciado en el 2016. En efecto, el artículo a laminar, es el 454 bis.1 de la Lecivil. Era un precepto que superaba con creces esos tres argumentos al señalar que: "*contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de* ***reproducir la cuestión,*** *necesariamente, en la primera audiencia ante el tribunal tras la toma de la decisión y, si no fuera posible por el estado de los autos, se podrá solicitar* ***mediante escrito antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvente en ella***"[8].

Se hizo necesario argumentar con más fineza. Así lo hizo el Alto Tribunal en la cuarta sentencia, e introdujo un nuevo argumento. Es el siguiente: "*El que exista un control judicial sobre las resoluciones de los Letrados Judiciales, al poderse someter de una manera real y efectiva a la consideración de los titulares de la potestad jurisdiccional, dentro del proceso, a través de instrumentos o remedios alternativos al régimen de recursos,* ***no es suficiente.***" Para evitar los espacios de inmunidad jurisdiccional era necesario, a juicio del Tribunal Constitucional, atar en corto las resoluciones de los Letrados Judiciales con **un control efectivo**. Y añadió que: "*es preciso descartar la eventualidad de que existan supuestos en los que* ***la decisión del letrado de la administración de justicia excluida por el legislador del recurso de revisión ante el juez o tribunal concierna a cuestiones relevantes en el marco del proceso,*** **que atañen a la función jurisdiccional** *reservada en exclusiva a jueces y magistrados (art. 117.3 CE), a quienes compete dispensar la tutela judicial efectiva sin indefensión que a todos garantiza el art. 24.1 CE*"

Cierra el círculo y expulsa del Ordenamiento Jurídico la posibilidad de que existan resoluciones procesales de los Letrados Judiciales que no sean recurribles directamente ante los jueces, **con independencia de que éstos pudiesen controlarlas por otros medios menos costosos para las partes y, sobre todo, más directos y rápidos**. Lo que resulta toda una paradoja, porque el primer asunto se inició por una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de *dilaciones indebida*s, al exigirse un auto resolutorio de recurso contra el decreto del Letrado Judicial, para que la parte pudiese recurrir en amparo -solución que retrasó el procedimiento abreviado 30/2011 desde el 26 de mayo de 2011, hasta el 17 de marzo de 2016, que debió reiniciarse…¡¡más de **cinco años después!**!-.

[8] Sobre este asunto ya escribí que había posibilidad de esa interpretación para evitar la declaración de inconstitucionalidad, pero que en realidad no era ese el objetivo, en MARTÍNEZ GUERRERO, A. Comentario de la STC de 17 de marzo de 2016 a propósito de la revisión de las resoluciones procesales de los Letrados de la Administración de Justicia. En: *Diario La Ley*, Madrid, 2016, nº 8790, sección Tribuna.

Señalar para finalizar este apartado que, antes de concluir este artículo, el Tribunal Constitucional por providencia de 10 de marzo de 2020, ha acordado admitir a trámite la cuestión interna de inconstitucionalidad número 1231-2020 planteada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en el recurso de amparo núm. 1880-2018, en relación con el último párrafo del artículo 238 bis LECrim., en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por posible vulneración del artículo 24.1 CE, en conexión con el artículo 117.3 CE. ¿Alguien duda del triste destino que le espera?

I.III. Tenemos un problema

La nueva configuración del Letrado de la Administración de Justicia y su encaje en la Administración de Justicia es la gran cuestión que, una parte de la doctrina y la jurisprudencia, ponen encima de la mesa casi desde el inicio de la publicación en el BOE de las leyes del 2009.

Es un asunto sutil, relevante pero que apenas llama la atención en los medios jurídicos. Exige perfilar, lejos de las grandes formulaciones, el contenido concreto de la función jurisdiccional. ¿Qué la integra?, ¿cuáles son los actos que son jurisdiccionales?, ¿qué otros no? De manera que determinemos e identifiquemos, además, otro hecho principal: la existencia dentro de los Juzgados y Tribunales, junto a la función jurisdiccional, de otras funciones que la complementan y la hacen posible, sin que por ello su naturaleza sea administrativa o subalterna -sin entidad propia-.

Teniendo como marco de referencia, es obvio, nuestra Constitución. Pero debiendo quedar muy claro que "***la estructura abierta de la Constitución española supone la necesidad de autolimitación del juez constitucional en su función de control de conformidad de las leyes con el texto fundamental. Aquellos aspectos que el constituyente ha dejado indeterminados no deben ser concretados primeramente por el Tribunal Constitucional, sino por el legislador democráticamente elegido***"[9].

Es decir, nuestra Constitución regula y sostiene un marco normativo lo suficientemente abierto para que quepan en él distintas concepciones. Como no puede ser de otra forma, asumimos que en la actualidad el Tribunal Constitucional ha optado, con rotundidad, por una concepción rígida y muy restringida sobre el concepto de jurisdicción.

No obstante, no renunciamos, todo lo contrario, a: **1º** Defender otra concepción que consideramos mucho más funcional y acorde con la realidad de

[9] SCHNEIDER, J. P. Continencia judicial y estructura normativa abierta del derecho constitucional. En LOPEZ PINA, A. *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1983. Págs. 75-76. En igual sentido P. DE VEGA; en el prólogo a la obra de SCHMITT, C. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983. Págs. 21 y ss.

los Juzgados y Tribunales. **2º** Reclamar y promover que, con tesón, pueda abrirse camino e imponerse tal concepción, como fórmula para mejorar el servicio público de la Administración de Justicia. A eso dedicaremos los siguientes puntos de este trabajo.

II. Nudo

II.1. Espíritu de las Leyes del 2009

Las Cortes General españolas, como representantes del pueblo español en el que reside la soberanía, dijeron en el 2009[10] lo siguiente:

- *"No ha de olvidarse que se trata de técnicos en Derecho* -los Secretarios Judiciales-, *cuya capacitación les permite responsabilizarse de determinadas materias que si bien quedan fuera de la potestad jurisdiccional atribuida con exclusividad a Jueces y Tribunales, no por ello son menos importantes para la buena marcha del servicio público que constituye la Administración de Justicia.*"

- *"Es indispensable que se lleve a efecto la reforma de las leyes procesales de modo que a los Secretarios judiciales les sean atribuidas no sólo las funciones de impulso formal del procedimiento que tenían hasta ahora, sino también otras funciones que les permitirán adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional pero que resultan indispensables para la misma*".

- "*El objetivo primordial compartido en la reforma de todas las leyes procesales es, por tanto, regular la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Secretarios judiciales, por otro.*"

- *"La idea inspiradora de la reforma ha sido la de concretar las competencias procesales del Cuerpo de Secretarios judiciales, configurado como un cuerpo superior jurídico,* ***de modo que salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trate al Secretario judicial****. De este modo, se garantiza que el Juez o Tribunal pueda concentrar sus esfuerzos en la labor que le atribuyen la Constitución y las leyes como función propia y exclusiva: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.*"

- *"La atribución de esas nuevas competencias a los Secretarios judiciales, sin que ello signifique que el Juez o Tribunal pierda la dirección del proceso (artículo 165 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), implica la necesidad de articular un sistema de recursos que permita que el titular del órgano judicial, en determinados supuestos expresamente previstos a lo largo del articulado de las leyes procesales, pueda conocer del recurso interpuesto contra la resolución del Secretario judicial*."

Esa es la voluntad popular que se expresó en una norma con rango de Ley sobre la posibilidad y necesidad de deslindar las actividades que se realizan en

[10] Preámbulo de Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

un órgano judicial. El Juez o Tribunal: juzgar y ejecutar lo juzgado, en el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional y los Letrados de la Administración de Justicia: las competencias procesales que no afecten a la función estrictamente jurisdiccional.

Después de señalar lo transcrito en este punto, el Legislador entró en faena y se dedicó, con mucho detalle, a desbrozar esos principios en las 4 leyes procesales. Diciendo que era jurisdiccional en sentido estricto, competencia de los Jueces y Tribunales; y que era procesal/judicial, competencia de los Letrados de la Administración de Justicia. Atribuyendo a éstos, que asumen la dirección de la oficina judicial, las funciones que no fuesen jurisdiccionales en sentido estricto, lo que incluye el dictado de resoluciones procesales que no tengan este carácter jurisdiccional.

II.2. Reacciones jurisdiccionales y consecuencias procesales: Sinécdoque del Tribunal Constitucional

Así pues, distintas Leyes, de distinto tipo -orgánico y ordinario-, establecieron que ***la jurisdicción no incluye todas las actividades que se realizan en los Juzgados y Tribunales.*** Hay otras que le sirven de soporte y que por decisión del legislador se le atribuyen a los Letrados Judiciales.

A pesar de esa evidente voluntad popular, recogida con claridad por el Legislador en las normas legales ya dichas, la reacción jurisprudencial contra las competencias procesales de los Letrados Judiciales y su separación de lo jurisdiccional, no se hizo esperar. En el apartado I.II. hicimos una recopilación de las mismas. Se pueden citar, además, el fundamento jurídico sexto de la STS 136/18 de la Sala Tercera, Sección Sexta; o el fundamento jurídico octavo de la STS de ocho de mayo de 2015, Sala Tercera, Sección 1ª. Sus pronunciamientos son, con claridad, incompatibles con las reformas iniciadas en el 2003 y culminadas en el 2009. Si fuesen constantes y unánimes, este artículo -incluso- podría tener carácter subversivo.

El Tribunal Constitucional, más fino y respetuoso con la voluntad del Legislador, no ha llegado tan lejos…de momento. En sus cuatro sentencias "***solo***" cuestiona que no quepan recursos directos contra los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia, no sus nuevas competencias. No obstante, en la nº 15/2020 parece que, al fin, formula de manera expresa **el fin último de las mismas.** Lo hace casi de rondón, al proclamar que: "*la función jurisdiccional está reservada en exclusiva a jueces y magistrado", artículo 117.3".* **Pero no es eso, como todos sabemos, lo que dice ese precepto, que habla de Juzgados y Tribunales**.

Lo que si podemos afirmar es que el lío, en la ya farragosa tramitación del proceso civil y su ejecución, que la doctrina de estas sentencias del Constitucional ha introducido, es monumental. A día de hoy, tenemos dos tipos de recursos de revisión contra **todas** las resoluciones de los Letrados de la Administración de

Justicia, con las posibilidades de **dilaciones** que los mismos suponen. El recurso de revisión que se prevé en las leyes procesales; y el recurso de revisión creado, ex profeso, por el Tribunal Constitucional -al que habrá que aplicar las normas generales del primero, en principio-. Pasados 4 años desde la 1ª sentencia del Tribunal Constitucional, estamos a la espera de que el Legislador se pronuncie sobre las decisiones tomadas por aquél que actúa como Legislador positivo, en unas resoluciones que hacen saltar por los aires el equilibrio imprescindible entre su función de control de constitucionalidad y la plena autonomía del Legislador para desarrollar los amplísimos marcos que establecen los artículos 24 y 117 de la CE.

Más allá de las afirmaciones respetuosas con las opciones tomadas por Legislador que, con solemnidad proclama el Tribunal Constitucional - "*En este sentido no puede merecer en principio reproche de inconstitucionalidad la opción tomada por el legislador, en el marco del modelo de oficina judicial que diseñó la Ley Orgánica 19/2003 y desarrolló la Ley 13/2009 y que reafirma la reciente Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio*" -; esta posición jurisprudencial solo resulta concebible en un escenario concreto, con **tres objetivos diferenciados**.

1º. *Hacer inviable el proceso civil y la ejecución* con la regulación actual**,** para abrir paso a la ***contrarreforma*** que liquide la senda iniciada hace ya 17 años. En este sentido, pone al Legislador en graves aprietos, pues si tiene que aceptar la doctrina que el Tribunal impone, es decir admitir el recurso de revisión contra todos los decretos que los Letrados Judiciales -doble recurso, pues éste ya habrá resuelto la previa reposición- dicten, **la dilación** en los procedimientos será más que considerable. Siendo todo un sarcasmo que el origen de esta jurisprudencia sea un recurso de amparo por dilaciones indebidas.

2º. De paso, como expresamente aclara/declara la STC 55/19 de 6 de mayo, Sala Segunda, "***cerrar el acceso al recurso de amparo frente a las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia,*** al tener que recurrirse las mismas con carácter previo al Juez o Tribunal para agotar la vía judicial -vaciando de parte de contenido el artículo 44 LOTC-[11].

3º. Por último, imponer una concepción sobre los órganos judiciales ajena a la realidad. Haciendo doctrina constitucional la extravagante interpretación según la cual los mismos - los órganos judiciales- se integran, en exclusiva, por Jueces o Tribunales. Una **sinécdoque** del Tribunal Constitucional injustificada, con la que expulsa a los Letrados Judiciales de aquéllos, e identifica a uno de sus componentes, el juez, con la totalidad del propio órgano judicial. Entra en franca contradicción con resoluciones del propio Tribunal Constitucional, por ejemplo, la ***STC 155/2011*** y saca a la luz, de paso, toda la desconfianza que la nueva

[11] En este sentido ver el fundamento jurídico 1º de la misma.

configuración de los Letrados de la Administración de Justicia provoca en los miembros del actual Tribunal Constitucional.

II.3 Diferenciación entre lo jurisdiccional y lo judicial

Hemos expuesto, con cierto detalle, los argumentos y justificaciones jurisprudenciales que sostienen una parte del Tribunal Supremo y el actual Tribunal Constitucional, en relación a una concepción de la función jurisdiccional totalizadora, excluyente, radical. Es una postura que sirve de coartada para posturas maximalistas, laminadoras de otra categoría más amplia y hospitalaria: la judicial, en la que se integran la actividad jurisdiccional y la procesal. Es una postura que constituye la avanzadilla, -pone la justificación teórico/doctrinal- de los que pretenden que los Jueces y Tribunales retomen para sí toda la actividad procesal. Desemboca en una concepción administrativa del Letrado Judicial[12] por completo ajena a nuestra tradición jurídica y, sobre todo, a la realidad de los Juzgados y Tribunales.

La posibilidad, en realidad necesidad, de distinguir estas dos categorías tiene sólidos argumentos. **Se debe y se puede separar lo jurisdiccional de lo judicial.** Ésta segunda categoría es más amplia y en ella se engloban las resoluciones jurisdiccionales, pero también las resoluciones procesales que pueden dictar los Letrados de la Administración de Justicia que, además, **forman parte de los órganos judiciales, es decir de los Juzgados y Tribunales.** Sobre este asunto volveremos más adelante -una vez examinadas las funciones de los Letrados Judiciales que son las que justifican esa pertenencia-, en el punto **II.5.**

Las resoluciones que los Letrados Judiciales dictan dentro de un procedimiento judicial no tienen carácter jurisdiccional, **pero tampoco son administrativas -¡no son acuerdos gubernativos!** No pueden estar -de hecho, no lo están- sujetas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, dentro del propio procedimiento judicial en el que se dictan.

Esta tesis conduce a un absurdo de proporciones bíblicas, además de un caos completo en los Juzgados y Tribunales. Así parece haberlo intuido el Tribunal Supremo en la sentencia nº 1781/2018, Sala Tercera, de 17 de diciembre,

[12] La expresa con claridad la sentencia del Tribunal de Conflictos 4/2011 al señalar que: "*Recuérdese, por último, que ni siquiera todas las resoluciones de los jueces y magistrados son jurisdiccionales. Los artículos 244 y 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, distinguen nítidamente entre las providencias, autos y sentencias, de un lado, y los acuerdos, de otro, reservándose esta última denominación para las que tuvieran carácter gubernativo. Los conflictos de jurisdicción solo caben en relación con resoluciones que, además de judiciales, jurisdiccionales*". Distinguiendo solo dos tipos de actuaciones, las jurisdiccionales y las gubernativas.

Con menos rigor técnico y gran crudeza lo expresaba el presidente TSJCM al reclamar, sin tapujos, la recuperación de la gestión de la Oficina Judicial por los propios jueces.

https://www.lasnoticiasdecuenca.es/provincia/rouco-aboga-mantener-partidos-judiciales-frente-despoblacion-46931

Ponente Sr. Sieira Miguez, excluyendo con rotundidad tal posibilidad. Lo hace a propósito de los recursos que pueden terminar revisando las Diligencias de Ordenación dictadas por un Letrado de Justicia con motivo de una petición de copias. Su importancia hace que transcribamos lo que señala en los fundamentos jurídicos 1º y 3º, con literalidad: "*La distinción expuesta en torno a la naturaleza jurídica de la resolución recaída, tiene importancia pues en caso que se determine su* ***naturaleza jurisdiccional*** *únicamente será susceptible de los recursos ordinarios previstos en la Ley procesal correspondiente. Así habría sido entendido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 1 de diciembre de 1998, en la que señala que cuando la parte de un proceso pide, para que surta efecto en e/ mismo proceso, testimonio de unas actuaciones judiciales, la resolución que se dicte sobre esta solicitud tiene carácter jurisdiccional, como integrada en el proceso mismo, y como tal no es susceptible de recurso gubernativo ante órganos de esta clase.*

La actividad en el proceso de los Letrados de la Administración de Justicia es variada y merece ser analizada por separado…. ***Cuando la parte de un proceso pide, para que surta efecto en el mismo proceso, testimonio de unas actuaciones judiciales, la resolución que se dicte sobre esta solicitud tiene carácter jurisdiccional, como integrada en el proceso mismo, y como tal, no es susceptible de recurso gubernativo ante órganos de esta clase.*** *Ni la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional ni el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, órganos de carácter administrativo, tenían potestad para resolver la cuestión de naturaleza jurisdiccional planteada, lo que debió dar lugar a la inadmisión del recurso gubernativo interpuesto.*

El ***principio de mantenimiento de las potestades atribuidas por el ordenamiento a cada uno de los órdenes jurisdiccionales es un principio de orden público procesal****, por lo que no pueden prevalecer frente a él alegaciones de infracción de la tutela judicial efectiva o del derecho a* ***un proceso sin dilaciones indebidas (que no se ha producido, en cuanto se resuelve conforme a Derecho sobre la pretensión hecha valer en el proceso****), conveniencia de evitar en lo que sea posible el llamado peregrinaje de jurisdicciones, o resoluciones dictadas*".

II. 4. La actividad procesal que las Leyes de Procedimiento atribuyen a los Letrados de la Administración de Justicia

Es realizada por los mismos como **cooperadores** de la función estrictamente jurisdiccional; le sirve de soporte integrando con ella la actividad judicial. Hace posible que la jurisdicción se materialice, que salga del mundo platónico de las ideas, donde se concibe y formula. La importancia de la actividad procesal que despliegan los Letrados de Justicia justifica que hagamos una síntesis de las distintas funciones que la integran, poniéndolas al día en los nuevos contextos digitales. Además, nos ayudará a comprender -cabalmente- las afirmaciones que sostenemos.

Antes de ello haremos una precisión previa. Respecto a tales funciones -siguiendo a Moreno Catena[13] -debemos proclamar lo siguiente. ***De la misma forma que el Letrado de la Administración de Justicia no puede pretender ser jurisdicente, tampoco los Jueces o Tribunales, pueden pretender -después de las reformas iniciadas en el 2003- asumir las potestades y funciones que corresponden a los Letrados Judiciales.*** Esta afirmación trae consigo una necesidad inaplazable: la regulación expresa en las Leyes rituarias[14], de las consecuencias que deben derivarse para los supuestos en que sea el Juez quién invade las competencias del Letrado de la Administración de Justicia. Tales competencias no están sujetas al principio de quién puede lo más puede lo menos, pues no es una relación de jerarquía la que los vincula, si no de colaboración con funciones y competencias distintas.

II.4.1. La fe pública judicial y la documentación

A) Ambas funciones se ejercen de manera conjunta, aunque son diferentes. Puede haber documentación en los procedimientos judiciales sin fe pública judicial; de hecho, buena parte se realiza sin la misma. Sin embargo, siempre que se ejerce la fe pública judicial, se recoge y plasma mediante la actividad de documentación que incorpora. Esa documentación fideizante es la reservada para las actuaciones procesales de mayor enjundia.

Sin ánimo de profundizar demasiado, podemos señalar que **documenta**r *es la actividad por la que se describe o recoge en un documento* -escrito, sonoro o de imagen- *analógico o digital, un objeto, hecho o acto*. Cuando se realiza en un procedimiento judicial, tales objetos, hechos o actos se documentan porque tienen transcendencia para el mismo. Además, en determinados casos -los más relevantes- por su importancia la documentación la lleva a cabo el Letrado Judicial ejerciendo la fe pública judicial, con lo que se garantiza su autenticidad e integridad. Las dos funciones -documentación y fe pública judicial- vienen reguladas con carácter general en los artículos 453 y 454 de la LOPJ. Se diferencian, con nitidez, de la función de documentación del personal de la Oficina Judicial regulada en la LOPJ artículos 476, para los Gestores Procesales; y sin explicitar, pero de forma implícita en los artículos 477 y 478 para Tramitadores Procesales y Auxilios.

[13] MORENO CATENA, V. M. *La fe pública judicial y la publicidad en la LOPJ*. II Jornadas de la Fe publica Judicial, Alicante, 1986. Pág. 34.

[14] Siguiendo el ejemplo del artículo 225.6º Lecivil, pero a sensu contrario. Cuando se introdujo dicho artículo, con la Ley 13/2009, era el comienzo de la nueva andadura del Letrado Judicial y el aumento de sus competencias. En esa situación, resultaba comprensible que hubiera prevenciones a que, por el mismo, se invadieran competencias jurisdiccionales en sentido estricto. Después de estos once años, la realidad se encarga –a diario- de mostrar lo injustificado de ese miedo y, por contra, ***la necesidad de evitar justo lo contrario.***

Con el fin de evitar confusiones -propias de la novedad-, haremos tres precisiones en relación a la ***documentación de los juicios o vistas*** que se celebran mediante presencia telemática, las populares televistas.

La **decisión** de cómo se celebra un juicio, vista o cualquier tipo de actuación judicial, con todos los intervinientes presentes, o de manera telemática, le corresponde tomarla al que dirige o preside el acto. Normalmente el Juez, pero también los Letrados de la Administración de Justicia, como ocurre con las subastas judiciales o los actos de conciliación. Hay una excepción relevante, la presencia, física o telemática del Letrado de la Administración de Justicia es una decisión que escapa del ámbito de competencias del Juez. Le corresponde a los Letrados Judiciales, en exclusiva, debiendo tomar la decisión según las circunstancias del caso concreto y atendiendo a los criterios marcados por las Leyes de enjuiciamiento, artículo 147 Lecivil por todas las jurisdicciones.

No debe confundirse documentar el acto con fe pública judicial, con que el acto se grabe. La grabación del juicio o vista corresponde decidirlo al que preside el acto, si bien esa decisión está sometida al imperativo legal del artículo 147, párrafo primero de la Lecivil que establece la obligación de registrarlas -siempre- en sistemas aptos para la grabación y reproducción del sonido y la imagen. Para que esa grabación material -y puramente tecnológica- se constituya en acta documentadora del acto judicial *secundum legem*, es necesario un plus. Una cualidad de garantía y autenticidad que solo aporta la intervención del Letrado de la Administración de Justicia mediante el ejercicio de la fe pública judicial. Esa intervención debe hacerse con respeto escrupuloso de los mandatos legales contenidos en los artículos 146 y 147 Lecivil -en penal 743 Lecrim-. Y se lleva a cabo por los Letrados Judiciales con completa independencia, sin que en tal extensión puedan recibir instrucciones de ningún tipo -de superiores jerárquicos o jueces-. **Son las actas judiciales** -en sus cuatro variantes- **las que documentan los juicios y vistas**; pueden ser audiograbadas pero no tienen porqué serlo. De manera que: **a)** Será el juez quién decida si las partes o sus abogados asisten al juicio o actuación que sea por medios telemáticos -Certius, Webex, Zoom, etc-. **b)** Es la ley la que ordena que se grabe, aunque el que preside el acto puede acordar que no se grabe cuando haya razones fundadas para ello. Y **c)** es el Letrado de la Administración de Justicia quién decide qué tipo de acta judicial debe utilizar para que el acto se documente conforme a los mandatos legales.

La celebración de los actos procesales mediante presencia telemática, exige que los Juzgados y Tribunales **tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello,** artículo 14.1 Ley 3/2020**.** Este mandato supone no solo que exista la posibilidad técnica para que puede llevarse a cabo, eso no era necesario señalarlo, es obvio. Incluye la exigencia de que tales medios sean los necesarios para que el acto pueda celebrarse y documentarse ***con las garantías que las Leyes***

de procedimiento exigen, lo que incluye la protección de los derechos de los intervinientes. Así expresamente lo recoge el artículo 14.5 de la Ley 3/2020. Entre ellos el del artículo 18.4 CE, como luego veremos. Esto es algo que con gran asiduidad se tiende a soslayar/olvidar, con clara vulneración del artículo últimamente citado, por parte de quienes son los que están llamados a garantizarlo. Paradoja frente a la que los Letrados de la Administración de Justicia debemos posicionarnos, con claridad, en el ejercicio de nuestras competencias fideizantes.

Este posicionamiento constituirá un claro ejemplo de nuestra defensa de las garantías procesales. El compromiso de los Letrados de la Administración de Justicia con la tecnología y los avances telemáticos está fuera de toda duda, como luego señalaremos. Pero eso no es obstáculo para que defendamos algo elemental: su utilización está condicionada a que sean compatibles con la protección de los derechos más básicos de los ciudadanos. Esto es lo que, por otra parte, nos exige las leyes, a nosotros y al resto de operadores jurídicos[15]. Algunos -o muchos de esos operadores jurídicos- pretenden ampararse en las urgencias y carencias de la Administración de Justicia para abrir las puertas, de par en par, a unas empresas de tecnología que tienen como principal objetivo el beneficio económico. Es fácil decir sí y vestirse de moderno, lo complicado es explicar lo que hay detrás de todo ello.

B) Es el ***ejercicio de la potestad de la fe pública judicial*** lo que caracteriza al Letrado de la Administración de Justicia, va en sus genes orgánicos y justifica -en buena medida- su formación de jurista. También exige que se la rodee de un marco normativo que la preserve con las garantías y principios que necesita, como hace la actual LOPJ. Su evolución, como la del propio Letrado Judicial, discurre pareja a la misma Administración de Justicia. Veamos de **dónde viene,** pero sobre todo **hacia dónde se dirige.**

La vieja y venerable fe pública judicial, se caracterizaba por: **a)** la presencia física del Letrado Judicial en el acto -viendo y oyendo lo que ocurre sin intermediación alguna-; **b)** plasmación en papel -de manera autógrafa o por medios mecánicos- de lo percibido por el mismo; bien directamente, bien por dictado al personal auxiliar y **c**) firma autógrafa que cerraba y garantizaba el acta o diligencia extendida.

El nuevo milenio trajo consigo una nueva fe pública judicial. Podríamos llamarla 3.0 dada la influencia en la misma de la informática; preferimos, sin embargo, el de ***fe pública judicial*** y ***digital***. Se gesta en el año 2003 con la LO 19/2003 y vino al mundo con las reformas procesales de la Ley 13/2009.

[15] En este asunto será de mucho provecho la lectura de la Resolución de la AEPD de 07-10-2020 en el Procedimiento sancionador 160/2019 en el que se condena a una parte por difundir el video de un juicio que se le había entregado legalmente en la Oficina Judicial. En concreto el fundamento de derecho III.

Sus características mutan y ahora: **a)** la presencia física del Letrado Judicial en Sala ya no es imprescindible; **b)** la plasmación de lo acontecido se recoge en videograbaciones digitales –como regla general-; y **c)** la firma electrónica cierra y garantiza el acta videograbada. Fijaremos nuestra atención en varios aspectos de las **nuevas características**:

1º. La discusión doctrinal sobre si es posible que sin estar físicamente presente el Letrado de la Administración de Justicia, pueda haber fe pública judicial, ha quedado superada por las posibilidades tecnológicas que se ponen a su disposición[16].

Hemos de convenir que las posibilidades técnicas permiten que, a efectos de fe pública -nosotros no tenemos que valorar lo que acontece, como el personal jurisdicente que, parece, reclama tener a las partes cerca para percibir gestos o incluso olores que le ayuden a decidir-, los sistemas de videograbación ***nos dan la posibilidad de ver y oír lo que ocurre en un acto judicial***, sin estar sentado físicamente en los estrados. Además, con sistemas como el Arconte Aurea[17], en tiempo real y con control inmediato de la documentación electrónica de lo celebrado.

2º La videograbación es un sistema de plasmar lo que ocurre en la actuación judicial, mucho más fidedigno -y completo- que los resúmenes escritos de las actas extensas extendidas con la tradicional fe pública judicial.

3º Con ambas premisas, la conclusión sobre la nueva fe pública judicial y digital es que la misma se integra no solo por la plasmación de lo que acontece en el acto judicial, componente que requería de unos conocimientos jurídicos importantes para saber discriminar lo que tenía o no trascendencia jurídica. En la actualidad ***agrega un elemento nuevo***: la garantía de autenticidad e integridad del documento electrónico. Este elemento lo incorpora el depositario exclusivo de la fe pública judicial tradicional, mediante la incorporación a dicho documento digital de la firma electrónica.

Este nuevo vector, es evidente, requiere -en principio- de menos conocimientos jurídicos -que son los propios de los Letrados Judiciales-; ***pero no por eso debe escapar de la órbita de la fe pública, sino todo lo contrario***. Dentro de las funciones de los Letrados de la Administración de Justicia, está la custodia de los procedimientos de manera que, en el caso de las actas y diligencias electrónicas, la especialidad que comportan su nueva forma de extensión, ***hace***

[16] Posibilidad que, en la actualidad, resulta avalada por las nuevas circunstancias impuestas con la pandemia del Covid-19 y la legislación que le acompaña. El artículo 14 de la Ley 3/2020, impone la presencia telemática para los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas, eso sí siempre que haya los **medios técnicos necesarios** para ello.

[17] https://www.juntadeandalucia.es/organismos/turismoregeneracionjusticiayadministracionlocal/actualidad/noticias/detalle/230892.html

necesario que el control de la firma electrónica y el control del documento electrónico, se desgajen de la función de custodia/conservación, para integrase en la de documentación y concomitante fe pública judicial.

La necesidad se cimenta, fundamentalmente, en que es el Letrado Judicial **el único que pueda hacer frente a las garantías de certeza** que las nuevas actas electrónicas exigen, para seguridad de las partes y Tribunales. En una doble vertiente. La primera la ***del control del acta judicial*** electrónica. Es decir, ***quién*** y ***cómo*** guarda la misma. De la resolución acertada de esta cara del asunto, dependerá que quede resuelto también el grupo de cuestiones que pueden surgir entorno a la posible alteración del acta judicial electrónica. Las formas para realizar dicha alteración, con el nuevo formato, se han multiplicado. Cuando se recogían en formato papel, solo nos enfrentábamos al raspado y poco más. En digital la cosa se complica. Puede que, sin variar el original, se utilice un programa que lea los 0 y 1 - que recogen la información- de manera distinta a como los contiene el soporte de sílice. El resultado sería muy similar al que obtendríamos de leer el acta con unas gafas trucadas. También puede ocurrir que se falsifique el documento, en términos clásicos, es decir que alteran las secuencias de 0 y 1; en este caso ya no habrá forma de leer nunca más el documento auténtico porque queda alterado. Existe, también, una tercera posibilidad: que se presente una copia como verdadera pero que no lo es porque no corresponda al acto documentado.

La **segunda**, tiene gran relevancia a día de hoy. Se trata, además, de ***garantizar*** con su buena gestión ***un derecho de nueva generación, el de la protección de datos frente al uso de la informática*** del artículo 18.4 CE[18]. En primer lugar, evitando que accedan a la misma ojos que no están autorizados -quién, cómo y cuándo tiene acceso al expediente judicial electrónico, como señalaremos al analizar la función de custodia-. Y, con igual relevancia -sino más- evitando que el llamado capitalismo de la vigilancia[19], tenga acceso a los datos y metadatos que las actas y diligencias electrónicas contienen. Lo que hace que debamos conectarlo, sin solución de continuidad, con la fe pública judicial, como veremos a continuación.

Y esto solo será posible si ese ***control exclusiva y excluyente*** de las actas y diligencia electrónicas, que conlleva decidir quién accede a la misma y como se

[18] España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 94/1988 y núm. 292/2000.

[19] SHOSHANA ZUBOFF. *La era del capitalismo de la vigilancia*. Barcelona: Paidós. 2020. *"Los verdaderos clientes del capitalismo de la vigilancia son las empresas que comercian en los mercados que éste tiene organizados acerca de nuestros comportamientos futuros… actúa por medio de unas asimetrías de conocimiento sin precedentes, y del poder que se acumula con ese conocimiento. Los capitalistas de la vigilancia lo saben todo sobre nosotros, pero sus actividades están diseñadas como lo están, para que no puedan ser conocidas por nosotros. Acumulan montañas ingentes de nuevos datos extraídos de nosotros, pero no para nosotros. Predicen nuestros futuros para el beneficio de otros, no para el nuestro.*

hace, **se separa de la función tradicional de custodia** -cuasi gubernativa y sometida a otros principios que veremos en el punto II.4.4- y ***se residencia en la fe pública judicial, rodeada de las garantías de independencia y exclusividad que sólo ella tiene.*** Otra cosa, supondría que la garantía de autenticidad e integridad que contiene el acta/diligencia videograbada y firmada electrónicamente con fe pública, ***quedara fuera de la única potestad del Letrado Judicial que es ajena a intromisiones o mandatos externos y que lo convierten en integrante del Juzgado o Tribunal***.

C) Pues bien, la fe pública judicial -antigua y nueva-, en todo caso, conforme a los artículos 452 y 453 LOPJ se ejerce con exclusividad y plenitud por los Letrados de la Administración de Justicia con el carácter de autoridad y con sujeción a los principios de ***legalidad, imparcialidad, autonomía e independencia.***

En lo que aquí nos interesa, debemos destacar **la independencia**. Este principio es el máximo exponente, definidor y diferenciador, del Letrado Judicial en relación a los demás integrantes de la Oficina Judicial. Ninguno de ellos tiene funciones que estén garantizadas con el principio de independencia en su ejercicio. Eso es consecuencia de su configuración como potestad que forma parte -no nuclear pero integrante de la misma- de la función jurisdiccional concebida en su sentido amplio, imprescindible para que pueda ejercerse y materializarse -como ya se ha dicho-. Lleva aparejada las responsabilidades, incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones previstas en los artículos 445 y 454 de la LOPJ, idénticas a las de Jueces y Tribunales, con la sola excepción de la afiliación sindical o política previstas en el artículo 395 LOPJ.

Este componente -transcendental- de la fe pública tiene rango de "***ley orgánica***", -no siempre fue así, antes del 2003 solo se recogía en el ROCSJ de 1988-. A propósito de la misma, nos dice Almagro Nosete que: "*la independencia constituye la esencia misma de la función fideizante, en cuanto supone una inmunidad en la actuación que atañe a los cometidos sustanciales de la fe pública sobre la que debe proyectarse la ausencia de injerencia de otros poderes. Si la fe pública judicial está prevista como instrumento garantizador, controlador de la actividad jurisdiccional, en ningún caso como instrumento de seguridad y cobertura para la defensa del elemento decisor (Juez), es evidente que nunca puede estar presionada o mediatizada por nada, ni por nadie*"[20].

Debiendo destacarse que el artículo 465.5 LOPJ, para proteger este ejercicio de la fe pública judicial, señala: "*Es competencia de los Secretarios de Gobierno. Dirección y organización de los letrados de la Administración de Justicia que*

[20] ALMAGRO NOSETE, J. y OTROS. *Derecho Procesal. Parte General, Tomo. 1, Volumen. 1*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. Pág. 66.

*de él dependan, **respetando y tutelando su independencia en el ejercicio de la fe pública**.*"

II. 4.2. La ordenación de los procedimientos y el impulso procesal

Ordenación del procedimiento e impulso procesal son dos conceptos con una conexión íntima. En efecto, con la ordenación se impulsa el procedimiento, pero a su vez, al impulsarlo se ordena. Para desentrañar este aparente juego de palabras haremos las siguientes puntualizaciones.

- **Impulso procesal**. Es la actividad que tiene por objeto hacer avanzar los procedimientos en sus distintas etapas o fases conduciéndolos hacia su término. Puede atribuirse a las propias partes, es el impulso de parte. O al mismo órgano judicial, es el impulso de oficio. La Lecivil, en su artículo 179.1 señala que: "*Salvo que la Ley disponga otra cosa, el Letrado de la Administración de Justicia dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto las resoluciones necesarias*". La concreción/materialización de este impulso procesal, que la Ley atribuye al Letrado Judicial, se realiza a través de la ordenación procesal que pasamos a ver.

- **Ordenación.** La serie de actos que constituyen el proceso se realizan con un orden. Este orden es el que preestablece la Ley y da lugar a una actividad, la ordenación de los procedimientos que consiste en la realización de los actos que marca la Ley en el inicio, desarrollo y fin de los mismos de acuerdo con la finalidad que tiene cada uno.

La actividad de ordenación se lleva a cabo a través de las resoluciones que dictan los Jueces o los Letrados de la Administración de Justicia. Providencias, autos y sentencias, aquéllos. Diligencias de ordenación y decretos, éstos. Las competencias de los Letrados Judiciales para esta actividad de ordenación la marca el artículo 456.6 de la LOPJ que establece: *"Los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias: a) Ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados. b) Jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer. c) Conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia. d) Tramitación y, en su caso, resolución de los procedimientos monitorios. e) Mediación. f) Cualesquiera otras que expresamente se prevean*".

Hasta aquí todo está claro. Pero el asunto se complica -mucho- cuando se introduce dos nuevas categorías dentro de la actividad de ordenación: la material y la formal. Antes de que la LOPJ se reformara por la LO 19/2003, el artículo 288 señalaba que: "*corresponderá a los Secretarios dictar las diligencias de ordenación, que tendrán por objeto dar a los autos el curso ordenado por la ley e impulsar **formalmente** el procedimiento en sus distintos trámites de conformidad con las Leyes procesales".* El actual 245.1. a) establece que se denominan providencias: "*cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso*".

Tradicionalmente se viene señalando que la ordenación formal hace referencia al procedimiento y la material al proceso. Siendo el procedimiento el conjunto de actos por los que discurre el proceso, la ***ordenación formal*** se integra por aquella actividad procesal en relación a trámites del procedimiento cuyo contenido está fijado por la Ley. La ***ordenación material***, por contra, se integra por todos los actos procesales cuyo contenido no está fijado legalmente, sino que ante diversas alternativas debe elegirse una, tomando una decisión. En resumen, las diligencias de ordenación siempre han de tener un contenido positivo, mientras que las providencias pueden ser también negativas y rechazar una o varias de las alternativas legales. Por ello, la providencia será la resolución adecuada cuando se trate de cuestiones procesales que requieran una decisión judicial y no cuando la única solución legal sea la prevista en la Ley, esto es, que no quepan alternativas, lo que querrá decir que estamos ante un supuesto de ordenación formal del proceso que debe resolverse a través de la correspondiente diligencia de ordenación.

Toda esa doctrina, que supone darle un carácter cuasi burocrático a la labor procesal de los Letrados de la Administración de Justicia, **quedó en agua de borrajas con la nueva LEC.** En el año 2000, el Legislador señaló en su Exposición de Motivos lo siguiente: "*la Ley atribuye la **ordenación formal y material del proceso**, en definitiva, la**s resoluciones de impulso procesal**, a los Secretarios Judiciales, indicando a lo largo del texto cuando debe dictarse una diligencia de ordenación a través del uso de formas impersonales, que permiten deducir que la actuación correspondiente deben realizarla aquellos en su calidad de encargados de la correcta tramitación del proceso*".

Conscientes de las nuevas competencias de los Letrados Judiciales y sus funciones, en la reforma de la LOPJ del 2003, el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado presentó la Enmienda de Adición nº 434, para que el artículo 452.1 de la LOPJ dijera: *"Los Secretarios Judiciales desempeñarán sus funciones con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad en todo caso, a los de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial y de las funciones procesales que las leyes les atribuyan, así como a los de unidad de actuación y dependencia jerárquica en todas las demás que les recomiende la presente Ley, las normas de procedimiento respectivo, así como su Reglamento Orgánico.» JUSTIFICACION. Dado que los Secretarios Judiciales tienen funciones resolutorias o decisorias procesales --artículos 206 y 545.4 LEC--, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica son incompatibles con la naturaleza de una función que debe calificarse como de dirección procesal. Los principios de autonomía e independencia deben regir en materia de fe pública y funciones de dirección procesal, mientras que los de unidad de actuación y dependencia jerárquica sólo serían aplicables en las atribuciones relativas a medios personales y materiales. En lo demás la modificación se debe a una mejora técnica para garantizar la independencia de la función".*

La citada enmienda no prospero. Lo que supuso que las nuevas -e ingentes- atribuciones que, no obstante, se le atribuyeron a los Letrados Judiciales a partir del 2003, ***tuviesen un marco normativo bastante menos claro y generador de un campo procesal tan embarrado como el que hoy tenemos.*** En esta situación, es fácil comprender que la concreción de los principios expuestos en la Exposición de Motivos transcrita resulte endiablada. Las Leyes de Procedimiento -con excepción de la Lecrim *que no es de este mundo, aunque no deje de aplicarse al mismo*- en esta labor de concreción, han utilizado la técnica de pormenorizar, sobre todo, cuando es necesario una providencia; y en menor medida cuando una diligencia de ordenación -pues como se ha dicho, se utiliza la forma impersonal para hacerlo-[21].

La dificultad no solo es normativa, sino también **orgánica**. Es imprescindible resaltar -se suele olvidar muy a menudo- la importancia de este enorme y parece que invisible obstáculo. En efecto, todo este nuevo entramado procedimental se concibió para ser desarrollado y aplicado en una estructura judicial bien distinta: **la Nueva Oficina Judicial.** En la misma, los Juzgados y Tribunales están organizados en Unidades Procesales de Apoyo y Servicios Comunes -especial relevancia tiene en esta materia el de Ordenación Procesal-. En ausencia de la NOJ, las Leyes Procedimentales y su nuevo reparto de funciones, transitan con grandes dificultades por estructuras añejas para las que no estaban diseñadas.

En conclusión, las zonas de colisión/fricción son muy numerosas y el desarrollo de ese nuevo entramado procesal se está realizando con un sobreesfuerzo de los Letrados de la Administración de Justicia, teniendo no ya a su lado, sino **enfrente** las viejas estructuras judiciales, la falta de medios tecnológicos y sistemas de gestión procesal poco adecuados. No es de extrañar que en estas circunstancias prosperen, incluso, los recursos de amparo. Un ejemplo reciente lo tenemos en la STC 49/2020, de 15 de junio. En la misma el Tribunal Constitucional, hace juegos malabares para admitir y tramitar un recurso de amparo frente a una Diligencia de Ordenación, que como dijimos era uno de los objetivos a evitar con la STC del 2016, pero la realidad de los Órganos Judiciales y el dictado de incontables Diligencias de Ordenación para impulsar materialmente los procedimientos -que en otro caso tiritan bajo el polvo en las mesas de la Oficina Judicial-, termina imponiéndose[22].

II. 4.3 La comunicación y cooperación judicial

A) Los actos de comunicación. Las resoluciones del Juez o Tribunal y del Letrado de la Administración de Justicia en un proceso están destinadas, por su

[21] Por ejemplo, los artículos 17 y 560.2º Lecivil.

[22] Ejemplo de ello es la STC 49/2020.

propia naturaleza, a ser comunicadas a sus destinatarios. Se trata, en resumen, de poner en conocimiento de alguien el contenido de esa resolución. Tal objetivo se lleva a cabo mediante los actos de comunicación. Sus clases vienen determinadas en el artículo 149 Lecivil con carácter general.

Es una actividad procesal de gran importancia. Conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, la correcta comunicación de las resoluciones judiciales forma parte del derecho de las partes a la tutela judicial efectiva. De la realización adecuada de tales actos depende el desarrollo normal del proceso. Es por eso que se insertan en la propia ordenación del mismo, con la consecuencia de que han de **realizarse bajo la dirección del Letrado de la Administración** de Justicia, que será responsable de la adecuada organización del servicio, de acuerdo con el articulo 152.1 Lecivil.

B) Cooperación Judicial. En el ejercicio de sus funciones, los órganos jurisdiccionales puede que necesiten el auxilio de otros órganos jurisdiccionales. Esta petición de auxilio hace que se tengan que producir actos de comunicación entre ellos. La Lecivil impone, en el artículo 169.1, a los Tribunales civiles la obligación de prestarse reciproco auxilio en las actuaciones que, habiendo sido ordenadas por uno, requieran la colaboración de otro para su práctica. Como actos de comunicación **se realizan bajo la dirección de los Letrados Judiciales y son parte de sus funciones,** con independencia del contenido de la cooperación solicitada que pueda consistir en una actuación jurisdiccional atribuida a Jueces o Magistrados.

La organización y desarrollo de los actos de comunicación y cooperación judicial son funciones tradicionalmente atribuidas a los Letrados de Justicia. Tras las reformas del 2003, además, se les atribuyeron incluyendo **la dirección** de ambas. Quedando configuradas como **actividad procesal no jurisdiccional en sentido restringido.** Su asunción completa por parte de los Letrados Judiciales no ha supuesto ningún problema en relación al objeto de este trabajo, por lo que no es necesario detenernos más en ellas.

II. 4.4 La conservación y custodia de autos

Dice la RAE, acepción cuarta, que ***conservar*** es la actividad que consiste en guardar algo con cuidado; además en su primera acepción añade que supone preservar su integridad. Por su parte, la misma institución, define el término ***custodiar*** de igual manera: guardar algo con cuidado. Son pues, dos actividades íntimamente ligadas y cuasi sinónimas que, trasladadas a la Administración de Justicia se atribuyen al Letrado de la Administración de Justicia en los artículos 458 LOPJ, 148 Lecivil, 1.2, 6 y 9.1 del RD 937/2003 para la modernización de los Archivos Judiciales.

Estas dos funciones están muy ligadas a la ya vista de la documentación con fe pública judicial, dando aquí por reproducido lo dicho a propósito de la

misma y la *accesión* que aquélla está realizando sobre algunos aspectos de la custodia. Suponen una **fuente** de ***responsabilidad de rigurosidad extrema*** para los Letrados de la Administración de Justicia, artículo 468 bis LOPJ. Antes de las reformas del año 2003 y ss. la normativa que regulaba la forma y medios con los que llevarlas a cabo era casi inexistente, o muy anticuada[23]; más allá de los artículos señalado sobre competencia y régimen disciplinarios. Era el sentido común y los *usos foris* los que se encargaban de llevarla a cabo, además de las posibilidades materiales de las que se dispusiera en cada Juzgado o Tribunal.

En la actualidad, hay alguna normativa más[24]. Sin embargo, las posibilidades de ejercerlas, con las actuaciones digitales, son tan menguadas que constituyen una broma -de muy mal gusto- los preceptos dichos. Un botón de muestra servirá para hacerse una idea cabal de la situación. Las distintas Leyes Procesales ordenan que el Letrado de la Administración de Justicia ***deberá custodiar el documento electrónico*** que sirva de soporte a la grabación, en relación a las actuaciones orales, vistas grabadas y documentadas en soporte digital -del que las partes podrán pedir copia-. En los expedientes tradicionales, integrados por documentos en formato papel, la realidad física de los mismos estaba claramente delimitada y era posible que el Letrado Judicial pudiera conservarlos y custodiarlos en los Archivos de Gestión de su Oficina Judicial o Territorial.

El expediente judicial electrónico -EJE-, es otra realidad completamente distinta. En el mismo - cuando llegue a entrar en vigor, ¡quién pudiera verlo!- o en los expedientes judiciales actuales, un totum revolutum integrado de documentos en papel, digitales y audiovisulales cuya ordenación y control supone un desafío constante e imposible, los originales de los documentos electrónicos, incluso sus copias no incorporadas a un CD o DVD, se encuentran alojadas en los servidores del Ministerio de Justicia -o de las CCAA con competencias asumidas-, ubicados en lugares físicos o digitales (nube) de los que nada sabemos los Letrados de la Administración de Justicia.

En tal situación, las funciones de custodia y conservación atribuidas por Ley Orgánica a los Letrados de Justicia sobre los expedientes judiciales -sean en papel o electrónicos, la ley no distingue-, son pura quimera. No hay disposiciones normativas que regulen y expliquen cómo se lleva -o debe llevar- a cabo la custodia y conservación de un expediente judicial electrónico o mixto. Por no

[23] España. Real Decreto de 29 de mayo de 1911, la Real Orden de 12 de agosto de 1911, del Ministerio de Gracia y Justicia; la Orden de 29 de marzo de 1937, de la Presidencia de la Junta Técnica del Estado, sobre expurgo de legajos y documentos y la Orden de 8 de abril de 1937, de la Comisión de Justicia, sobre expurgo de documentos en los archivos judiciales.

[24] España. Real Decreto 937/2003, de 18 de julio, de modernización de los archivos judiciales.

existir, no hay, ni tan siquiera, programas informáticos que gestionen los Archivos Judiciales o normativa al efecto.

Es evidente que los Letrados Judiciales no podemos tener responsabilidad alguna en la custodia y conservación de un expediente judicial que no tenemos bajo nuestra esfera posesoria, sino todo lo contrario. La excepción que se prevé en el artículo 458.1 LOPJ en relación a los expedientes que estén en poder del juez o magistrado ponente, ya no es excepción ***es la norma general***. Pero hay algo de mayor gravedad. Tampoco podemos ejercer otra de nuestras funciones tradicionales: ***velar por cuándo, cómo y quién accede a ese expediente electrónico.*** Es una función procesal y judicial que nace de la función de custodia, artículos 141 y 141 bis Lecivil[25]. En igual forma, la propia Administración prestacional **la ha expropiado** a los legalmente responsables, los Letrados de Justicia, asumiéndola por la vía de los hechos. Actualmente no podemos saber ni garantizar, que personas físicas o jurídicas acceden a los expedientes judiciales electrónicos o mixtos, con qué objeto lo hacen y que datos -muchos de ellos personales- pueden extraer de los mismos.

Para poder desarrollar las funciones señaladas, con las garantías que nos exigen la LOPJ, los Letrados de la Administración de Justicia necesitamos que los expedientes judiciales se gestionen en un nuevo tipo de Servicio Común General -de alcance provincial, autonómico o estatal, es algo que habrá que determinar- integrado en la Oficina Judicial y bajo su dirección. Mientras eso no ocurra los preceptos de la LOPJ y las Leyes de Enjuiciamiento están en una especie de limbo legal, al que nadie quiere asomarse. Sostenidos, a duras penas, por una firma electrónica del Letrado Judicial que solo garantiza una integridad y autenticidad primaria.

II.4.5 Un nuevo espacio de inmunidad judicial

El colofón de todo ello es que la ***fe pública judicial y digital***, como potestad atribuida a los Letrados de la Administración de Justicia, en cuyo seno debemos integrar la custodia de la documentación judicial electrónica y el derecho del artículo 18.4 CE de protección de datos -como ya hemos señalado en el punto II.4.1-, está en gravísimos aprietos. En esta materia, ***sí que nos encontramos ante un claro supuesto de "espacios de inmunidad jurisdiccional/judicial"***, al que el Tribunal Constitucional podría dedicar sus mejores esfuerzos. Al expulsar al Letrado de Justicia, que forma parte esencial del Juzgado o Tribunal, del **control** -acceso, custodia y conservación- de los expedientes judiciales electrónicos, ***se está permitiendo que los mismos sean ajenos a la Administración de Justicia en***

[25] Función que, como acabamos de decir, se desgaja de la custodia y se residencia en la fe pública judicial y digital pues necesita de los principios que garantizan a ésta para su correcto ejercicio.

sentido estricto. La función jurisdiccional amplia, o su sinónimo judicial, queda por completo al margen. Se favorecen, así, no ya espacios de inmunidad judicial sino universos completos de tal inmunidad, en los que las funciones judiciales del Letrado de la Administración de justicia son un punto muy distante, en una galaxia muy lejana[26].

II.5. El Letrado de la Administración de Justicia como integrante de los Juzgados y Tribunales

II.5.1. Los Juzgados. Tribunales: órganos para el ejercicio de la potestad jurisdiccional

Nos hubiéramos ahorrado muchos problemas -y mucha literatura jurídica- si el artículo 117 de la CE diera una definición de lo que son Juzgados y Tribunales, pero no lo hace. Sí que dice dos cosas claras y diferenciadas. En el párrafo 1º al proclamar que: "La *justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por* ***Jueces y Magistrados*** *integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*". En el párrafo 3º al establecer que: "*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los* ***Juzgados y Tribunales*** *determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*."

Sobre estas bases podemos afirmar, con rotundidad, al menos que:

1º. Jueces y Magistrados son una realidad distinta y diferenciada de Juzgados y Tribunales.

2º El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales.

La concreción de qué sea esa realidad, Juzgados y Tribunales, distinta y diferente a los Jueces y Magistrados, intentaremos hacerla a continuación. Como Órganos Judiciales, se caracterizan por ser la ***organización compleja*** a través de la que se ejerce la potestad jurisdiccional que en palabras del Tribunal Constitucional -sentencia 58/2016- les corresponde en exclusiva a Jueces y Tribunales -pirueta lingüística que contradice la literalidad del texto constitucional como dijimos *ut supra*-. Es necesario, en todo caso, detenernos en el concepto de ***potestad jurisdiccional.***

Como veremos, es posible -hasta el punto de haberse impuesto en el Tribunal Constitucional- concebir una potestad jurisdiccional estrecha, cerrada

[26] CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F. J. La nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y el Poder Judicial: un juego de mercaderes en el templo del Reglamento General de la Unión Europea. En: *Diario La Ley*, 2019, nº 9430. CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F. J. Protección de datos y Poder Judicial. En: *Diario La Ley*, 2018, nº 9293. CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F. J. El expediente judicial electrónico y los letrados de la administración de justicia: la imposible custodia de lo intangible. En: *Diario La Ley*, 2017, nº 9078.

sobre sí misma. Un concepto de función jurisdiccional ajeno a su desarrollo por los cauces de los procedimientos, en los que se realizan una serie de actividades que forman parte periférica -pero esencial- de la misma. Se trata, sin embargo, de una posibilidad ***poco eficiente***, desconectada del día a día de esos Juzgados y Tribunales. El "***miedo***" a las presiones centrífugas de las CCAA y los problemas que derivan para la configuración del Estado Autonómico español, no justifica que se pueda descomponer -hasta dislocar- una potestad compleja como la jurisdiccional para hacerla susceptible de acomodación a dicha configuración territorial; separando con el cedazo de las sentencias del Tribunal Jurisdiccional la -brillante- "mena"[27] jurisdiccional y nuclear de la -cenicienta- ganga constituida por el resto de actividades procesales/judiciales que la hacen posible.

Tampoco lo justifica el otro ***"miedo"*** procedente de la nueva configuración orgánica de los Letrados de la Administración de Justicia tras las reformas del año 2003. El que se integren en el Ministerio de Justicia -poder Ejecutivo- y se alejen del CGPJ, no ha supuesto que sus competencias procesales dejen de estar garantizadas por los principios que marca el artículo 452 LOPJ, la ***legalidad*** e ***imparcialidad*** en todo caso, y el de ***autonomía*** e i***ndependencia*** en el ejercicio de la fe pública judicial.

Como hemos señalado, **la jurisdicción no se ejerce en el aire**. En la reciente STS 298/20 de 11 de junio, su ponente Antonio del Moral, lo establece con mucha rotundidad. A propósito de la falta de firma de varias resoluciones judiciales y procesales nos dice que: "*El* ***uso de impresos y, posteriormente, de la informática ha servido para agilizar la actuación jurisdiccional.*** *Pero a veces degrada también la imagen ofrecida por su uso casi industrial. ….Que el auto de incoación de diligencias previas no consigne que se trataba de una investigación por un supuesto delito contra la salud pública no significa que el Juez ordenase la incoación sin leer el informe inicial y sin importarle qué tipo de delito podía ser y ni siquiera plantearse si era o podía ser una actividad delictiva; es exponente de algo tan vulgar como que dispuso la incoación del procedimiento y que* **en la oficina judicial se operó con un automatismo poco artesanal que genera omisiones** *de ese tipo (¡o duplicidades!:"* el auto sigue a continuación[28] *"vuelve a ordenar la incoación de diligencias un día después: día 19….* ***Cualquier persona familiarizada con la gestión judicial - mejorable en tantos aspectos y este no es más que uno de ellos****- intuye que la* ***decisión judicial consciente y basada en datos*** **{se}** ***plasmó en un impreso que no se acomodó****. Que en las resoluciones se detecten alusiones a entradas y registros es otra manifestación de esa indeseable burocratización de la oficina judicial que podemos criticar. Pero no permite extraer conclusiones anulatorias.*"

[27] En minería se refiere al mineral brillante.

[28] España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 298/2020 de 11 de junio. Fundamento Jurídico 5º.

De esta forma, incardina el dictado una resolución judicial -tan relevante como las que limitan derechos fundamentales- en un engranaje judicial: la Oficina Judicial en el que se incardina los sistemas de gestión procesal. Este engranaje judicial sirve de soporte y hace posible el ejercicio de la función jurisdiccional, con la garantía -para todos los partícipes en el proceso- que la fe pública judicial del Letrado Judicial proporciona. Y nos dice que: *"Nadie podrá pensar tampoco que la falta de firma en esos otros cuatro autos que se señalan constituye la prueba de que el Instructor no tomó las decisiones que reflejan cada uno de ellos. Fueron seguidos de una ejecución que requería inexcusablemente oficios confeccionados en el Juzgado que sin la firma correspondiente no se hubiesen cumplimentado.* ***El letrado de la Administración de Justicia da fe de la existencia de esas decisiones****… El ciudadano tiene derecho a que sea un juez quién adopte esas decisiones. Su realidad queda autentificada por la firma. Pero* ***el derecho fundamental no consiste en que los documentos donde plasman las decisiones estén firmados; sino en la materialidad****."* **Materialidad procesal** -nuevo formulación conceptual que necesita de estudio detenido y que no debemos olvidar- que hace posible el ejercicio de la jurisdicción de la que forma parte indisoluble.

En este asunto el rigor y la claridad del catedrático de Derecho Procesal, Manuel Ortells Ramos[29],nos resulta imprescindible. Nos dice: "*el proceso es humanamente necesario para juzgar. En efecto, a falta del mismo, la producción de una sentencia correcta sería un resultado tan aleatorio como el de un juego de azar.*

Esa necesidad se comprende también jurídicamente, porque la relación funcional entre el proceso y el Derecho material, obliga a regular jurídicamente aquél, delimitando los poderes del juez y de las partes, para que el Derecho material pueda tener, a través del proceso, una aplicación igual en los casos iguales

Pero, además, el proceso como actividad jurídica realizada con participación judicial es también impuesto por la Constitución. El artículo 117-3 CE no permite que la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado pueda ejercitarse de cualquier modo, sino que somete su ejercicio a las normas de procedimiento que las leyes establezcan. E incluso la regulación legal del procedimiento específicamente judicial no es indiferente al legislador constitucional, que establece normas tanto respecto a la forma del mismo (art. 120 CE), como respecto a los derechos las partes (art. 24-1 y 2 CE) y los poderes del juez (art. 118 CE).

En consecuencia, la tesis de que las potestades del órgano jurisdiccional en la relación jurídica procesal ***no son jurisdiccionales o son, de algún modo, «menos» jurisdiccionales,*** *está llamada a permanecer en un plano puramente teórico y no puede tener ninguna incidencia en el Derecho positivo,* ***porque el ordenamiento***

[29] Manuel Ortells Ramos, Catedrático Derecho Procesal. Universidad de Extremadura. Memoria presentada por el autor en el concurso-oposición a la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Extremadura, celebrado en Madrid, en febrero de 1984.

constitucional impide que esas potestades le sean sustraídas al órgano jurisdiccional."

Esta concepción de la jurisdicción como **potestad compleja**, respetuosa con la realidad judicial, es el marco imprescindible para abordar las competencias del actual Letrado de la Administración de Justicia y su lugar en la Administración de Justicia. Es decir, **conceptuamos a la jurisdicción** como: una potestad ejercida por el órgano judicial, por los Juzgados y Tribunales, en la que se actúa el Derecho -juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado- respecto de situaciones jurídicas materiales, que se le someten y que corresponden a terceros.

II. 5.1.1 Posiciones doctrinales sobre el concepto de Juzgados y Tribunales

A) ***Una posición radical y excluyente***. Paradigma de la misma puede ser la del catedrático Andrés de la Oliva Santos, según el cual: "la *potestad jurisdiccional consiste en el poder de decir el Derecho (iuris dictio) en casos concretos. Potestad o poder que se atribuye a determinados órganos públicos –los Juzgados y Tribunales– objetivamente desinteresados y compuestos por Jueces y Magistrados independientes e imparciales*"[30]. No me detendré más en esta posición que identifica Jueces y Magistrados con Juzgados y Tribunales. Obvia el texto constitucional y los matices del constituyente al redactar los dos preceptos transcritos; además de ser ajena a la realidad judicial de nuestro país.

B) *Otra posición, plural y mayoritaria*. Esta concepción entiende a los Juzgados y Tribunales como centros de imputación de normas y relaciones jurídicas, o lo que es lo mismo de poderes y deberes; es decir, de funciones. Constituyen, en terminología más actual, los órganos judiciales. A través de los mismos el Estado ejerce la función jurisdiccional. Se integran por el **personal jurisdicente**, jueces y magistrados y por el personal parajurisdiccional, los Letrados de la Administración de Justicia que le asisten en dicho ejercicio. En tercer lugar, está el personal al servicio de la Administración de Justicia, Gestores, Tramitadores y Auxilios. Sin estar integrado en el órgano judicial, realiza funciones de apoyo o auxilio al mismo. Esta es la posición que mantienen procesalistas como:

- **José Vicente Gimeno Sendra.** Para el que el Letrado Judicial -en su calidad de depositario de la fe pública judicial- forma parte integrante del Órgano Jurisdiccional. Señalando que: "*El objeto de la potestad jurisdiccional se resume en la frase utilizada por el art. 117.3 de la CE y reiterada por el art. 2.1 de la LOPJ: «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado». Pero un estudio más detenido de dicha potestad, nos revela*

[30] MUERZA ESPARZA, J. J., HINOJOSA SEGOVIA, R., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Penal*. 8ª Edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007. Pág. 25.

que se concreta en todo un haz de facultades que se proyectan desde el juez hacia las partes e incluso a los terceros. De este modo, con anterioridad al juicio jurisdiccional por excelencia, que es la sentencia, existe una potestad ordenatoria que tiene por objeto llamar a las partes y terceros al proceso (a través de las citaciones y emplazamientos), obtener la efectiva sujeción de aquellas a los fines del proceso (mediante una serie de actos limitativos de derechos e incluso coercitivos: adopción de medidas cautelares, requerimientos...) o simplemente impulsar el curso del procedimiento (sobre todo a través de las «providencias», que suelen ser actos de mera tramitación).

Asimismo, ostenta también el juez, con la intervención del secretario, la potestad de instrumentación o documentación, cuya finalidad estriba en otorgar a determinados actos de conocimiento (v.gr., una inspección ocular) el carácter de prueba, siempre y cuando se garantice la vigencia del principio de contradicción. De este modo, las «actas» en las que quedarán plasmadas las oportunas declaraciones de ciencia o representaciones de la realidad externa gozarán de una fehaciencia indiscutible"[31].

- José Francisco Lorca Navarrete. Nos dice que: "*El Secretario Judicial por su carácter técnico superior es un cotitular del ejercicio de la función jurisdiccional en determinados aspectos, que no lo tipifica como juez de segunda clase, sino como colaborador necesario no del juez de primera, sino –lo que es más importante– del ejercicio de la función jurisdiccional que no posee categorías*"[32].

- José de los Santos Martin Ostos. Este catedrático nos dirá, con claridad que: "*La conceptuación de éste* -Secretario Judicial/Letrado Judicial- *como miembro integrante del órgano jurisdiccional, si a alguien aún le quedaba duda, es definitiva. No entorpece la labor del juzgador; por el contrario, coopera plenamente con él*"[33].

Para terminar las citas, señalaremos que esta postura, según la cual, los Letrados de la Administración de Justicia son técnicos altamente cualificados que constituyen un cuerpo de colaboradores de los Jueces -algunos señalan incluso el que deben constituir una sola carrera-, es defendida por autores del prestigio de Jiménez de Parga, Prieto Castro, Sainz de Robles o Ruiz- Jiménez entre otros[34].

---

[31] GIMENO SENDRA, J. V. *Introducción al Derecho Procesal*. 4ª Edición. Madrid: Castillo de Luna ediciones jurídicas, 2020.

[32] LORCA NAVARRETE, J. F. *Organización judicial española y principios rectores del proceso español.* Edición 2ª. Madrid: Dykinson. 1995.

[33] MARTIN OSTOS, J. Funciones procesales del Secretario Judicial en la LOPJ. Madrid: *Justicia*, 1986. En este mismo sentido se pronuncia en otras obras como "Hacia un nuevo modelo de Secretario Judicial", 1991 y "El Secretario Judicial a examen", 1992.

[34] JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M. *La fe pública como atributo del Estado*", I Jornadas de la Fe Púbica Judicial, Sitges: Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, 1985. PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, L. El Rechtspfleger. En GUASP DELGADO, J. *Libro homenaje a Jaime Guasp*. Granada: Comares, 1984. SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F. C. ¿Existe el Poder Judicial?. En: *Revista jurídica Tapia*, núm. 37, 1987. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. *El Secretario Judicial, garantía constitucional del ciudadano*. En: III Jornadas de la Fe Pública Judicial, Madrid: Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, 1987.

II. 5.1.2 Posición jurisprudencial

A) En relación al Tribunal Constitucional, no hay un pronunciamiento expreso sobre el esta materia. No obstante, sí que lo aborda de manera tangencial en diversas sentencias. Nosotros destacaremos cuatro.

- La clásica y muy relevante ***STC 56/1990***. No habla de Juzgados y Tribunales, sino que identifica al Poder Judicial con la Administración de Justicia en sentido estricto o restringido. Lo distingue y separa de la Administración de la Administración de Justicia; perífrasis con la que identifica a todo lo relacionado con los medios personales y materiales que sirven de ayuda o auxilio para el ejercicio de la función jurisdiccional, pero que no forma parte de ese núcleo irreductible. Señala, además, que hay consenso en considerar que, ***"dadas las funciones parajudiciales de los Secretarios/Letrados Judiciales que los insertan en la Administración de Justicia (no en la Administración de la Administración de Justicia) no es posible admitir que el Ejecutivo estatal ostente facultades gubernativas sobre los mismos y sobre su actividad, ni tampoco las CCAA la tengan con la técnica de la legislación subrogatoria."***

- La ***STC 155/2011,*** según la cual: *"En todo caso, devienen reiterados los pronunciamientos de este Tribunal en el sentido de reconocer que las* ***funciones atribuidas ex lege a los Secretarios/Letrados judiciales han de imputarse, ante todo, al órgano judicial*** *donde estos actúan* ".

- La ***STC 224/12,*** en la que se establece que: *"Respecto de los preceptos referidos al cuerpo de Secretarios/Letrados Judiciales, éstos forman para la representación procesal del Estado un cuerpo nacional cuya función esencial es el ejercicio de la fe pública judicial, estando sometidos a los principios de legalidad, imparcialidad, autonomía e independencia, de suerte que en* ***su ausencia el órgano jurisdiccional no puede constituirse.***

Las principales funciones de los Secretarios/Letrados Judiciales (constancia fehaciente de los actos procesales o de hechos de trascendencia procesal, certificaciones y testimonios, poderes para pleitos, formación de autos y expedientes dejando constancia de las resoluciones judiciales, llevanza de los libros registros, depósitos y custodia de las piezas de convicción, impulso procesal e intervención en los procesos) ***están vinculadas al ejercicio de la potestad jurisdiccional en órganos de la Administración de justicia que son órganos del Estado, por lo que su dependencia de los órganos estatales resulta indubitada desde el punto de vista constitucional, al encontrarse por su función extramuros de la cláusula subrogatoria de los Estatutos de Autonomía***."

- La ***STC 58/2016***: donde se dice que: "*Este precepto (el artículo 44 LOTC) permite la interposición del recurso contra las violaciones de los derechos y libertades protegibles en amparo que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial‖. Esta expresión habría de entenderse referida, de conformidad con*

las previsiones del art. 117 CE, a los Juzgados y Tribunales servidos por Jueces y Magistrados integrados en el Poder Judicial; a ellos corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado y ***no cabría realizar una interpretación amplia de ese concepto*** *que permita convertir en objeto del recurso de amparo todo acto procedente de cualquier sujeto que se encuentre incluido en la organización judicial".*

B) En relación al Tribunal Supremo, sus pronunciamientos son bastante más claros y contundentes. Así señalaremos:

- **ATS, Sala de lo Civil, 6173/2014,** nos dice: " *esta configuración de la jura de cuenta, semejante en lo sustancial a un juicio monitorio pero seguido en relación con un proceso precedente, es que la LEC* ***otorga la competencia al órgano judicial*** *en el que -según establece el artículo 34 LEC - radique el proceso en el que se ha desarrollado la actuación del procurador que da lugar a la jura de la cuenta, pues es este órgano judicial el que está en mejor disposición de resolver las incidencias que pueden suscitarse sobre la cuenta reclamada, en especial las que se susciten en la fase de oposición según contempla el artículo 34.2.II LEC".*

- **ATS, Sala Especial 2648/2016,** señala que: "*En otras palabras, el proceso contencioso-administrativo exige, como señala con acierto el Juzgado núm. 3 de Valencia en el auto de 1 de junio de 2015, una actividad administrativa susceptible de impugnación que pueda imputarse a alguna de las Administraciones Públicas legalmente previstas.* ***Es evidente que el secretario judicial (actual Letrado de la Administración de Justicia) no constituye una Administración Pública encuadrable en alguna de las previstas en el último de los preceptos mencionados*** (LJCA, artículo 11)***. Es claro también, a nuestro juicio, que las resoluciones que dicho órgano dicte no son impugnables autónomamente ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, como si de actos administrativos se tratase****.*

En el caso de los Decretos determinando la cantidad que ha de satisfacerse al procurador o abogado (que es el supuesto que ahora nos ocupa), la propia Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 34 y 35) rechaza su recurribilidad, afirmando que la decisión contenida en aquellas resoluciones " no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior… La conclusión obtenida no entra en contradicción con el auto de esta Sala de Conflictos de 19 de junio de 2009 al que se refiere el Ministerio Fiscal en el informe emitido con fecha 5 de enero de 2016…".

- **STS, Sala Tercera, 1781/2018**, nos dice: *"Criterio que ya se encuentra expresado en el Acuerdo de la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional de 22 de mayo de 1995, acuerdo que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial confirma, debemos entender que* ***la función de expedir testimonio de las actuaciones judiciales****, y, por consiguiente, su simplificación a través de la entrega de fotocopias, que es la función que los recurrentes solicitan que se ejercite con fundamento en el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; que la referida función de testimoniar actuaciones judiciales -decimos-* ***es una función que corresponde al Secretario Judicial*** *o, en su caso,*

personal competente, que (en cuanto función de certificar) ***forma parte del ejercicio de la fe pública judicial, que el artículo 473.1 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los Secretarios Judiciales. El ejercicio de esta función por el Secretario Judicial se produce en íntima relación con la tramitación del proceso correspondiente, por lo que participa de la potestad jurisdiccional****.*

- Las **SSTS 1189/2003 de 23 de septiembre, 408/2006 de 12 de abril y 17/2014, de 28 de enero, de la Sala 2ª.** Conforme a las cuales el Secretario/Letrado Judicial ***forma parte integrante del órgano jurisdiccional autorizante de la diligencia*** -de entrada y registro-, con lo que se garantiza que la intromisión al derecho fundamental se realizó dentro de los límites dispuestos en la resolución judicial[35].

C) En la jurisprudencia menor, citaremos la muy reciente SAP de Valencia, Sección 8ª nº 197/2020, de 27 de abril, por su claridad expositiva, nos dice: *"2.-) En cualquier caso, a* ***los órganos judiciales corresponde en régimen de exclusividad el ejercicio de la función jurisdiccional y la interpretación y aplicación de las normas en el marco de los litigios en que deben aplicarse*** *(arts. 117.3º CE y 2.1º LOPJ que consagran el principio de exclusividad en materia jurisdiccional), sin que el Registrador pueda cuestionar ni revisar lo acordado por el órgano judicial en el proceso impidiendo el acceso al Registro de lo resuelto y en definitiva la ejecución de la resolución judicial (en este caso se trata de un decreto firme que además se ajusta al tenor literal de la ley), y menos hacerlo en base a una interpretación discrepante de la norma obviamente respetable pero que va más allá de su tenor literal, lo que desborda el margen de la calificación registral claramente deslindada en los arts. 18 LH y 100 RH.* ***El único control que cabe sobre dicho decreto es, por tanto, a través de los correspondientes medios de impugnación en vía jurisdiccional****.*

3.-) ***La estricta sujeción de los jueces y magistrados a la Ley (y por ende de los órganos judiciales en sentido amplio, lo que integra a los Letrados de la Administración de Justicia) resulta además del principio de legalidad que consagra el art. 117.1º CE****, sin olvidar la necesidad de respetar la seguridad jurídica que consagra el art. 9.3º de nuestra Carta Magna, esencial en la convivencia democrática y fundamental para el normal desenvolvimiento de las relaciones sociales, económicas y jurídicas, que impone huir de interpretaciones que van más allá de la letra de la ley cuando el texto de la norma no ofrece duda alguna, por muy mejorable que sea la misma y por muy bienintencionada que sea la interpretación realizada, pues en ningún caso se puede soslayar, prescindir o sustituir aquélla."*

[35] MARTÍNEZ GUERRERO, A. Las Diligencias de Entrada y Registro en el Procedimiento Penal Español. En: *Revista Acta Judicia*l nº 3, junio 2019, Madrid.

II. 5.1.3 Posición LOPJ

- En el trámite parlamentario de la elaboración de la LOPJ de 1985, el Grupo Parlamentario Popular presentó la ***enmienda nº 305 al art. 473 LOPJ***. Su contenido fue:: " *Los Secretarios Judiciales son funcionarios Letrados, integrados con autonomía funcional en el Poder Judicial, depositarios únicos de la fe pública judicial, que participan como miembros del órgano jurisdiccional, teniendo además a su cargo los actos de ordenación, ejecución, comunicación, conservación y custodia de los autos, ostentando el carácter de autoridad en el ejercicio de su cargo, todo ello de conformidad con lo establecido en esta Ley, en su Estatuto orgánico y en las leyes procesales. También ejercerán la jefatura del personal auxiliar destinado en las Secretarías de que son titulares...*". Para justificar la misma, argumentó que se quería configurar al Secretario Judicial como ***integrante del órgano jurisdiccional complejo y compuesto a que se refiere el art. 117.3º CE***; además de reforzar su carácter de autoridad con lo que se garantiza y fortalece la independencia del Secretario Judicial. Enmienda que no prosperó pero que expresa, con rotundidad, las posibilidades constitucionales que ese precepto constitucional encierra.

- ***Artículo 171.1:*** "El *Consejo o su Presidente, cuando lo consideren necesario, podrán ordenar que el Servicio de Inspección dependiente de aquél, o los Presidentes, Magistrados o Jueces de cualquier Tribunal o Juzgado, realicen inspecciones a* ***Juzgados o Tribunales*** *o recaben información sobre el funcionamiento y el cumplimiento de los deberes del* ***personal judicial***." Cualquiera que haya participado en una inspección del CGPJ o lea una de las actas que se levantan como consecuencia de las visitas de inspección, saben -sin la más mínima duda- que el objeto de la inspección, es más, mucho más, que la actividad que realizan los Jueces y Magistrados. De hecho, los inspectores son un Magistrado y un Letrado de la Administración de Justicia dedicados a revisar la actividad del Juzgado o Tribunal.

- ***Artículo 230.*** Inserto en el Libro I, Titulo II que lleva por nombre explícito: "Del modo de constituirse los Juzgados y Tribunales El mandato genérico que contiene vincula, parece evidente, a los dos colectivos integrantes de los mismos: los Jueces y Letrados de la Administración de Justicia. Y por supuesto, al personal del Libro VI de la LOPJ.

- ***Artículo 269.3***: las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, previa determinación del número de causas que justifican los traslados de los Tribunales fuera de su sede y siempre que su desplazamiento venga justificado por una mejor administración de justicia, dispondrán que ***los Jueces de lo Penal, asistidos del Letrado de la Administración de Justicia, se constituyan para celebrar juicios orales*** en las ciudades donde tengan sede los Juzgados que hayan instruido las causas de las que les corresponde conocer.

- ***Libro V. De los Letrados de la Administración de Justicia y de la Oficina Judicial.*** A partir de la reforma del año 2003, el Legislador consagró para los Letrados de la Administración de Justicia una regulación en exclusiva. Distinta y

separada de la que se recoge en el Libro VI, dedicado a los Cuerpos de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia y de otro personal.

Esta separación no es casual. ***Su objetivo fue diferenciarlos de tales Cuerpos sobre la base de las cualificadas funciones que se le atribuyen y que lo sitúan en el núcleo esencial del órgano judicial.*** En especial la fe pública judicial, así lo establece el artículo 1 del ROLAJ.

- Señalar, por último, en relación a la LOPJ, que ***cuando la misma se ocupa de regular las garantías del personal jurisdicente***, sí que habla con claridad de jueces y magistrados. En un claro ejemplo más de que cuando el Legislador entiende que es relevante la precisión terminológica, la utiliza; separando con rotundidad los conceptos de Juzgados y Tribunales como Órganos Judiciales, del concepto de Jueces y Magistrados como personal jurisdiccional. Los ejemplos son muy esclarecedores y variados[36].

II. 5.2 Los Juzgados y Tribunales en el mundo real

Nos dice Richard Dawkins en su libro, El gen egoísta que, "*ha sido causa de gran sufrimiento humano el hecho de que muchos de nosotros no pueden comprender que las* ***palabras*** *son sólo herramientas para nuestro uso*." Pretendo que este artículo contribuya a minorar ese sufrimiento inútil que está ocasionando el lanzarse de lleno a la actividad proscrita por el ilustre etólogo oxoniense, utilizando los términos como lanzas. De ordinario, los conceptos que encierran las palabras nos sirven para comprender la realidad y actuar en la misma de manera eficaz. Pero cuando algunas palabras se convierten en un obstáculo para tal menester, es hora de prescindir de las mismas -mucho más cuando se utilizan como fetiches y arietes- y fijarnos directamente en la realidad de eso que englobamos en los conceptos polémicos: Juzgados y Tribunales.

Para ello, vamos a utilizar una ***mirada externa***, no contaminada por intereses propios o deformada por la costumbre. La lleva a cabo una observadora de reconocida formación jurídica. Proyecta su estudio sobre la Administración de Justicia española, con la imparcialidad propia de esa ajeneidad al fenómeno observado. Se trata de la ***Abogada General, Sra. Juline Kokott*** y de las Conclusiones que formuló el 15 de septiembre de 2016 -con ocasión del asunto C-503/15 sobre la petición de decisión prejudicial planteada por el Secretario Judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Único de Terrassa, Barcelona-.

Entendemos que ***tales Conclusiones constituyen el análisis más riguroso que puede encontrarse sobre la posición y funciones de los Letrados de la Administración de Justicia*** en los Juzgados y Tribunales españoles. Al formularlas, según sus propias palabras, Juline Kokott, se planteó como primer objetivo analizar lo que es un órgano judicial a los efectos del artículo 267 del

[36] Los artículos 401, 402, 405 y 414 LOPJ.

TFUE. Como jurista acostumbrada a utilizar el método científico, comenzó por observar los hechos, estudiándolos sin prejuicios. Después, sobre esa base, formuló sus conclusiones. Justo lo contrario a lo realizado por algunas de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales ya apuntadas. Las mismas se caracterizan porque deconstruyen el silogismo, formulando primero la conclusión de la que están convencidos y luego buscan los hechos/premisas para sustentarla.

Nos dice la Abogada General: "…*es una cuestión* –determinar si el Letrado Judicial es o no órgano judicial- *que se ha de apreciar estrictamente desde la óptica del Derecho de la Unión. Por ello,* ***no resulta decisivo que reciba una u otra consideración en el Derecho nacional****. …Al contrario, a la hora de apreciar desde la óptica del Derecho de la Unión si un organismo tiene o no la condición de «órgano jurisdiccional», resulta determinante un conjunto de puntos de vista, como son su* ***origen legal, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación, por parte del mismo, de normas jurídicas y su independencia****… un organismo nacional puede tener la consideración de «órgano jurisdiccional» a los efectos del artículo 267* ***TFUE si ejerce funciones jurisdiccionales, aun cuando en el ejercicio de otras funciones, en particular de carácter administrativo, no pueda reconocérsele tal calificación****"*.

Sentadas las bases que deben seguirse para determinar que es el Secretario/Letrado Judicial –a los efectos que nos ocupan-, ***no por el nombre que recibe*** o por cómo se le considere, ***sino por las funciones y actividades que desarrolla***; la Abogada General dedica los parágrafos 69 a 95 al estudio y análisis de tales funciones. Dada su extensión, solo extracto la respuesta que obtiene, tras el oportuno estudio, de las ***6 condiciones*** que enumeró con anterioridad como determinantes a los efectos de obtener la calificación de órgano judicial. Tales condiciones son: ***a) Origen legal. b) Permanencia. c) Carácter obligatorio de su jurisdicción. d) Carácter contradictorio del procedimiento*** –jura de cuentas-. ***e) La aplicación por parte del Secretario Judicial de normas jurídicas*** –en el procedimiento de jura de cuentas que se analiza-. ***f) Su independencia.***

De ellas solo son **problemáticas**, nos dice la Abogada General en el apartado 69, la ***tercera, la cuarta y la sexta***. No hay controversia sobre la primera: el origen legal de la actividad de los Letrados de la Administración de Justicia; la segunda: su carácter de permanencia –después de todo llevamos desarrollando nuestras funciones desde Alfonso X el sabio-; y la quinta: que apliquemos normas jurídicas en la jura de cuentas.

El ***carácter obligatorio de la jurisdicción desplegada por el Letrado Judicial en la jura de cuentas*** y el ***carácter contradictorio de este procedimiento***, son analizados en los parágrafos 82 y ss. de las Conclusiones. Son muy elocuentes

y a ellos me remito[37]. En este trabajo, solo podemos detenernos en **la independencia** del Letrado de la Administración de Justicia. Fue el vector que utilizó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia Margarit Panicello[38], para decir que aquéllos no forman parte del concepto de Juzgados y Tribunales. En relación a dicho criterio, que se convirtió en esencial, el análisis de la Abogada General -que afirma justo lo contrario- es muy riguroso, tanto que lo reproduzco, en lo esencial, sin más comentario.

*"**71.** El concepto de independencia judicial entraña, según jurisprudencia asentada, dos aspectos: uno externo y otro interno.*

***72.** En primer lugar, por lo que concierne al aspecto interno de la independencia, éste se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la igualdad de distancias que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de ese litigio….*

***74.** En lo que se refiere al aspecto externo de la independencia, éste exige que la instancia que haya de resolver esté protegida de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios que se les sometan….*

***76.** A continuación, cabe constatar que los secretarios judiciales son seleccionados a través de los sistemas de oposición, que será el sistema ordinario de ingreso, o de concurso-oposición libre, y que el procedimiento de concurso será el sistema ordinario de provisión de puestos de trabajo. Por otra parte, ostentan el derecho individual al mantenimiento de su condición funcionarial, al desempeño efectivo de tareas o funciones propias de su cuerpo y a no ser removidos del puesto de trabajo que desempeñen sino en los supuestos y condiciones establecidos legalmente. Por último, la sanción disciplinaria de separación del servicio sólo puede imponérseles por condena penal o por las faltas muy graves que se recogen de manera exhaustiva y definen con suficiente exactitud en la ley. (35)*

77.** Además, la competencia que corresponde a los secretarios judiciales en la jura de cuentas no es objeto de delegación ni habilitación. Pero lo que sobre todo establecen las disposiciones aplicables es que, en cada procedimiento, los secretarios judiciales actúan exclusivamente de conformidad con las competencias que les han sido atribuidas, sin estar sujetos a indicaciones. Tal como subraya el Secretario Judicial en su decreto de remisión, la autoridad pública que los emplea no puede en ningún caso influir en procedimientos pendientes ni impartir instrucciones particulares relativas a asuntos concretos. Por ello, a pesar de la condición funcionarial (y no judicial) que tienen en el sistema nacional y de que con carácter general estén sujetos a las indicaciones de su superioridad, **los secretarios judiciales son indudablemente independientes cuando desempeñan

[37] De ellos, también se ocupa la sentencia del Tribunal de Justicia en los apartados 31 a 35.

[38] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de febrero de 2017, es la que resuelve y rechaza las Conclusiones de la Abogada General que estamos analizando.

las funciones que tienen atribuidas en cada expediente concreto de jura de cuentas.

78*. En contra del criterio expresado por el Gobierno español en la vista, debe considerase en este contexto que las disposiciones que prohíben a la superioridad de los secretarios judiciales dar a éstos instrucciones particulares relativas a asuntos concretos) sí se refieren a los expedientes de jura de cuentas.*

79. *Por ello, a la luz de los criterios mencionados anteriormente, l****os secretarios judiciales disfrutan,*** *tanto en relación con su estatuto como en relación con el desempeño de sus funciones en la jura de cuentas, de suficientes garantías como para considerar cumplido el* **criterio de la independencia…**

La conclusión a la que llega, en el parágrafo 95 es la siguiente: "*En resumen, soy de la opinión de que en la jura de cuentas los secretarios judiciales son, a los efectos del artículo 267 TFUE, «órgano jurisdiccional», puesto que en* ***ese contexto resuelven de manera independiente y autónoma sobre litigios que se dan en procedimientos contradictorios y puesto que dictan en ellos resoluciones de carácter jurisdiccional****".*

En un solo parágrafo –el 41- de apenas 10 líneas, se recoge el argumentario realizado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ponente Sr. Atonio Tizzano, que rechaza esas Conclusiones de la Abogada General, para expulsarnos del concepto de Juzgados y Tribunales al estar sometidos- según la misma- a los principios de dependencia jerárquica y unidad de actuación y no ejercer funciones jurisdiccionales.

Es complicado criticar o rebatir esas escuetas líneas con argumentos jurídicos porque ninguno formula. Se limita a afirmar/decidir que los Letrados de la Administración de Justicia no son órganos judiciales. Sin la más mínima explicación de las razones que justifican apartarse de las argumentaciones de la Abogada General. Esa falta de fundamentación hace que ninguna luz aporten al debate que nos ocupa[39]. Constituyen, en fin, el mejor ejemplo del fenómeno descrito al comenzar este apartado. Las palabras se utilizan para ocultar la realidad y aumentar la confusión -y el sufrimiento, al menos el intelectual-. Es también una apuesta/respuesta errónea, porque, aunque el lenguaje pueda ayudar a conformar la realidad, al final, es siempre la misma la que se impone y las palabras terminan por expresar lo que de verdad ocurre ahí fuera.

[39] En realidad, como dice el profesor Rodríguez-Piñero, el Tribunal de Justicia confunde en relación a la Jura de Cuentas, ***los términos facultativo y dispositivo,*** que ya había establecido nuestro Tribunal Constitucional, en la STC 110/1993. Ese error le lleva a la errónea conclusión de afirmar que un expediente de jura de cuentas como el controvertido en el litigio principal constituye un procedimiento de carácter administrativo, en el marco del cual no puede considerarse que el Secretario Judicial ejerza una función jurisdiccional. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Sobre la función «parajudicial» y la independencia de los Letrados de la Administración de Justicia. En: *Diario La Ley*, nº 8952, Sección Doctrina. 2017.

III. Desenlace: conclusiones y propuestas.

III.1 Conclusiones:

1ª. Desde la materialización de la reforma del 2003 con las leyes del 2009, se ha ido imponiendo la tesis, en el Tribunal Supremo y en el Tribunal Constitucional, según la cual ***la jurisdicción debe concebirse como una potestad restringida y exclusiva de jueces y magistrados.*** Esta postura supone que todas las resoluciones que dicte el Letrado Judicial, deben poder ser revisadas por el Juez aunque aquél las haya dictado en el ámbito propio de sus funciones. No se considera, por lo tanto, suficiente que la cuestión se pueda reproducir al recurrir la resolución definitiva, ni el hecho de que se hayan acordado siguiendo las directrices marcadas por el Juez. Tampoco que se pueda reproducir la citada cuestión en la primera audiencia ante el Juez, tras la toma de la decisión. Y, por último, también se rechaza la posibilidad de que se puede volver a introducir -en cualquier momento- mediante escrito dirigido al Juez, antes de que se dicte la resolución definitiva. Siempre y en todos los casos, ordena el Tribunal Constitucional, las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia deben ser susceptibles de recurso directo ante el Juez del Juzgado o Tribunal que conozca del asunto, sopena de crear un espacio de inmunidad jurisdiccional.

Esta posición se llevó al paroxismo en alguna resolución judicial, catalogando al Letrado de la Administración de Justicia como ente administrativo, sin más. Tesis que dieron lugar a situaciones tan absurdas como las producidas en la ya comentada sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJA de 14/12/12, en base a la cual, la actuación que llevara a cabo el Letrado de la Administración de Justicia en el seno de un proceso -de cualquier orden-, debía estar sujeta al control de la jurisdicción contencioso administrativa y no del Juez o Tribunal de la jurisdicción respectiva. Lo que conduce -paradojas de esa ortodoxia integral- a poner un ***puente de plata al peregrinaje de jurisdicciones,*** tantas veces proscrito por el Tribunal Constitucional.

En esta situación, es necesario recordar lo evidente: la técnica de dotar al procedimiento de un exceso de recursos ***puede impedir que se dicte una resolución de la cuestión principal ajustada en el tiempo, lo que conculcará el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones***. Los que trabajamos a diario en los Órganos Judiciales conocemos la frecuente utilización de los recursos, con evidentes fines dilatorios. Situación que, a la postre, se traduce en una clara vulneración del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, ahogada en el excesivo garantismo de una legislación procesal plagada de recursos -puramente formalistas- que pone en jaque, incluso, el principio de seguridad jurídica.

2ª Esta posición no es unánime en la doctrina, todo lo contrario. Y mucho menos inevitable. ***Es una decisión/interpretación de dos artículos constitucionales: el 24 y el 117, que admiten otra concepción sobre la***

jurisdicción, entendemos más respetuosa con el texto constitucional. Es la que mantienen profesores y juristas de tan reconocido prestigio como los relacionados en apartado II.5.1.1. Para ellos y para nosotros, las competencias y funciones del Letrado de Justicia, que ejerce dentro de los procesos judiciales, constituyen un tercer género: ***metajurisdiccional, pero judicial,*** que lo residencia como parte integrante e imprescindible del Juzgado o Tribunal, y fuera del ámbito administrativo. En palabras del Tribunal Constitucional, son funciones **parajudiciales,** STC 56/1990.

Es una postura respetuosa con la realidad de lo que ocurre a diario en las miles de Oficinas Judiciales del país. También lo es, incluso, para la última sentencia del Tribunal Constitucional en este asunto, la nº15/2020. En esencia, nos dice el Guardián Constitucional en esta resolución, el problema estriba en que "*la decisión del letrado de la administración de justicia concierna a cuestiones relevantes en el marco del proceso que atañen a la función jurisdiccional reservada en exclusiva a jueces y magistrados y que, sin embargo, quedan excluidos por el legislador del recurso directo de revisión ante los titulares de la potestad jurisdiccional"*. Pues bien, la solución que da el Tribunal Constitucional en esta resolución -y sus predecesoras- al problema constitucional planteado, ***no es expulsar los preceptos legales que establecieron la ampliación de competencias procesales a los Letrados Judiciales***. El Tribunal Constitucional lo que resuelve, para acomodar la nueva legislación al texto constitucional, es única y exclusivamente que quepa un recurso directo -por más reiterativo que sea- contra los decretos que dicten los Letrados Judiciales como última resolución de los mismos sobre la cuestión procesal debatida.

En realidad, esto lo que supone ***es reconocer la pertenencia del Letrado de la Administración de Justicia como parte integrante y activa de los Juzgados y Tribunales, con competencias procesales propias que, en la medida en que afectan a cuestiones jurisdiccionales*** -stricto sensu-***, tienen que ser revisadas -sin demoras- por un Juez o Tribunal.*** Es la misma situación, si se mira con objetividad, que con el resto de resoluciones judiciales, es decir son sometidas a revisión por otras instancias distintas. Eso sí ***dentro del mismo proceso y jurisdicción, lo que es determinante para descartar ese carácter administrativo de las competencias procesales de los Letrados de la Administración de Justicia;*** sus resoluciones se revisarán dentro del mismo pleito por el Juez o Tribunal, al igual que el resto de resoluciones judiciales.

En este mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en el Auto 2648/2016 -ya comentado- a propósito del proceso de Jura de Cuentas. Concluye el alto Tribunal que el carácter o naturaleza del procedimiento de Jura de Cuentas ***sigue siendo jurisdiccional aunque su resolución corresponda al Letrado Judicial y no al Juez***, pues no realiza distinción entre ambos operadores jurídicos sino que alude a "***órgano judicial***" que va a resolver el procedimiento. Se zanja, así con claridad, la cuestión que había suscitado la Sala especial de Conflictos del propio

Tribunal, en su auto de 19 de junio de 2009, al resolver un conflicto positivo de jurisdicción sobre un expediente de Jura de Cuentas, cuya respuesta no es equiparable/extrapolable más allá del muy especial supuesto de hecho que en el mismo se resuelve.

3ª. La figura del Letrado de la Administración de Justicia como técnico jurídico-procesal es indiscutible. Es por eso que el Legislador lo elige como el operador jurídico idóneo para ***ordenar y dirigir el proceso*** conforme a las Leyes de Procedimiento, ***ejerciendo con exclusividad e independencia la fe pública judicial.***

La decisión del Tribunal Constitucional de introducir un recurso más para asegurar la tutela judicial efectiva no debe suponer ponerla en cuestión. Sí que ocasiona dar un buen paso atrás y, en cierta forma, volver a las prácticas anteriores al 2009, en las que los Jueces podían revisar todas las decisiones procesales adoptadas por los Letrados Judiciales. No obstante, ahora hay una diferencia fundamental: **no es de oficio**, sino mediante recurso. No es baladí esta diferencia. Permite que las funciones procesales del Letrado Judicial puedan ejercerse de **forma independiente**. Los límites a tal independencia solo se establecen de manera material y competencial, conforme a los artículos 244 y ss. y 456 y ss. de la LOPJ, sometidas -como cualquier otra resolución- al control de los recursos.

Esta independencia en materia procesal de los Letrados de la Administración de Justicia no está refrendada solo por la supresión de la revisión de oficio de sus resoluciones y el sometimiento de las mismas al imperio de la Ley -con separación de materias y competencias atribuidas a los mismos en las Leyes de Enjuiciamiento-. Hay un tercer pilar que debemos destacar aquí. La **prohibición** que establece el artículo 465.8 LOPJ destinada a los Secretarios de Gobierno -y por tanto, aún más a los Secretarios Coordinadores- de: "***impartir instrucciones particulares relativas a asuntos concretos en los que un secretario judicial intervenga en calidad de fedatario o en el ejercicio de sus competencias de ordenación y dirección del proceso***".

4ª- Debemos reconducir el debate y dar por solucionado algunas de las cuestiones que surgieron con la promulgación de la Ley 13/2009 y la instauración de un nuevo modelo procesal. Cuestionarse *ad nauseam,* la naturaleza de las funciones procesales de los Letrados Judiciales y de los procesos en que interviene, negarles su carácter metajurisdiccional -como mínimo- y judicial, en todo caso, es un factor de gran fuerza corrosiva en el desenvolvimiento ordinario de los Juzgados y Tribunales

Es posible que los Letrados Judiciales tengan competencias sobre cuestiones relevantes en el marco del proceso. Unas, estarán sujetas a control jurisdiccional último, con recursos directos, pero ***no de oficio***. Otras, como la fe pública judicial, ***ajenas a dicho control*** pues se ejercen con independencia.

El sistema establecido por el Legislador del 2009, el reparto competencial entre Jueces y Letrados Judiciales, no se cuestiona -en esencia- por la sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2017, ni por las STC dictadas en torno a los recursos contra los Decretos dictados por aquéllos. Lo enredan considerablemente, pero no imposibilitan la naturaleza meta-jurisdiccional de las funciones procesales que el Letrado Judicial realiza en el proceso. No es posible volver al ***viejo sistema*** basado en la identificación del Juez con el Juzgado -ni Luis XIV era el Estado francés ni los Jueces o Magistrados son los Juzgados o Tribunales-. Un ***sistema*** en el que, pretendidamente, era el Juez el que asumía todas las funciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales, detentando, además, la dirección de la Oficina Judicial. Un ***sistema*** que -en realidad- nunca existió, al asumir de hecho los Letrados de la Administración de Justicia muchas de las competencias que solo en el papel tenían los Jueces. Un ***sistema*** que se extinguió por su ineficacia y por su lejanía a la realidad de lo que acontecía en los despachos.

Los Letrados de la Administración de Justicia somos parte integrante e insustituible de los Juzgados y Tribunales[40]. A este respecto nos dice Manuel Ortells[41]que no está justificado marginarnos o excluirnos con fáciles conclusiones negativas. Tampoco buscar y descubrir inconstitucionalidades detrás de los cambios legislativos operados, particularmente cuando éstos alteran notablemente una ordenación tradicional -de la jurisdicción-. Señalando que el apartado 117.3 de la CE integra tres grupos de potestades: A) "*Potestad de decidir sobre el tema de fondo de un proceso, potestad de poner término a un proceso y potestad de juzgar*", B) "*La potestad de ejecución*" y C) "*Las potestades de dirección y tramitación del proceso*".

III.2- Propuestas

Es necesario conjurar los temores señalados en el apartado II.5.1. Muchos Letrados de la Administración de Justicia somos conscientes de los peligros que reflejan. Pero el camino adoptado por un sector doctrinal y jurisprudencial para hacerlo, deslegitimando las funciones procesales de los Letrados de Justicia y conceptuándolas de meramente burocráticas, entendemos no es el más adecuado. Tampoco el más eficaz.

[40] Así lo piensa el propio Ministerio de Justicia. En su Proposición de Ley 122/000079, por la que modifica la Ley 20/2011 del Registro civil, nos dice en la nueva redacción a la Disposición Adicional Segunda que "*El ejercicio de esta función –Encargado del Registro Civil- por quién pertenezca al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia se considerará como situación de servicio activo en dicho Cuerpo y* ***podrá ser compatible con funciones jurisdiccionales en la oficina judicial en los casos que así se prevea***."

[41] ORTELLS RAMOS, M. Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficiencia y técnica legislativa. En: *Ius et Praxis*, Vol. 18, nº 1, 2012.

Como soluciones a los problemas apuntados por tales miedos, todos ellos personificados en la nueva configuración del Letrado de la Administración de Justicia, surgida tras las Leyes de 2003 y 2209, se proponen los instrumentos siguientes:

1º Configuración de una nueva fe pública judicial digital.

Nueva fe pública judicial que se debe caracterizar por: a**)** No exigir la presencia física del Letrado Judicial en Sala; **b)** Se documenta lo acontecido mediante videograbaciones digitales; y **c)** Las actas así extendidas se cierran con la firma electrónica del Letrado Judicial, que garantiza su autenticidad e integridad. **d)** El **control** de la firma electrónica y del documento electrónico generado, sale de la órbita de la función de custodia/conservación y se integra, con sus principios de ***imparcialidad, autonomía e independencia,*** en la fe pública judicial que por eso se denominará ***digital***. **e)** Garantizar -con la fe pública judicial y digital- en el ámbito judicial, el derecho de nueva generación de protección de datos frente al uso de la informática, artículo 18.4 CE. En esta materia la solución debe pasar porque los expedientes electrónicos judiciales se alojen en servidores gestionados y custodiados por un Servicio Común General/Central dirigido por Letrados de la Administración de Justicia, únicos depositarios de la fe pública judicial y su aneja función de custodia. Tales Servicios Comunes, en la medida que se les encomiende esta función deberán, por mandato de los artículos 236 sexies y ss. LOPJ[42], estar bajo el control de una autoridad específica todavía por desarrollar -en ningún caso puede ser el CGPJ-, ajena a la propia Administración Judicial que debe controlar[43].

Es necesario poner en valor, haciéndolos públicos, unos hechos poco conocidos. Los Letrados de la Administración de Justicia llevamos más de 10 años demostrando que ***somos firmes defensores de la utilización de las herramientas tecnológicas de las que disponemos***. En este sentido, basta acercarse a cualquier Oficina Judicial -es muy útil salir de la comodidad de los despachos- para comprobar que, a diario, en las mismas los Letrados Judiciales

[42] En conexión con LO/3/2018 de PDPGDD y el Reglamento UE 2016/679.

[43] Jesús Sancho Alonso, Letrado de Justicia, propone la Creación de un ***Consejo Nacional de Letrados de la Administración de Justicia***, como organismo independiente y autónomo dentro del Ministerio de Justicia en el que estuvieran integrados Secretarios Judiciales y del que dependieran personal con conocimientos informáticos de seguridad y programación que auditaran los programas y aplicaciones informáticos y dieran el visto bueno a los mismos concluyendo que con esos programas y aplicaciones los Secretarios Judiciales pueden cumplir sus funciones. Así mismo, dicho Consejo Nacional de Secretarios Judiciales también debería tener la gestión de la seguridad que concierne a los Secretarios Judiciales, así como controlar el proceso de producción de aplicaciones y programas informáticos. SANCHO ALONSO, J. La Función Institucional del Secretario Judicial-Letrado de la Administración de Justicia. Tesis Doctoral. Málaga, febrero 2017. Facultad de Derecho de Málaga. Área de Derecho Administrativo. Página 494 y 495.

dirigimos y coordinamos en los procedimientos que tramitamos...¡¡¡***más 20 aplicaciones informáticas distintas***!!! A saber: 1. Minerva, (Adriano, Themis, Atlante, depende de la CA en que estemos). 2. Lexnet. 3. Nautius. 4. Punto Neutro Judicial. 5. Apodera. 6. Arconte (Fideluis en otros territorios). 7. Siraj. 8. Tasaciones periciales. 9. Correo corporativo. 10. Buscador de abogados. 11. Desbloqueo Sistema de Gestión. 12. Scriba. 13. Expediente digital. 14. Agenda de señalamientos. 15. Agenda del IML. 16. Integración Adriano-Fiscalia. 17. Jara. 18. Aplicación Cuenta de Depósitos y Consignaciones. 19. Hermes. 20. Ainoa…. Por otro lado, conforme se recoge en el **Letrado Judicial en Cifras** del año 2019, página 105, en el año 2018 se han documentado mediante las nuevas herramientas tecnológicas, Arconte, Fidelius, etc. más de 1.300.000 vistas y juicios[44].

Sobre estos datos, creemos, que los Letrados de la Administración de Justicia tenemos la autoridad moral para exigir, no solo que se apliquen y utilicen todas las aplicaciones telemáticas que durante la pandemia se han popularizado, tales como Zoom, Certius o Webex etc. También exigimos, en el ejercicio responsable de esa nueva fe pública judicial digital, que dichas aplicaciones se introduzca en ***sistemas seguros y controlados por los Letrados de la Administración de Justicia como depositarios de aquélla.*** Esto requiere de: ***a)*** Inversiones económicas suficientes. Si no hay una memoria económica que soporte los proyectos, solo tendremos humo. ***b***) Normas jurídicas -de rango suficiente, es decir leyes, no guías o reglamentos- que sean consciente de la realidad que van a regular. La reserva legal de los procedimientos judiciales no es una casualidad o lujo del que podamos prescindir. ***c)*** Tomarse en serio el derecho de rango constitucional de la protección de datos frente al uso de la informática del artículo 18.4 CE. Para ello se deberán llevar a cabo test rigurosos de idoneidad de los nuevos sistemas propuestos, siendo evaluados por el Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica. Institución que, en esta materia, está por completo arrinconada, ignorada y puenteada por el Ministerio de Justicia y el CGPJ ***d)*** Formación, adecuada y suficiente, del personal de los Juzgados y Tribunales que deba utilizar los nuevos recursos tecnológicos que se pretenden implantar.

La ***documentación de las vistas telemáticas*** exige la fe pública judicial digital esbozada. Sin ella, el expediente judicial electrónico carecerá de las garantías de veracidad, autenticidad, integridad y protección de datos que las Leyes y la jurisprudencia exigen. La cita que transcribo[45] -a pie de página- de la

[44] https://drive.google.com/file/d/1ApmbidYS1no8y2BjJBG5CbsAf9f7-pu2/view

[45] *La STC 55/2015 de 16 de marzo proyectó la relevancia de la documentación de la vista en relación a la presunción de inocencia y a otras garantías del proceso y señaló: ... En consecuencia, no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya pedido e incluso que se haya admitido, si la actuación no queda reflejada en el único instrumento previsto para su constancia*

muy relevante STS 529/2017 de 11 de julio, fundamento jurídico cuarto, está siendo sistemáticamente olvidada/violentada por la mayoría de los operadores jurídicos que -puede con la mejor intención, algunos, otros con intereses de otro tipo- pretenden implantar aplicaciones digitales de manera apresurada a una realidad mucho más compleja y rigurosa: los procesos judiciales. Ni las prisas, ni los intereses hegemónicos de ciertos sectores económicos/jurídicos conectados a las nuevas tecnologías pueden ser los que marquen los tiempos, los medios y los objetivos en este asunto transcendental.

2º Resituar a los Secretarios de Gobierno y Coordinadores Provinciales en las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y en el CGPJ.

Actualmente en las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, sólo el Secretario de Gobierno de tales órganos es miembro de las mismas. Además, solo con derecho a voz, pero no a voto. Es necesario que, en la medida en que somos parte integrante e imprescindible de los Juzgados y Tribunales, se reforme el artículo 149.2 de la LOPJ, para que sean designados como vocales de la dichas Salas a los Secretarios Coordinadores Provinciales de sus respectivos territorios. De igual manera, se deberá reformar el artículo 158 de la LOPJ para atribuirles a los Secretarios de Gobierno y Coordinadores ***voz y voto*** en la Sala, en igualdad de condiciones que el resto de miembros.

En relación al CGPJ, por iguales motivos, es decir, dado que los Letrados de la Administración de Justicia tienen una dependencia orgánica del Ministro de Justicia, pero **no funcional** -esta se residencia en las los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de las actividades metajurisdiccionales o judiciales que los mismos ejercen y hacen posible la jurisdicción en sentido restringido-, es necesario que la presencia de los mismos en su seno esté garantizada. Con ello se dará seguridad y certidumbre jurídica a las funciones procesales de los Letrados de la Administración de Justicia, se podrá garantizar la independencia en su ejercicio y podrán evitarse posibles intromisiones ejecutivas o de cualquier género en las mismas. A tal efecto, deberá reformarse el artículo 566 LOPJ para establecer que, de los ocho juristas de reconocido prestigio, ***tres sean procedentes del Cuerpo Nacional de Letrados de la Administración de Justicia en activo***.

3º Formulación legal más clara del concepto de Juzgados y Tribunales y de las funciones procesales configurándolas como metajurisdiccionales.

---

externa y fehaciente" (SSTC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 3; 118/1991, de 23 de mayo, FJ 3; 140/1991, de 20 de junio, FJ 3; 82/1992, de 28 de mayo, FJ 3, y 92/2006, de 27 de marzo , FJ 3. En el mismo sentido, STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 4). ***Esta doctrina, dictada a propósito del acta escrita, resulta predicable sin dificultad dialéctica alguna a la grabación audiovisual como soporte de documentación****." También la actividad de documentación de la vista reviste importancia para comprobar el cumplimiento de otras garantías del proceso penal, ya no vinculadas al resultado de la prueba sino a la alegación de las pretensiones deducidas*".

No podemos seguir funcionando con la indeterminación existente sobre tales conceptos. Los ***Juzgados y Tribunales deben ser definidos*** con claridad en la LOPJ, despejando cualquier duda sobre quiénes son los integrantes del mismo: Jueces y Letrados de la Administración de Justicia. El artículo 2 de dicha Ley, es el adecuado para tal menester, añadiendo un párrafo 3 en el que se recoja que "***los Juzgados y Tribunales están integrados por los Jueces y Magistrados que ejercen la jurisdicción y los Letrados de la Administración de Justicia que ejercen las funciones procesales de ordenación material, documentación y fe pública judicial que sustenta aquélla***".

De igual forma debe formularse, con claridad, en la LOPJ: ***a) la naturaleza judicial de las funciones procesales*** de los Letrados de la Administración de Justicia; ***b)*** la ***independencia*** y el ***sometimiento exclusivo a la Ley*** como principios que rigen el ejercicio de las mismas; y ***c)*** el carácter de colaborador necesario en el ejercicio de la función jurisdiccional de los Letrados de Justicia. Esto nos permitirá ser, por derecho, lo que algunos sectores doctrinales llaman jueces del procedimiento, nosotros preferimos seguir utilizando nuestro nombre de Letrados de la Administración de Justicia. Para ello, **deben separarse** -de forma radical- las competencias procesales y fideizantes, de ***las competencias gubernativas***, sometidas a otros principios -dependencia jerárquica y unidad- que en nada afectan a aquéllas. Los artículos 465.8 y 467.1 de la LOPJ deben ser objeto de una nueva redacción más clara. Las Instrucciones de Servicio, Circulares, Protocolos, Guías -o cualquier otro instrumento que pueda utilizarse con igual propósito, ahora son innumerables-, solo pueden estar referidas a las funciones gubernativas de los Letrados de la Administración de Justicia. En ningún caso podrán suponer una intromisión a la actividad procesal de los Letrados de la Administración de Justicia, ya sea general o relativa a asuntos concretos. No pueden quedar resquicios, de ningún tipo, por los que puedan colarse interpretaciones torcidas sobre la separación de las competencias procesales de los Letrados de la Administración de Justicia -fe pública judicial, documentación y ordenación material y formal del proceso-, de las gubernativas.

Terminamos esta propuesta consignando que, con la regulación actual, estas zonas de conflicto se producen, de ahí la necesidad de las reformas propuestas. Pero también debemos consignar aquí -para tranquilizar a los temerosos- que los Tribunales se están encargando de separarlas con claridad -de momento-. Evitando, así, las posibles ***intromisiones que son declaradas ilegales.*** En este sentido es muy ilustrativa la STJA 368/2020, de la Sala de Contencioso-Administrativo. En relación a la Instrucción de Servicio de la Secretaria Coordinadora Provincial de Zaragoza[46].

[46] Ver los fundamentos jurídicos 4º, 5º y 6º.

4º Elección transparente y eficiente de los Secretarios de Gobierno y Secretarios Coordinadores.

Los mejores estudios en materia de Administración Pública[47], coinciden en exigir que los procesos de selección para los puestos de trabajo de la Administración con altas responsabilidades, deben realizarse por medio de procedimientos que garanticen los principios de mérito, capacidad y publicidad/transparencia; ***evitando la libre designación*** basada en la confianza personal entre el nombrado y el que lo nombra.

Los Secretarios de Gobierno y Coordinadores Provinciales están entre tales puestos de trabajo. Su nombramiento debe responder a esos principios, si queremos que la legitimidad en el ejercicio de sus funciones no quede en entredicho por la oscuridad y el nepotismo de sus orígenes. En este sentido, la reciente STS de 9 de junio de 2020, Sala Tercera, establece que es imprescindible distinguir adecuadamente el sistema de ***libre designación de puestos a ocupar por funcionarios públicos*** de otros supuestos. Esta -la libre designación- debe tener un carácter excepcional en el que, si bien hay un componente de confianza en el designado: ***tal confianza se base en sus cualidades profesionales.*** Terminando por establecer que la discrecionalidad referida a esta forma de provisión de plazas funcionariales, está sujeta a los principios constitucionales de **igualdad, mérito** y **capacidad**; a estos principios añade el de **publicidad.**

Sobre este marco doctrinal y jurisprudencial, proponemos que los Secretarios de Gobierno y los Coordinadores Provinciales, sean elegidos por un sistema que cumpla los siguientes requisitos, como mínimo:

a) Letrados de la Administración de Justicia en activo con más de 10 años de ejercicio profesional.

b) Solicitud del interesado con expresión de sus méritos y objetivos para el cargo.

c) Aportación de informe profesional de los Servicios de Inspección del Ministerio de Justicia de los candidatos.

d) Objetivación de la valoración de los méritos alegados, con sistemas previos y conocidos públicamente.

e) Comparecencia de los candidatos ante el Consejo del Secretariado[48]. En la misma deberá, en un plazo máximo de una hora, defender su candidatura con

[47] Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, https://administracion.gob.es/pag_Home/ca/dam/jcr:4c4e8573-6220-4b6a-9397-8f95e566b42a/INFORME-LIBRO.pdf . Además, Estudios para la Reforma de la Administración Pública, Fernando Sainz Moreno, Editores: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP); año de publicación: 2004.

[48] Entre tanto se crea la institución que dirija y coordine a los Letrados de la Administración de Justicia propuesta en la propuesta 1ª. Referencia 43.

exposición oral de sus méritos y programa de actuación en el cargo para el que opta.

f) Formulación por el Consejo de ternas de tres candidatos, ponderando los méritos y la comparecencia, dando publicidad a las mismas y a la valoración de los candidatos, oídas las CCAA con competencias transferidas.

g) Elección, de entre las ternas formuladas por el Consejo del Secretariado, mediante un ***sistema de sorteo***. Este sistema no es una ocurrencia, tiene sólidos estudios doctrinales que lo respaldan y reputados defensores[49]. Aunque en un principio la ***aleatoriedad*** como sistema de elección pueda producir sorpresa, sus ventajas -una vez seleccionados los candidatos conforme a los puntos anteriores- proporciona ventajas imbatibles sobre el tradicional de elección dactilar. Acaba con clientelismos y favores de todo tipo -reales o imaginarios pero iguales de perjudiciales para la credibilidad del sistema-. Por otro lado, terminado el mandato de los elegidos, deberán éstos volver con humildad franciscana al puesto de trabajo ordinario, con lo que se cercenarán malsanas ambiciones futuras.

Por último, para evitar que los Secretarios de Gobierno y Coordinadores se conviertan en meras correas de transmisión de las instrucciones del Ministerio de Justicia, su **cese** no podrá producirse -más allá de la enfermedad, renuncia o transcurso del plazo para el que fue nombrado- por la pérdida de confianza, sino por causas tasadas y objetivas que permitan ser controladas por los Tribunales de Justicia. En este sentido los artículos 464.3 LOPJ, el artículo 16 d) y 17 1) del ROCSJ, deben ser modificados conforme a lo propuesto.

5º Puesta en marcha de la Oficina Judicial -me niego a llamarla nueva a estas alturas- con despliegue de los Tribunales de Instancia.

Una vez más tengo que concluir uno de mis trabajos en esta materia, con la reclamación melancólica de que se desplieguen, una y otros. La Oficina Judicial proyectada en el 2003 y los Tribunales de Instancia, son los instrumentos adecuados para que los Letrados de la Administración de Justicia puedan desplegar todas sus potencialidades. Eso sí, también hay que recordarlo, su instauración debe realizarse con los medios personales y materiales que ambos necesitan. Lo contrario es lanzarlos a una realidad judicial con las alas truncadas, directos al fracaso que sus numerosos detractores les han augurado, aún antes de

[49] Sistema de elección defendido -con ardor- por los catedráticos de derecho Administrativo Francisco Sosa Wagner y Mercedes Fuertes en Blog: https://sosawagner.es/author/sosa/**.** Así como por Agustín Ruiz Robledo, Catedrático de Derecho Constitucional, artículo El País de 3 de octubre de 2020. Mucho antes que ellos, la democracia ateniense, utilizó el método del sorteo para elegir sus cargos ejecutivos entre los ciudadanos, con periodos breves de ejercicio. DEL ÁGUILA TEJERINA, R. Manual de Ciencia Política. Madrid: Trotta, 1997. Página 145.

que nacieran -en una especie de autoprofecía cumplida como consecuencia de su formulación-.

La ausencia de esos dos instrumentos organizativos/orgánicos, ha dificultado -en una medida difícil de cuantificar- las nuevas competencias procesales de los Letrados de la Administración de Justicia. A pesar de ello no se han desnaturalizado, al contrario, datos como los que se contienen en el Letrado Judicial en Cifras[50], demuestran que incluso en circunstancias tan poco favorables como las que proporcionan los Juzgados y Tribunales tradicionales, tienen sentido y son eficaces.

IV. Epílogo

El debate está abierto y el marco del mismo propuesto. El futuro de los Letrados de la Administración de Justicia no puede estar al socaire de las interpretaciones -más o menos avanzadas- que hagan los Jueces y Tribunales sobre ellos. Su naturaleza, sus competencias y sus funciones son materia de importancia relevante para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Por eso es necesario -y reclamamos- que el futuro de los Letrados de la Administración de Justicia, como el de todos los operadores jurídicos, sea determinado por la voluntad ciudadana expresada a través del Legislador. Las cuestiones planteadas no pueden ser resueltas por la propia Justicia o el Tribunal Constitucional, esa es una tarea reservada a las Leyes democráticas surgidas de las Cortes Generales[51].

V. Bibliografía

ALMAGRO NOSETE, J. y OTROS. Derecho Procesal. Parte General, Tomo. 1, Volumen. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

BANACLOCHE PALAO, J. El proyecto de Nueva Oficina Judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?. En: Diario La Ley. Madrid, 2009, nº 7251, Sección Doctrina.

BANACLOCHE PALAO, J. Todas las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia son revisables en todas las jurisdicciones: La inevitable extensión de la STC 58/2016, de 17 de marzo. En: Diario La Ley. Madrid, 2016, nº 8779, Sección Tribuna.

[50] Letrado de la Administración de Justicia en Cifras. Madrid: Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, 2019. Página 50: "*las nuevas funciones procesales de los Letrados de la Administración de Justicia se han incrementado exponencialmente en el 77,66% de los asuntos que tienen pendientes los órganos judiciales españoles -civil, contencioso y social-, y algo menos en el 22,34% que corresponde a la jurisdicción penal*".

[51] Ver nota 8.

CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F. J. El expediente judicial electrónico y los letrados de la administración de justicia: la imposible custodia de lo intangible. En: Diario La Ley, 2017, nº 9078.

CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F. J. La nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y el Poder Judicial: un juego de mercaderes en el templo del Reglamento General de la Unión Europea. En: Diario La Ley, 2019, nº 9430.

CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F. J. Protección de datos y Poder Judicial. En: Diario La Ley, 2018, nº 9293.

DE LA OLIVA SANTOS, A. Justicia sin jueces (independientes). En: Diario ABC, Madrid, 08/01/2009.

DEL ÁGUILA TEJERINA, R. Manual de Ciencia Política. Madrid: Trotta, 1997.

GIMENO SENDRA, J. V. Introducción al Derecho Procesal. 4ª Edición. Madrid: Castillo de Luna ediciones jurídicas, 2020.

JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M. La fe pública como atributo del Estado", I Jornadas de la Fe Púbica Judicial, Sitges: Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, 1985.

Letrado de la Administración de Justicia en Cifras. Madrid: Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, 2019.

LORCA NAVARRETE, J. F. Organización judicial española y principios rectores del proceso español. Edición 2ª. Madrid: Dykinson. 1995.

MARTIN OSTOS, J. Funciones procesales del Secretario Judicial en la LOPJ. Madrid: Justicia, 1986. En este mismo sentido se pronuncia en otras obras como "Hacia un nuevo modelo de Secretario Judicial", 1991 y "El Secretario Judicial a examen", 1992.

MARTÍNEZ GUERRERO, A. Comentario de la STC de 17 de marzo de 2016 a propósito de la revisión de las resoluciones procesales de los Letrados de la Administración de Justicia. En: Diario La Ley, Madrid, 2016, nº 8790, sección Tribuna.

MARTÍNEZ GUERRERO, A. Las Diligencias de Entrada y Registro en el Procedimiento Penal Español. En: Revista Acta Judicial nº 3, junio 2019, Madrid.

MORENO CATENA, V. M. La fe pública judicial y la publicidad en la LOPJ. II Jornadas de la Fe publica Judicial, Alicante, 1986.

MUERZA ESPARZA, J. J., HINOJOSA SEGOVIA, R., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., DE LA OLIVA SANTOS, A. Derecho Procesal Penal. 8ª Edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007.

ORTELLS RAMOS, M. Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficiencia y técnica legislativa. En: Ius et Praxis, Vol. 18, nº 1, 2012.

ORTELLS RAMOS, M., Catedrático Derecho Procesal. Universidad de Extremadura. Memoria presentada por el autor en el concurso-oposición a la

Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Extremadura, celebrado en Madrid, en febrero de 1984.

P. DE VEGA; en el prólogo a la obra de SCHMITT, C. La defensa de la Constitución. Madrid: Tecnos, 1983.

PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, L. El Rechtspfleger. En GUASP DELGADO, J. Libro homenaje a Jaime Guasp. Granada: Comares, 1984.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Sobre la función «parajudicial» y la independencia de los Letrados de la Administración de Justicia. En: Diario La Ley, nº 8952, Sección Doctrina. 2017.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. El Secretario Judicial, garantía constitucional del ciudadano. En: III Jornadas de la Fe Pública Judicial, Madrid: Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, 1987.

SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F. C. ¿Existe el Poder Judicial?. En: Revista jurídica Tapia, núm. 37, 1987.

SANCHO ALONSO, J. La Función Institucional del Secretario Judicial-Letrado de la Administración de Justicia. Tesis Doctoral. Málaga, febrero 2017. Facultad de Derecho de Málaga. Área de Derecho Administrativo.

SCHNEIDER, J. P. Continencia judicial y estructura normativa abierta del derecho constitucional. En LOPEZ PINA, A. División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional. Madrid: Tecnos, 1983.

SERRANO MASIP, M. Supresión de espacios de "inmunidad jurisdiccional" incompatibles con derechos y principios constitucionales. En: Diario La Ley. Madrid, 2020, nº 9589, Sección Tribuna.

SHOSHANA ZUBOFF. La era del capitalismo de la vigilancia. Barcelona: Paidós. 2020.

YÁÑEZ EVANGELISTA, J. y STEFEL MORENO, A. Reflexiones sobre la STC (Pleno) de 17 de marzo de 2016: Bases para la proyección de su Doctrina en el Orden Civil. En: Diario La Ley. Madrid, 2016, nº 8760, Sección Tribuna.

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 94/1988 y núm. 292/2000.

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 298/2020 de 11 de junio. Fundamento Jurídico 5º.

España. Real Decreto 937/2003, de 18 de julio, de modernización de los archivos judiciales.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

Revista Acta Judicial

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 127

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 (Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, España)
Isabel Morales Mirat (Letrado de la Administración de Justicia, España)

Comité Científico

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)
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.

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.

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/ktria11.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]. Luchar: Editor, Fecha de publicación, Numeración, Rango de páginas (de la contribución) [consulta: fecha]. Identificador normalizado (ISSN, ...) (si está disponible). Disponible: enlace a la publicación

Ejemplo1 : *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 ceden los derechos de transformación, 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