



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL
SOBRE EL ANTEPROYECTO DE
LEY ORGÁNICA DEL PODER
JUDICIAL**

Madrid, 25 de junio de 2014



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY
ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL**

**1. INTRODUCCIÓN. PROCEDENCIA DE LA EMISIÓN DE INFORME POR
PARTE DEL CONSEJO FISCAL.**

Por oficio de fecha 7 de abril de 2014 el Secretario de Estado de Justicia ha remitido al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, el Anteproyecto de referencia, para que el Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 14.1.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), emita el correspondiente informe.

El Anteproyecto viene acompañado de la memoria de análisis de impacto normativo, que agrupa las memorias, estudios e informes sobre su necesidad, así como la memoria económica y el informe de impacto de género, previstos en la Ley 50/2997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

A tenor del expresado artículo 14.4 j) EOMF, corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo Anteproyecto LOPJ) remitido, constituye un cambio organizativo de la Administración de Justicia que pretende ser un instrumento de modernización, para lo cual se modifican sustancialmente las estructuras judiciales para adaptarlas a la realidad económica, social y jurídica actual.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En virtud de las misiones que el art. 124 otorga al Ministerio Fiscal de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social, resulta obvio que una modificación de tal entidad en la organización judicial entra dentro de las competencias consultivas del Consejo Fiscal.

La amplitud de contenidos del Anteproyecto y la delimitación del marco funcional que establece el citado artículo 14.4.j) del EOMF en relación con el objeto de sus informes, aconseja señalar de manera explícita que las observaciones que siguen se ciñen, como es regla habitual en los informes de este Órgano, al estudio de la adecuación del texto analizado a la Constitución, a evaluar en su caso el respeto al principio de jerarquía normativa, a su corrección técnico jurídica y a la valoración de la conformidad de las funciones asignadas a la configuración orgánica y funcional del Ministerio Fiscal contenida en su Estatuto Orgánico y en su caso, a evaluar la suficiencia de los medios de los que se dispone para el eficaz desempeño de las funciones afectadas por la norma analizada. Se omiten otras valoraciones o comentarios que, si bien pudieran tener interés desde el punto de vista doctrinal o dogmático, no constituyen aportaciones efectivas a la redacción de la norma, procurando de este modo una exposición más concisa y por tanto más adecuada a la finalidad que se pretende, que no es otra que la de contribuir a mejorar la calidad y la claridad de los preceptos legales examinados.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal sobre el mencionado Anteproyecto y da cumplimiento al preceptivo trámite de informe previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

2. CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO Y OBSERVACIONES.

El Anteproyecto de LOPJ contiene una extensa Exposición de Motivos, dividida en siete apartados, seguida del texto articulado compuesto por seiscientos sesenta y seis artículos sistematizados en siete libros, con los siguientes epígrafes:

Libro Primero.- De la potestad jurisdiccional, su titularidad y su ejercicio (arts. 1 a 71).

Libro Segundo.- De la organización y funcionamiento de los Tribunales (arts. 72 a 303).

Libro Tercero.- De los Jueces (arts. 304 a 455).

Libro Cuarto.- Del Consejo General del Poder Judicial (arts. 456 a 535).

Libro Quinto.- Del Cuerpo de Letrados al servicio de la Administración de Justicia (arts. 536 a 570).

Libro Sexto.- De los restantes Cuerpos de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y de otro personal (arts. 571 a 641).

Libro Séptimo.- Del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con al Administración de Justicia (arts. 642 a 666).

El Anteproyecto concluye con doce disposiciones adicionales, catorce disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por razones sistemáticas se abordará el análisis de las reformas proyectadas siguiendo la numeración de los Libros del Anteproyecto.

LIBRO PRIMERO

De la potestad jurisdiccional, su titularidad y su ejercicio

El libro I dedicado a la potestad jurisdiccional se subdivide en siete capítulos:

En el capítulo I “Principios de unidad y exclusividad” (arts. 1 a 5), capítulo II “Sujeción general a la potestad jurisdiccional” (arts. 6 a 11), capítulo III “De la inamovilidad, independencia y responsabilidad de los jueces” (arts. 12 a 21), capítulo IV “Vinculación al sistema de fuentes establecido” (arts. 22 a 41), capítulo V “Relaciones del Poder Judicial con la sociedad” (arts. 42 a 45), capítulo VI “Relaciones del Poder Judicial con demás poderes públicos” (arts. 46 a 54), capítulo VII “De la competencia judicial internacional” (arts. 55 a 59).

Antes de entrar a analizar el contenido de este Libro I, el Consejo Fiscal desea poner de manifiesto la necesidad de que la futura LOPJ fije de forma clara e inamovible la inserción institucional del Ministerio Fiscal en el ámbito del Poder Judicial, de acuerdo con la fórmula que actualmente emplea el art. 2º.1 EOMF, que debería encontrar acomodo en la futura LOPJ, tanto en su parte expositiva como articulada.

En efecto, el Anteproyecto desdibuja la relevancia constitucional del Ministerio Fiscal al contemplar su inserción en el Libro VII, donde según manifiesta la Exposición de Motivos se recoge el marco básico regulador de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

los órganos y de los cuerpos de funcionarios y profesionales que no integran el Poder Judicial pero que colaboran con él (pág. 17);

El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional regulado en el art. 124 de la Constitución, precepto que, a su vez, se inserta en el Título VI “Del Poder Judicial” de nuestra Carta Magna. Ello unido a las funciones que legal y constitucionalmente tiene encomendadas le diferencian con claridad del resto de cuerpos y profesionales con los que, sin embargo, comparte el Título VII en el ALOPJ.

La opción del Anteproyecto, por lo tanto, resulta errónea, pues desconoce una parte irrenunciable de la misión constitucional del Fiscal, en su calidad de defensor de la independencia judicial, y órgano imparcial de promoción de la acción de la justicia, al tiempo que proporciona a la sociedad una imagen desnaturalizada de su realidad institucional, que no puede ser homologada a ningún otro cuerpo profesional o funcional de los que ejercen sus funciones en el ámbito de la jurisdicción.

Estimamos necesario por ello que tanto en la Exposición de Motivos como en el artículo que se dedique al Ministerio Fiscal (el Anteproyecto lo recoge ahora en el art. 642, que reproduce sustancialmente el art. 541 LOPJ, introducido por la LO 19/2003, de 23 de diciembre), se haga la declaración explícita de que el Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial. La ubicación adecuada para tal precepto sería precisamente este Libro I.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

TÍTULO I

Principios de unidad y exclusividad

Como cabía esperar, no se introducen modificaciones sustanciales en los principios rectores de la potestad jurisdiccional, pero sí ciertos matices en su formulación que aunque no merezcan objeción, son representativos de una visión marcadamente organicista y estatutaria –que pone el acento en el Poder Judicial y su gobierno-. El actual tenor de la LOPJ resulta más equilibrado, en la medida en que se centra en los principios rectores del ejercicio de la función jurisdiccional, encomendando la regulación de los aspectos orgánicos a los apartados subsiguientes.

Art. 1. Principios rectores de la Justicia

Enuncia los principios rectores de la Justicia de forma semejante al actual art. 1 LOPJ; inmediatamente se aprecia que se trata, en realidad, de la trasposición cuasi literal del contenido del art. 1.1 CE, que con entera lógica se sitúa en el frontispicio de esta norma por su carácter constitucional. Hay un matiz, sin embargo, que merece nuestra atención por su indudable trascendencia: se dice que la Justicia se administra en nombre del Rey “por Jueces integrantes del Poder Judicial”, suprimiendo la referencia original a Magistrados que se hace tanto en el art. 1.1 CE, como en el art. 1 LOPJ.

Esta variante constituye la expresión primera de la apuesta del ALOPJ por la supresión de las categorías en el seno de la Carrera Judicial, de evidente trascendencia para la Carrera Fiscal en virtud del mandato de trasposición contenido en su Disposición Adicional segunda, que establece que “En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

remitirá a las Cortes Generales el Proyecto de reforma de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que incorporará las normas necesarias para la unificación de categorías de la carrera fiscal, para la provisión de plazas en las distintas fiscalías y para la adecuación del contenido de aquél a lo dispuesto en esta ley orgánica”.

En la mente del Prelegislador anida la idea de que la literalidad del citado precepto constitucional no implica que la división de Jueces en categorías sea un genuino mandato limitativo de las facultades del Legislador para conformar una Carrera Judicial sobre bases diferentes, y hacia esta nueva configuración propende el Anteproyecto.

Se trata, de todos modos, de una opción discutible, que rompe de forma abrupta con la tradición judicial española, sin aportar una justificación clara, pues la actual estratificación en categorías profesionales no ha constituido nunca obstáculo para efectuar un escalonamiento funcional de los Jueces en puestos de distinta relevancia. Al mismo tiempo, anticipa la incertidumbre y enormes dificultades que presentará la adaptación de las previsiones del ALOPJ en esta materia a la Carrera Fiscal que, como es sabido, se rige por principios organizativos y de funcionamiento distintos de la Judicial.

Art. 2. Principio de unidad del Poder Judicial

Enuncia el principio de unidad del Poder Judicial como manifestación de un poder constitucional difuso que “reside en todos y cada uno de los Tribunales regulados por la presente Ley”; es significativa sin embargo la variación de perspectiva que introduce en relación con la vigente LOPJ, que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

en su art. 3.1 predica la unidad como principio rector de la función—“la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley”—no de los órganos encargados que dispensarla.

El Anteproyecto enfatiza de esta manera, desde sus primeros compases, la importancia que otorga a la vertiente gubernativa de la organización judicial, e incluso a su sentido jerárquico, que le lleva a proclamar en su art. 2.3 que todos los jueces se hallan “bajo la autoridad del Consejo General del Poder Judicial”, afirmación que siendo intrínsecamente cierta cuando se aplica a los aspectos administrativos de la Carrera y a los aspectos accesorios y periféricos de la actividad judicial, resulta más cuestionable cuando se maneja en un Título que tiene como objeto la potestad jurisdiccional, núcleo y paradigma de la independencia judicial, y ámbito inmune, por decisión del constituyente y por convicción común de todas las sociedades democráticas, a la intromisión de cualquier autoridad externa.

Esta declaración, incardinada así en un Libro y Título dedicados a la potestad jurisdiccional, resulta no sólo cuestionable sino claramente inoportuna y equívoca, pues puede transmitir la falsa idea de que los Jueces y Tribunales resuelven los casos siguiendo los dictados del Consejo General del Poder Judicial.

La LOPJ es bastante sensible al problema de la delimitación del núcleo de la potestad jurisdiccional respecto de sus aspectos accesorios o instrumentales; su art. 12.1 dice que “en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial”.Echamos en falta una declaración similar en el nuevo texto, ya que la única que se contiene se



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

encuentra ubicada en el art. 15 relativo a la independencia judicial en cuyo primer apartado manifiesta de forma sucinta que los Jueces son independientes en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La conformación sistemática de una norma no es en absoluto inocua en el momento de su interpretación, y por ello debe ser cuidadosamente elaborada para evitar cualquier género de confusión. Entendemos por ello que lo más lógico y acertado es que los primeros artículos del nuevo texto normativo se centren en la potestad jurisdiccional como función de trascendencia constitucional, como hace la vigente LOPJ, de modo que el ropaje orgánico-institucional del que se dota a los órganos judiciales se regule aparte y en distinta sede. Conjugación de nociones de jerarquía y gobierno de los jueces en la rúbrica atinente a los principios rectores de la función jurisdiccional resulta desde esta perspectiva absolutamente inoportuno.

Por todo ello estima el Consejo Fiscal que la declaración del apartado 3 del art. 2 del ALOPJ debiera de ser sustituida por la redacción del actual art.12.1.

Art. 3. Principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional

Enuncia el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional con una redacción diferente de la usada en el art. 2.1 LOPJ, pues opta por un enunciado negativo –“no podrá atribuirse a órganos distintos de los Tribunales que componen el Poder Judicial”-; parece más elegante –y enérgica- la fórmula asertiva que caracteriza al enunciado actual: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y los tratados internacionales”.

Art. 4. Jurisdicción militar

Regula el ámbito de la jurisdicción militar. No introduce variación sustancial, aunque nuevamente se cambia la redacción enfatizando la idea de un “Poder Judicial del Estado” que abraza igualmente a los órganos integrantes de esta jurisdicción.

Art. 5. Otras funciones de los Tribunales

Establece la posibilidad de que los Tribunales puedan ejercer funciones distintas de la potestad jurisdiccional –al igual que el art. 2 LOPJ- si bien introduce un matiz restrictivo –“cuando sea estrictamente necesario”- funcional –“para la garantía de algún derecho”- y formal –“mediante Ley aprobada por las Cortes Generales”-. En este caso las novedades merecen ser favorablemente acogidas, pues se coheren con la correspondiente previsión constitucional (art. 117.4, en cuanto limita la eventual ampliación de la función de los jueces a la garantía de los derechos) y dan claridad a la fuente normativa susceptible de operar la ampliación (ley estatal).

Art. 6. Reconocimiento de los efectos de la jurisdicción de los Tribunales internacionales

Establece en su apartado 1 las condiciones del reconocimiento en nuestro país de la jurisdicción de los Tribunales supranacionales e internacionales



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

conforme a los tratados internacionales que los instituyan. No constituye ninguna novedad.

El apartado 2, en cambio, realiza una aportación trascendente al autorizar a quien ha sufrido la lesión de un derecho individual declarada en una sentencia del TEDH a instar del TS la rescisión de la resolución judicial firme que concluyó el proceso en el que se produjo dicha infracción. El precepto dice que las sentencias del TEDH en los asuntos en que España haya sido parte demandada y en que se declare la violación de un derecho, siempre que esa vulneración haya sido relevante o determinante del fallo, “serán motivo para la interposición del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo exclusivamente de la resolución judicial firme dictada por el correspondiente Tribunal español en el proceso a quo, a instancia de quien hubiera sido demandante ante dicho Tribunal”.

Esta novedad merece una favorable acogida, porque las Sentencias del TEDH carecen de eficacia directa interna (STC 245/1991, de 16 de diciembre), y nuestro ordenamiento jurídico todavía no ha previsto una vía de restablecimiento de los derechos conculcados, más allá de la satisfacción por el Estado de la compensación económica que le haya podido imponer el propio TEDH. Es conveniente por ello habilitar algún medio que permita a los tribunales españoles superar el escollo procesal que representa la cosa juzgada con el fin de dar cumplida satisfacción a las exigencias del TEDH.

En el Derecho Comparado se han procurado diversas respuestas:

- a) Algunos países optan por el remedio rescisorio y convierten en motivo de revisión de sentencias con valor de cosa juzgada la declaración de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

infracción de derechos individuales emanada del TEDH: es el caso del art. 443 núm. 5 del Code d'instructioncriminale de Luxemburgo, o los arts. 407.7 del Código de Procedimiento Civil y 391 del Código de Procedimiento Penal de Noruega.

- b) Otros países recurren a la técnica de la ley del caso único, como ocurrió en Austria (Ley de 12 de marzo de 1963, a raíz de los casos Palaqui y Dunshimm).
- c) En caso de condena penal también se recurre a la aplicación de medidas de gracia, como sucedió en los asuntos Neumeister y Bönnish en Austria y Rubinat en Italia.
- d) Los Estados que carecen de normas procesales internas que permitan fundar en una sentencia del TEDH la revisión o anulación de la sentencia nacional se limitan a informar de esta carencia al TEDH, cumpliendo la prestación pecuniaria subsidiaria con simultánea divulgación de la sentencia a modo de reparación moral de la infracción.

La opción del Anteproyecto, que decide seguir la senda de los países que habilitan la vía de la rescisión de las sentencias nacionales, nos parece correcta. No obstante, si se quiere incrementar la eficacia del remedio rescisorio como instrumento para facilitar la ejecutoriedad de los pronunciamientos del TEDH debiera, quizás, darse un paso más: que el mismo fundamento declarado en la STEDH pueda ser alegado por otros perjudicados no demandantes que hayan sufrido la misma infracción de sus derechos individuales en supuestos que presenten suficiente identidad de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

razón para entenderlo aplicable a su caso. El Anteproyecto proporciona un remedio adecuado para el demandante que ha alcanzado el éxito en un procedimiento ante el TEDH, pero no hay que olvidar que los derechos humanos tienen un valor intrínseco y universal, de modo que constituyen el cimiento del ordenamiento jurídico objetivo, y que los pronunciamientos del TEDH, aunque resuelven casos concretos, generan una doctrina vinculante en la interpretación de las normas jurídicas internas en lo concerniente a los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), por lo que lo más correcto sería admitir que infracciones del mismo derecho individual, en supuestos de hecho idénticos, pudieran acceder también al juicio de revisión, lo que además de resolver los supuestos individuales que se dieran en cada uno de estos casos, ahorraría probablemente a España las nuevas –e innecesarias– condenas del TEDH a las que se vería abocada si la única vía que se deja al perjudicado para obtener la reparación de su derecho es conseguir un pronunciamiento del TEDH aplicable a su caso.

El Anteproyecto, por otra parte, no concreta el trámite que ha de seguirse para sustanciar la pretensión de revisión: podría entenderse que se ha de seguir el de la LEC (arts. 511 a 516), por su naturaleza de derecho común, de aplicación supletoria a todos los órdenes jurisdiccionales; podría entenderse, igualmente, que lo que el Anteproyecto establece es una causa general de rescisión que, en lo concerniente a procedimiento, se habría de sustanciar en cada Sala del TS de acuerdo con las normas reguladoras del recurso de revisión previstas en las respectivas leyes procesales. El Consejo Fiscal considera que este punto merece ser aclarado. Algunos aspectos del trámite quizá demanden un tratamiento especial, por ejemplo, el estricto plazo de caducidad de cinco años a contar desde la publicación de la sentencia que la ley exige para el ejercicio de la pretensión de rescisión (art.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

512.1 LEC), que puede resultar insuficiente si tomamos en consideración la demora que pueden sufrir los trámites en los tribunales de garantías, TC y TEDH; igualmente los efectos que cabe anudar a la sentencia estimatoria de la revisión, que pueden consistir, según los casos, en la reposición de las actuaciones al momento en que se produjo la infracción, o en el dictado de una segunda resolución que restablezca directamente el derecho conculcado.

Título II

Sujeción general a la potestad jurisdiccional

Art. 7. Extensión de la jurisdicción

El apartado 1 –extensión de la jurisdicción- reproduce el art. 4 LOPJ. El apartado 2 –atribución de la jurisdicción exclusivamente por esta norma- reproduce el art. 9.1 LOPJ.

Art. 8. Colaboración con los Tribunales

Impone la obligación de todos –personas físicas y jurídicas- de colaborar con los Tribunales.

Art. 9. Buena fe y abuso del derecho

Reproduce parte del contenido del art. 11 LOPJ, aunque suprime de este apartado el mandato de ineficacia de las pruebas “obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” (inciso final del apartado 1) que ha sido y es, probablemente, de los más



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

frecuentemente citados e invocados en la práctica forense de todos los órdenes jurisdiccionales. Lo cierto es que tal interdicción se recoge ahora en el apartado 3 del art. 25 relativo a la tutela de los derechos y deberes fundamentales.

El Consejo Fiscal aboga por su mantenimiento (en el nuevo texto) en este precepto relativo a la buena fe y abuso de derecho.

Art. 10. Recursos

Se refiere a que las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes. Se trata de una prescripción de naturaleza procesal que, a nuestro juicio, guarda escasa relación con la rúbrica del Título, y que, en el mejor de los casos, podría insertarse en el artículo siguiente.

Arts. 11 y 12

Se refiere al carácter vinculante y ejecutividad de las resoluciones judiciales, como dimensión de la función jurisdiccional subsiguiente a la de juzgar, de forma similar a como se recoge en los art. 17 y 18 de la LOPJ.

Título III

Inamovilidad, independencia y responsabilidad de los jueces

Comprende los arts. 13 a 21.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Inicia el Título con el tratamiento de la inamovilidad de los jueces en lugar de tratar inicialmente la independencia judicial.

Los art. 13 y 14 son similares a los art. 15 y 378 de la LOPJ.

Art. 15. Independencia judicial.

Recoge el principio de la independencia judicial en el ejercicio de la potestad jurisdiccional e incluye la interdicción de instrucciones generales o imposición de órdenes particulares sobre el modo en que los tribunales hayan de interpretar y aplicar las leyes. Hay que destacar la redacción del Anteproyecto que suprime la referencia “respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial” en relación a la independencia judicial.

Establece también que en el ejercicio de las funciones previstas en el art. 5 no podrán recibir órdenes particulares sobre el modo de interpretar y aplicar las leyes pero sí estarán sujetos a las instrucciones generales dictadas por la autoridad competente. Esta redacción admite la posibilidad de intromisiones del CGPJ y de la posible “autoridad competente” que no queda determinada., no estimando admisible tal indeterminación. Además, la expresión utilizada, “autoridad competente”, tiene una connotación gubernativa que la hace claramente desafortunada.

Resulta más acertada la redacción del vigente art. 12, para evitar restricciones a la independencia judicial.

Art. 16. Prevenciones de carácter administrativo o gubernativo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Recoge la facultad del CGPJ de dirigir a los jueces prevenciones de índole meramente administrativa o gubernativa para el adecuado funcionamiento del servicio; atribuciones, que dentro de su esfera, comparten los órganos de gobierno interno de los tribunales.

Art. 17. Independencia en la interpretación de la norma jurídica

Traspone el contenido del apartado 2 del art. 12 de la LOPJ, aunque introduce matices que se encuentran en consonancia con la regulación restrictiva que el Anteproyecto realiza en orden a la libertad de expresión en relación con la administración de Justicia. Según el Anteproyecto no podrán los tribunales aprobar, censurar o corregir la interpretación y aplicación de las normas jurídicas hechas por sus inferiores en el orden jerárquico, sino cuando administren justicia en virtud de los recursos u otros mecanismos procesales que las leyes establezcan. Añade al texto vigente los verbos aprobar y censurar y se remite a otros mecanismos procesales que las leyes establezcan, sin especificar cuáles sean éstos.

La novedad más importante viene dada por la regulación de los mecanismos de protección de la independencia judicial establecida en los arts. 18 y 19 frente a injerencias o perturbaciones externas al proceso.

Art. 18. Respeto a la independencia.

El apartado 3 del art. 18 establece que “El Consejo General del Poder Judicial podrá ordenar a quien perturbe o inquiete a los Jueces el inmediato cese en dicha conducta. La continuación o reiteración de tal comportamiento



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

tras recibir la orden de cese será constitutiva de delito contra la Administración de Justicia previsto y penado en el apartado 1 del artículo 464 del Código Penal”.

Se refuerza de este modo el conocido como amparo del CGPJ regulado en el art. 14 LOPJ, que actualmente tiene un valor meramente declarativo de la existencia de perturbación, con un significado de respaldo moral del juez o magistrado, sin perjuicio de las acciones que pueda emprender el Ministerio Fiscal en el desempeño de su función de protector de la independencia judicial si los hechos presentasen relevancia penal.

El Anteproyecto proporciona al CGPJ un mecanismo proactivo de coerción jurídica tendente a asegurar el cese de la perturbación al otorgarle la potestad de conminar a quien perturbe o inquiete a los Jueces. La desobediencia a su orden, por continuación o reiteración de la conducta, se califica en la norma como constitutiva del delito previsto y penado en el art. 464.1 CP; incurriendo en evidente error el prelegislador al determinar el tipo penal, en su caso, aplicable al perturbador.

El precepto efectúa una remisión al Código Penal que resulta errónea: el art. 464.1 CP tipifica el empleo de violencia o intimidación sobre los denunciantes, partes, abogados, procuradores, testigos, peritos o intérpretes que participan en un proceso, no se refiere a las presiones explícitas o implícitas que puedan dirigirse a los Jueces con el propósito de torcer su recto entendimiento de la causa.

La desobediencia a las órdenes del CGPJ encontrarían mejor acomodo en el art. 556 CP –delito de desobediencia a la autoridad- o, en su caso, mediante



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

la creación de un tipo penal específico que podría incorporarse al Título XX del Libro II como una nueva modalidad de delito contra la Administración de Justicia.

Parece correcta, en principio, la salvedad incardinada en el último párrafo del segundo apartado relativa a las partes del proceso.

Debería de fijarse el procedimiento en virtud del cual se realice la valoración de la perturbación externa que justifique, en su caso, la orden de cesación de la misma.

El legislador debería sondear otras formas de protección incluido el otorgar al CGPJ de legitimación para ejercer una orden de cesación ante el orden jurisdiccional competente. El CGPJ es un órgano de gobierno, no jurisdiccional ni integrante del poder judicial. Su “gobierno” se dirige a los jueces por lo que es dudosa su legitimación de dirigirse, por ejemplo a ciudadanos o medios de comunicación ordenándoles que cesen en la expresión de sus opiniones.

Art. 19. Solicitud de conocimiento colegiado cuando exista perturbación.

El art. 19 contempla igualmente la posibilidad de recabar el conocimiento colegiado de un asunto como medida de amparo de la independencia del juez unipersonal frente a una intromisión en sus prerrogativas. Dice el precepto que “Si la perturbación de la independencia afectare a un Juez actuando unipersonalmente, éste podrá solicitar de la correspondiente Sala de Gobierno que formen sala con él otros dos Jueces del mismo Tribunal, a



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

los efectos de tramitar y resolver el asunto de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el art. 149”.

La remisión al art. 149 es confusa, pues se trata de un precepto que declara la competencia de índole administrativa de las Salas de Gobierno para aprobar, al inicio de año judicial, las normas de reparto, sustitución, suplencia y refuerzo entre Jueces y para proponer al CGPJ “las modificaciones que sean necesarias, por razones de servicio, de las Unidades y Secciones judiciales que conforman sus distintas Salas de Justicia, con sujeción en todo caso a lo dispuesto en esta Ley”.

La conversión oportunista de Unidades en Secciones colegiadas sólo se admite en el ámbito restringido de la instrucción penal en los arts. 113.6 y 119.3, pero no parece que el art. 19 quiera limitarse a este supuesto, pues habla de tramitar y resolver el asunto. La previsión de los arts. 113.6 y 119.3 unida a la realidad que se viene constatando a diario en la opinión pública y medios de comunicación permiten adivinar que el prelegislador está pensando en la jurisdicción penal, sin embargo no lo aclara del todo. Se trata, por tanto, de un extremo que necesita ser precisado.

Quizá la mención del art. 149 sugiera simplemente que al comienzo de cada año judicial tiene que estar aprobado el correspondiente turno de Jueces para cubrir las necesidades de dotar de composición colegiada a los órganos unipersonales cuyos titulares aleguen perturbación. Pero en tal caso queda sin precisar algo mucho más importante: quién tomará la decisión de autorizar la solicitud y acordar la modificación de la composición de ese órgano judicial.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El asunto es sumamente delicado, pues la constitución de las distintas Unidades y Secciones judiciales se sujeta a los principios de predeterminación y publicidad, y el propio anteproyecto enfatiza que, a estos efectos, cada una de ellas tiene la consideración de órgano judicial (art. 148). Este principio impide la alteración sobrevenida de las salas de justicia.

El art. 19 tensiona por ello más allá de lo admisible el derecho constitucional de todo justiciable al juez predeterminado por la ley (art. 24.1 CE), que resulta afectado en su contenido esencial si se tolera que la naturaleza y composición del órgano judicial pueda experimentar variaciones en función de incidencias intra o extraprocesales. En mayor grado, además, si la decisión de alterar la composición del órgano se confía a instancias de naturaleza gubernativa como son las Salas de Gobierno o el propio CGPJ (en el caso de la instrucción penal, conforme a los arts. 113.6 y 119.3, el cambio lo autoriza la Sala de Asuntos Generales, que es de naturaleza jurisdiccional).

Se estima que el conocimiento colegiado en supuestos de perturbación resulta innecesario por excesivo, dada la cumplida regulación que el anteproyecto realiza del amparo al juez inquietado.

El acceder a una solicitud de conocimiento colegiado en caso de perturbación supone reconocer de forma implícita que el juez no está en condiciones de ejercer sus funciones. Ello puede traer dos indeseables consecuencias. Por un lado, se abre una vía que permite eludir el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Por otro, que puede forzarse de forma interesada una perturbación para interferir y dificultar en la tramitación de una causa penal.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Consejo Fiscal aconseja por todo lo anterior la supresión de este precepto.

Art. 20. Responsabilidad penal de los jueces por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones

La novedad que introduce este precepto es que prohíbe a las autoridades públicas que no sean perjudicadas por el delito presentar querella directamente contra el Juez. La autoridad debe dirigirse al Ministerio Fiscal, que valorará si procede el ejercicio de la acción penal. Suprime el precepto la referencia a las faltas.

Art. 21. Responsabilidad disciplinaria de los Jueces

Remite a los apartados correspondientes de la propia Ley y reproduce la prohibición constitucional de los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración de Justicia.

Art. 22. Responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Suprime la acción civil directa contra el Juez que habiendo obrado en el desempeño de sus funciones con dolo o culpa grave, haya ocasionado la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado, y la sustituye por la acción de repetición administrativa. Así se desprende del art. 22.1 cuando dispone que en ningún caso los perjudicados podrán dirigirse directamente



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

contra los Jueces por los daños y perjuicios que les hayan ocasionado en el ejercicio de sus funciones.

La Exposición de Motivos explica la razón de este cambio: “Esta forma de responsabilidad no sólo es sumamente rara en la práctica, como consecuencia de la regulación constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino que es difícilmente justificable en un ordenamiento jurídico como el español que, desde la reforma que en 1999 se hizo de la Ley 30/1992, ha eliminado la responsabilidad civil directa de las demás autoridades y empleados públicos”.

El argumento es convincente, pero entonces lo que no se entiende es que el apartado 1 del art. 22 se cierre enigmáticamente con el inciso “sin perjuicio de la posible exigencia de responsabilidad al amparo del artículo 1902 del Código Civil”, pues la acción dimanante de la culpa extracontractual se sustancia precisamente en el proceso civil.

Establece el apartado 2 que en caso de dolo o culpa grave del Juez, “la Administración General del Estado, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, podrá exigir, por vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido, al Juez responsable, el reembolso de lo pagado”.

El “procedimiento reglamentariamente establecido” parece ser el ordenado en el art. 21 RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial; la prohibición de acción directa



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

contra autoridades y funcionarios se recoge en el art. 19 de dicho cuerpo normativo, que cita la fuente legal de la que emana: “Los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y el personal a su servicio, de conformidad con lo previsto en el art. 145 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

El art. 22.2 del anteproyecto concluye en el siguiente párrafo: “El dolo o culpa grave del Juez se podrá apreciar en sentencia o en resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que éste determine. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de la Administración de Justicia y su relación con el resultado dañoso”. La enumeración de los criterios es una trasposición casi literal del segundo párrafo del art. 145.2 LRJAP y PAC, erróneamente verificada cuando hace referencia al “personal al servicio de la Administración de Justicia”, pues lo que se está regulando es la responsabilidad patrimonial de los Jueces, no de los funcionarios o empleados.

La acción de repetición debe aparecer respaldada por una previa resolución declarativa del dolo o culpa grave del Juez en el desempeño de su función, que por su naturaleza no puede emanar de la propia administración reclamante; el anteproyecto admite un pronunciamiento judicial –sentencia-o gubernativo-judicial –del CGPJ-.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La primera posibilidad no ofrece objeción alguna, pues el enjuiciamiento de la conducta del Juez se verifica por otro órgano judicial investido de competencia objetiva para ello: se trataría, una vez desaparecida la acción civil directa del perjudicado contra el Juez, de un pronunciamiento recaído en el orden penal –previsiblemente en causa abierta por prevaricación dolosa o imprudente, aunque en este caso lo normal es que la acción civil se sustancie y resuelva en el mismo proceso- o en el orden contencioso-administrativo –al desempeñar a instancia de parte su función revisora de la decisión final del expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia-.

Más problemática es la segunda opción: que se trate de una resolución del CGPJ recaída en un procedimiento administrativo de nuevo cuño, que habría de regular el propio CGPJ en ejercicio de la potestad reglamentaria que el mismo precepto le otorga. Ciertamente el CGPJ puede valorar el desempeño de la función jurisdiccional en sus aspectos externos –mediante sus atribuciones inspectoras y disciplinarias- pero no su contenido intrínseco, que sólo puede ser revisado por otro órgano judicial en los casos expresamente determinados en la ley.

El Consejo Fiscal se inclina por suprimir esta posibilidad, de modo que la acción de repetición deba ir en todo caso precedida por un pronunciamiento judicial declarativo del dolo o culpa grave.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Título IV

Vinculación al sistema de fuentes establecido

Capítulo I

Disposiciones generales

Este Capítulo, que comprende los arts. 23 a 40, al desarrollar la vinculación del juez a la ley, entendida en sentido amplio como emanación del principio de juricidad –con cita expresa de la STC 133/1995, de 25 de septiembre en la Exposición de Motivos-, materializa la decisión histórica de mutar el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico para incorporar la jurisprudencia del TS.

En efecto, el anteproyecto, tras efectuar en el art. 23 una declaración general de vinculación de los tribunales “al sistema de fuentes establecido”, va desgranando los distintos polos a los que debe ajustarse la jurisdicción en la resolución de los litigios que le sean sometidos al declarar su vinculación a la Constitución (art. 24), los tratados internacionales (art. 26), el derecho de la Unión Europea (art. 27) y las leyes (art. 28), para finalizar desarrollando una concepción nueva del valor jurídico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aparentemente va orientada a su incardinación en el sistema de fuentes.

Art. 27. Vinculación al derecho de la Unión Europea

En el ámbito de la cooperación judicial internacional conviene advertir sobre la necesidad de un tratamiento más adecuado del derecho europeo como fuente del derecho.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En este punto y aunque lo dispuesto en los Tratados y la aplicación directa de parte del derecho europeo determina su aplicación sin que sea absolutamente imprescindible su mención expresa en el texto, creemos que esta Ley es una oportunidad inmejorable para que el legislador español determine con claridad la imbricación del derecho europeo con el derecho nacional. A este respecto, el Art. 27 en la redacción del Anteproyecto parece insuficiente. El texto establece la vinculación al derecho de la UE con una sola frase en la que se dice que *“los Tribunales aplicarán el Derecho de la UE de conformidad, en su caso, con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE”*.

Sin duda debe alabarse la introducción de esta declaración en la LOPJ y también que se recoja en ese orden, es decir después de la mención a la Constitución y los Tratados, e inmediatamente antes de establecer la vinculación a las leyes, pero sin duda podría aprovecharse esta modificación de la LOPJ, como se decía, para plasmar y recordar los principios básicos del derecho comunitario, especialmente su primacía respecto a las normas nacionales no constitucionales. El derecho europeo como recuerda la STC 208/99 *“adquiere una cierta ubicuidad pues penetra, afecta y condiciona la mayor parte del ordenamiento jurídico interno”*. *“Los Estados se encuentran abocados a cohonestar dos ordenes jurídico políticos que comparten un mismo ámbito de aplicación territorial y personal”*.

En el ámbito de competencias de la UE el derecho europeo es de aplicación prioritaria frente a cualquier legislación ordinaria interna y sin duda sería oportuno y conveniente plasmar este principio en una norma como la LOPJ. Si bien la relación del derecho europeo con el derecho constitucional genera



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

aún dudas y discusiones doctrinales no ocurre lo mismo con el resto del ordenamiento y la primacía del derecho comunitario ha sido afirmada por el TJUE desde la Sentencia Costa en 1964 y admitida por el TS y el TC. Más aún y teniendo en cuenta la importancia que el Anteproyecto otorga al tratamiento del sistema de fuentes merecería, la primacía del derecho europeo una mención expresa y clara que permitiría visibilizar la realidad del origen del actual ordenamiento jurídico español y reconocer la importancia de la integración en la UE.

La relación de los dos ordenamientos debe quedar plasmada en la LOPJ ya que principio de seguridad jurídica, en su vertiente positiva, obliga a los Estados miembros a integrar el ordenamiento comunitario en el interno de una manera lo suficientemente clara y pública como para permitir su pleno conocimiento tanto por los operadores jurídicos como por los propios ciudadanos. Ello implica, en su vertiente negativa, la obligación de los Estados de eliminar situaciones de incertidumbre derivadas de la existencia de normas en el derecho nacional incompatibles con el comunitario.

Por eso, más allá de la mención del principio de prioridad debe dejarse claro quién y cómo debe realizar esta tarea de ejecución de la prioridad del derecho europeo, lo que el TJUE ha plasmado en la doctrina Simmenthal que no exige la previa eliminación de la norma interna por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional sino que es esta una función que corresponde al Juez ordinario. El Tribunal de Justicia de la UE sostiene que es el órgano jurisdiccional interno quien ha de dejar sin aplicación, en virtud de su propia autoridad e iniciativa, toda disposición contraria al Derecho comunitario, sin esperar a su derogación o declaración de inconstitucionalidad. Este es una tarea importante que se atribuye y vienen



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

realizando los Tribunales ordinarios y que debe ser contemplada con suficiente claridad en este texto.

El TJUE, el TS y el TC han afirmado y reiterado que el Juez español actúa como “Juez comunitario” cuando aplica este derecho, indudablemente es este reforma el momento oportuno para plasmar expresamente esta condición de Juez Europeo en el texto de la LOPJ, de forma que ante cualquier duda entre la compatibilidad del derecho nacional y el derecho comunitario corresponde al Juez español resolverla como cualquier otra cuestión de legalidad ordinaria. Ante la persistencia de ciertas dudas y prácticas diferentes, este texto debería dirimir definitivamente la cuestión y determinar claramente cuándo los Jueces deben inaplicar las leyes españolas que contradigan el derecho europeo y cuándo concurre la obligación de plantear la cuestión prejudicial cuando esa compatibilidad ofrezca dudas.

No está de más recordar que ya en su momento el Consejo de Estado propuso en su informe de 21 de Octubre de 2004 y también en el 14 de Febrero de 2008 la introducción en la Ley Orgánica del Poder Judicial de “un artículo 5 bis que recogiera el principio de prioridad del derecho europeo a continuación del principio de interpretación conforme a la Constitución. *“De esta manera, quedarían consagrados correlativamente los dos criterios hermenéuticos preferentes en la interpretación del ordenamiento jurídico español, pues tanto la Constitución como el Derecho europeo prevalecen para dar sentido específico al complejo normativo aplicable”*.

También proponía el Consejo de Estado en los dos informes, con alguna diferencia en cuanto al órgano competente, una mejor regulación procesal



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

interna de las cuestiones para la resolución de los posibles conflictos entre normas europeas y nacionales con el objeto de proporcionar cobertura normativa al referido principio y como mayor garantía de su vigencia en la actuación judicial. A tal efecto proponían estos informes que, por Ley Orgánica, se regulasen recursos específicos contra leyes y reglamentos fundados en su contradicción con el Derecho Comunitario, intercalando en tales procedimientos el eventual planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y con la atribución de efectos *erga omnes* a la declaración realizada en tal procedimiento. Se proponía en el informe de 2004 que este procedimiento se residenciara ante el Tribunal Supremo de manera parecida a la cuestión de legalidad de los reglamentos. El informe del 2008 opta porque sea el Tribunal Constitucional quien resuelva estas cuestiones. Sin duda, como se ha dicho, la nueva LOPJ sería un lugar oportuno para regular esta cuestión favoreciendo la labor de los Tribunales y garantizando una mayor seguridad jurídica. En este sentido parece positivo, pero no suficiente, la regulación contenida en el art 41 del Anteproyecto y en la disposición adicional tercera dando redacción al art 470.2 c) de la Ley de Enjuiciamiento civil respecto al recurso extraordinario de casación en relación con el alcance del derecho europeo.

Además de contemplar la aplicación del derecho europeo y su primacía, el art 27 debería contener, como también pedía el Consejo de Estado, una expresa mención al “*principio de interpretación conforme*” que se traduce en la obligación de los jueces nacionales de interpretar las normas internas a la luz del derecho europeo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por lo que se refiere al párrafo segundo de este art. 27 y en íntima relación con lo anteriormente mencionado parece igualmente escasa la mención que se contiene de la cuestión prejudicial europea. Sin perjuicio de que su regulación básica se contiene en el 19.3 del TUE y el art 267 del TFUE y que el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la UE determine su tratamiento en el Tribunal hay cuestiones que merecerían una regulación en la LOPJ.

El texto del artículo 27 no parece suficientemente claro en cuanto se refiere a cuando los Tribunales “decidan plantear” como si el planteamiento dependiera de la voluntad del órgano judicial, cuando al contrario, en la mayoría de los casos el planteamiento resulta obligatorio para ellos. Por otro lado, lo único que se establece en relación a las cuestiones prejudiciales europeas es la necesidad de planteamiento por auto y la audiencia de las partes. Ni siquiera se establece un plazo para la audiencia de las partes o se hace referencia a la posible adopción de medidas provisionales ante la suspensión del pleito, podría hacerse una referencia a su tramitación conforme a las cuestiones de inconstitucionalidad solucionando así cualquier problema procesal generado por el vacío legal.

No se contempla además ninguna intervención del Ministerio Fiscal, salvo la que le corresponda en su condición de parte. Convendría introducir la preceptiva intervención del M. Fiscal como defensor también de la legalidad europea, su intervención necesaria se tramitaría conforme a lo dispuesto en el art 35 de la LOTC; si bien sería preciso prever un traslado siempre necesario dejando a criterio del Fiscal la emisión de informe que sería obligatorio solo cuando sea parte o exista afectación de intereses generales en la cuestión planteada.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Art.28. Vinculación a las leyes. Cuestión de inconstitucionalidad.

En el art. 28.1 establece que “los Tribunales no están autorizados a dejar de aplicar leyes u otras normas con rango de ley en vigor so pretexto de que son inconstitucionales, sino que deberán plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución y en la Ley Orgánica reguladora de aquél”.

Se trata de un mero recordatorio de que conforme al sistema de fuentes imperante en nuestro ordenamiento jurídico la validez y eficacia de la ley no puede ser enjuiciada por los tribunales ordinarios. Como establece la STC 23/1988, de 22 de febrero, “La norma legal, aun contraria a la Constitución, está vigente en tanto que este Tribunal no la declare inconstitucional y, por ello, nula. De este modo y, en defensa de la dignidad de la ley, emanada de la representación popular, el órgano judicial no está autorizado, si duda de su constitucionalidad a desconocer su vigencia (STC 17/1981, de 1 de julio), y para evitar la aplicación de la norma inconstitucional ha de cuestionarla ante este Tribunal, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 163 de la Constitución”. De lo que concluye que el Tribunal que inaplica la ley so pretexto de inconstitucionalidad excede su jurisdicción y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que “entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan secundum legem y ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código Civil)”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La claridad de la doctrina constitucional obliga a cuestionarse la oportunidad de este precepto.

El sometimiento de los jueces al imperio de la ley es un mandato explícito de nuestra CE (art. 117.1) en el que la noción de ley ha de ser interpretada en sentido material y no formal. El anteproyecto apela, sin embargo, a la supremacía de un sistema de fuentes que presenta contornos más difusos, que puede abarcar, junto a los mandatos de alcance general emanados de las fuentes clásicas, las decisiones singulares de los tribunales con valor de precedente.

Conviene recordar que la noción de “fuentes del derecho” era en sus orígenes una construcción doctrinal que quedó normativizada en la reforma del Código Civil (CC) de 1974. Parece ser que fue Felipe Clemente de Diego quien incorporó el concepto a la doctrina, y que ganó carta de naturaleza entre los jurisconsultos en las primeras décadas del siglo XX. Para Federico de Castro “Fuente jurídica puede llamarse sólo al poder de dictar una reglamentación vinculante para todos”.

Como es bien sabido, la disciplina general del sistema de fuentes se encuentra hoy en el Título Preliminar del CC, que adquiere un valor cuasiconstitucional, en el que el art. 1.1 dispone apodícticamente que “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. El mismo precepto menciona los tratados internacionales, portadores de normas jurídicas que “no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado” (art. 1.5). La jurisprudencia, por el contrario, no genera



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

normas, y sólo tiene reconocida la función de complementar el ordenamiento jurídico (art. 1.6).

Con la promulgación de la Constitución y la integración de nuestro país en las Comunidades Europeas la doctrina y la jurisprudencia amplían la esfera de los posibles focos de emanación de normas vinculantes, apuntando los siguientes: 1º.- la Constitución; 2º.- los tratados internacionales publicados oficialmente en España; 3º.- los Reglamentos de la Unión Europea, que tienen primacía sobre las leyes nacionales, y las Directivas en los supuestos y condiciones en que gocen de eficacia directa; 4º.- la Ley entendida en sentido amplio (Leyes Orgánicas, Ordinarias, Decretos Legislativos, Leyes de las Comunidades Autónomas y Reglamentos); 5º.- la costumbre; y 6º.- los principios generales del derecho.

No obstante, la jurisprudencia sigue sin ser considerada fuente del derecho y su funcionalidad se ciñe a los contornos definidos en el art. 1.6 CC: “complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. Como se dice en la exposición de motivos del decreto que aprobó la meritada reforma del CC, el Tribunal Supremo establece criterios que no entrañan la elaboración de normas en sentido propio, pero que contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos con su reiteración de adquirir trascendencia normativa. Se trata, en definitiva, de una función nomofiláctica, no generadora de normas.

Algunos autores consideran que la “trascendencia normativa” de la jurisprudencia es un indicio de su valor vinculante, pues de otro modo, dicen,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

resulta ininteligible; también se suele aducir como elemento indicativo del poder jurídico reforzado de la jurisprudencia la posibilidad de que se pueda invocar su infracción para fundar un recurso de casación; en este contexto resulta de muy frecuente citarse la noción de “interés casacional” introducida en el art. 477.2, 3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC): es admisible el recurso de casación contra resoluciones que presenten interés casacional, cualquiera que sea la cuantía o materia del litigio, y se considera que presenta tal interés, entre otros supuestos, “cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”.

El argumento no resulta sin embargo concluyente, pues el propio TS ha rebajado considerablemente las expectativas que cabe anudar a dicha previsión legal al entender que el meritado interés casacional en realidad es un presupuesto procesal de admisibilidad del recurso de casación que debe ser justificado por la parte recurrente en el plazo perentorio que la ley le marca (ATS [Sala 1ª] de 20 de enero de 2014, rec. nº 1368/2003), no el motivo auténtico de la casación, que reside en la infracción del derecho positivo, como explica el ATS (Sala 1ª) de 12 de julio de 2011, al afirmar que “el <<interés casacional>> consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye el presupuesto para el recurso), por lo que es obvio que ese conflicto jurídico debe realmente existir y ser acreditado por la parte”. El interés casacional es el elemento formal que habilita la admisibilidad del recurso de casación para resoluciones judiciales que de otro modo no serían recurribles, mientras que el derecho positivo constituye la norma cuya infracción integra el motivo casacional.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Anteproyecto introduce una quiebra histórica en esta línea al proclamar, de un lado, que la jurisprudencia “será motivo suficiente para fundamentar el recurso de casación en todos los casos en que según la ley proceda” (art. 31.1), lo que entraña una superación definitiva de las limitaciones de la apelación al “interés casacional” como criterio de admisibilidad y no como motivo fundante del recurso de casación, y de otro, que “determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo tendrá carácter de doctrina jurisprudencial vinculante” (art. 31.2), lo que consagraría una jurisprudencia de “dos velocidades”.

No obstante, la validación del carácter vinculante de la jurisprudencia no exige una mutación del sistema de fuentes, pues se puede considerar que la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho efectuada por el órgano supremo de la jurisdicción vincula a los órganos judiciales inferiores sin necesidad de considerar que tales decisiones sean generadoras de normas jurídicas. Cabe por ello efectuar una doble objeción a la regulación proyectada:

1º.- Que la distinción entre jurisprudencia ordinaria y jurisprudencia vinculante resulta artificiosa y conduce a una relativización *o degradación* del valor de la primera que resulta incongruente con el nuevo modelo de fuentes que se trata de implantar.

2º.- Que, dejando de lado consideraciones académicas, es un hecho que los órganos judiciales inferiores acomodan normalmente sus decisiones a la interpretación de las fuentes del derecho que efectúa el TS –e incluso la jurisprudencia menor-, pues saben que en el caso de apartarse de forma no motivada de las pautas de los órganos superiores en la jerarquía del sistema



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

dichas pautas quedarán restablecidas por la vía de los recursos ordinarios y extraordinarios a los que están sujetas sus resoluciones.

A ello se debe que en los sistemas judiciales piramidales, donde el justiciable dispone de un aparato de recursos accesible y amplio, no se reconozca valor vinculante al precedente, pues la homogeneidad de las decisiones judiciales se alcanza de modo natural mediante la capacidad de control que otorga a los órganos superiores el carácter devolutivo de los recursos ordinarios y extraordinarios. Conociendo esta realidad, es harto dudosa la necesidad de establecer mecanismos de control previo como los que propone el anteproyecto.

En efecto, desde una perspectiva procesal es muy llamativa la opción que verifica el anteproyecto por el establecimiento de un mecanismo de control del decisionismo de los jueces de rango inferior bajo forma de cuestión jurisprudencial previa, cuyos trámites se regulan en los arts. 33 a 39 conforme al modelo de la cuestión de inconstitucionalidad.

Un adecuado y eficaz sistema de recursos en los órganos judiciales inferiores, con generalización de la apelación, unido a un rediseño eficaz del recurso de casación como recurso extraordinario unificador de la interpretación de las normas, evita tener que recurrir, en aras a la seguridad jurídica y la igualdad, al artificioso y complejo sistema que ofrece el ALOPJ.

Pasaremos a efectuar unas someras consideraciones sobre cada uno de estos artículos.

Art. 31. Alcance general de la jurisprudencia del Tribunal Supremo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Regula el alcance general de la jurisprudencia –más bien, su eficacia jurídica- determinando en su apartado 1 las condiciones que han de concurrir para entender que existe tal jurisprudencia: a) que exista doctrina reiterada; b) que se trate de la verdadera razón decisiva del fallo; c) que exista sustancial analogía entre los hechos de las sentencias precedentes y los del caso en el que se pretende la aplicación de la doctrina. Se trata de los requisitos que ha venido exigiendo la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS.

La jurisprudencia, según el art. 31.1, será motivo suficiente para fundamentar el recurso de casación en todos los casos en los que según la ley proceda. La infracción de doctrina legal se convierte en motivo de casación. Esta previsión no entraña, a efectos prácticos, ninguna novedad, pues la invocación de la infracción de doctrina legal se verifica frecuentemente en la fundamentación de los recursos de casación por infracción de ley. La adecuación de las resoluciones de los órganos inferiores a los criterios establecidos queda salvaguardada a posteriori por medio de este recurso, por lo que no es posible afirmar que se atribuya un efecto vinculante directo de dicha doctrina, ni que se haya reconocido una fuente nueva de derecho. Esto vale para la jurisprudencia llamémosla “común”, porque en el apartado 2 se afirma que “determinada” jurisprudencia del Tribunal Supremo tendrá carácter de doctrina jurisprudencial vinculante conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente. Como veremos, la jurisprudencia declarada a través de determinados procedimientos sí tendrá efecto vinculante directo. La expresión “determinada” referida a la jurisprudencia del Supremo es inconcreta, paradójicamente indeterminada al no fijar los requisitos necesarios a tal fin, quedando a la voluntad del Tribunal Supremo su fijación como doctrina vinculante.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Este segundo apartado es superfluo, pues debiera de servir como introducción del art. 32

Art. 32. Doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo

El apartado 1 comienza diciendo que la jurisprudencia del TS a la que se atribuya carácter de doctrina jurisprudencial vinculante será de obligada aplicación para los Jueces y Tribunales; en párrafo aparte se advierte que también los poderes públicos están obligados a observarla si bien estos, cuando un interesado la invoque ante ellos, “podrán rechazar motivadamente su aplicabilidad al caso concreto, justificando expresamente las razones de su decisión”.

Tal y como queda redactado el precepto, la jurisprudencia produciría efectos distintos según su destinatario: los poderes públicos quedarían autorizados para apartarse motivadamente de ella, los tribunales no. El Consejo Fiscal desea creer que este sentido es el fruto dañado de una redacción defectuosa –de fácil corrección en ulteriores trámites- y no la expresión de la genuina ratio del precepto, pues esto último constituiría una inadmisibles degradación del sistema judicial español.

El apartado 2 establece el procedimiento estándar de validación del carácter vinculante de la jurisprudencia, que consiste en que el Pleno de cada una de las Salas del TS se reunirá trimestralmente para decidir cuáles de los fundamentos de derecho de las resoluciones dictadas en ese periodo pueden pasar a formar parte de la doctrina jurisprudencial vinculante, lo que declarará bajo forma de Acuerdo, en el caso de haberse obtenido la mayoría



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cualificada de $\frac{3}{4}$ del número total de jueces integrantes de la Sala. El Acuerdo será remitido al Presidente del TS y del CGPJ para su inmediata publicación en el BOE, produciendo efectos desde su inserción en aquél.

El mecanismo que diseña el ALOPJ en este apartado –entrecomillado y formulación del exacto contenido- resulta artificioso y no casa con el sentido propio de la Jurisprudencia y la forma en que esta se genera. La Jurisprudencia se crea por el Tribunal Supremo en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales resolviendo los casos que al mismo llegan en aplicación de la normativa procesal. La propuesta del ALOPJ supone crear prescripciones generales y abstractas a partir de consideraciones jurídicas realizadas siempre a partir de un caso concreto y al margen del ejercicio estricto de la jurisdicción.

Por otro lado, el párrafo quinto del apartado 2 dispone que “El Pleno de cada una de las Salas declarará mediante acuerdo la doctrina jurisprudencial vinculante, tras oir a la Administración o Administraciones públicas que hubieran sido parte en el procedimiento, exclusivamente a los efectos de atribución del carácter vinculante a dicha doctrina”. Tal previsión podría tener sentido cuando se trata de jurisprudencia contencioso-administrativa o social, dado el modelo de recurso de casación en interés de ley regulado en el art. 100 de la Ley 29/1998, pero resulta extraña en relación a los demás órdenes jurisdiccionales. Al margen de lo anterior debería contemplarse un trámite de participación o audiencia al Ministerio Fiscal.

El segundo procedimiento es la cuestión prejudicial previa, regulada en los artículos siguientes, pues también revestirá carácter vinculante la doctrina



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

fijada en las sentencias dictadas por el TS al resolverla en los términos establecidos en el art. 38.

Ambos procedimientos supondrán una sobrecarga para las Salas del TS, que el anteproyecto no compensa con una limitación del ámbito del recurso de casación. Lo lógico es que si el sistema evoluciona hacia la atribución de una responsabilidad cuasinormativa a las Salas del TS, como parece ser la intención del texto analizado, se restrinja el acceso a aquellos asuntos que en cada momento exijan una depuración de la praxis judicial; al anteproyecto opta, sorprendentemente, por la solución inversa, al ampliar la base del recurso de casación y someter a la consideración del TS cualquier duda que se plantee en los órganos de instancia mediante la cuestión jurisprudencial previa.

El apartado 3 dice que la doctrina perderá carácter vinculante “cuando el Pleno o la Sección que propuso tal doctrina modifique su criterio motivadamente, y así se declare por el Pleno con el procedimiento establecido en este artículo”. De lo que se sigue que una jurisprudencia vinculante sólo puede ser revocada por otra jurisprudencia vinculante de sentido diferente.

El sistema de fuentes en su concepción actual queda modulado con la regulación que pretende el ALOPJ, al dotar de carácter cuasinormativo a la jurisprudencia vinculante del TS. La regulación que se realiza de la jurisprudencia vinculante puede colisionar con lo dispuesto en el art. 117.1 de la Constitución, esto es, con el mandato de sumisión al imperio de la ley y al principio de independencia judicial. Sin embargo, tal apreciación no es en absoluto pacífica sino objeto de debate y de posturas encontradas, así frente



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

al anterior argumento contrario a la admisión del carácter vinculante de la doctrina del Supremo hay quienes oponen la necesidad de modular o matizar la independencia judicial con otros principios constitucionales como el de seguridad jurídica y el de igualdad de todos los españoles ante la Ley.

Desde un punto de vista práctico puede resultar complejo formular el contenido exacto de la doctrina al margen del caso concreto.

La excepción prevista en el último inciso del apartado primero del art. 32 resulta alarmante por ser solo admisible para los poderes públicos y debiera ser suprimida.

La publicación en el BOE de la doctrina vinculante refuerza esa consideración de “cuasinorma” que se le atribuye.

El sistema de oposición a la jurisprudencia vinculante a través de la cuestión jurisprudencial previa que pueden plantear los órganos inferiores resulta complejo y comporta inconvenientes de peso por la complejidad del procedimiento, el retraso en la tramitación de la causa y el desbordamiento que podría provocar en las salas del TS la resolución perentoria de tales cuestiones; no atisbándose, a la vista de los requisitos exigidos para plantearla, la utilidad de la misma.

No se prevé la intervención del Ministerio Fiscal en la génesis de la doctrina vinculante, mediante emisión de oportuno informe, estimándose Imprescindible.

Art. 33. Requisitos para el planteamiento de la cuestión jurisprudencial previa.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Establece los requisitos para el planteamiento de la cuestión jurisprudencial previa. Los Jueces y las Secciones Colegiadas “podrán, de oficio o a instancia de parte” plantear la cuestión cuando consideren que la jurisprudencia del TS aplicable al caso y que sea determinante del fallo:

- a) contradice la doctrina del TC en materia de garantías constitucionales;
- b) resulta contradictoria con otros pronunciamientos del TS sobre la misma materia;
- c) puede producir con efectos generales situaciones de injusticia manifiesta por la desproporción de las consecuencias en su aplicación.

Tanto la jurisprudencia común como la vinculante pueden suscitar el planteamiento del incidente con efectos variables, pues según el art. 38 el criterio expresado por el TS al resolver la cuestión jurisprudencial previa “pasará a formar parte de la doctrina jurisprudencial vinculante” cuando se sustente en alguno de los dos supuestos de contradicción, mientras que si se plantea por injusticia manifiesta “tendrá carácter vinculante cuando así se haga constar expresamente” en la sentencia resolutive.

Los tres supuestos resultan de dudosa practicidad: en el supuesto a) porque el TS construye sus sentencias conforme a la doctrina del TC en materia de derechos fundamentales, que le vincula a él al igual que al resto de los Tribunales (art. 24) por lo que no es previsible que al resolver una cuestión prejudicial sustentada en este motivo vaya a rectificar su criterio; más claramente si el TS ha dictado previamente un Acuerdo declarativo del carácter vinculante de una determinada jurisprudencia, pues en tal caso es



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

natural pensar que ya se ha planteado y resuelto su compatibilidad con la doctrina del TC, por lo que la estimación de la cuestión previa es más improbable todavía; en el supuesto b) porque se supone que la doctrina vinculante debe disipar antes de su formulación toda discrepancia interna, como se desprende del art. 32.2, que dice que cuando la Sala del TS se componga de Secciones, el Presidente de la Sala y los de las Secciones “comprobarán que, entre las propuestas aportadas por cada Sección, no existen contradicciones, antes de someterlas al Pleno de la Sala”.

El supuesto c) efectúa por su parte una extraña mención a una injusticia de “efectos generales” difícilmente cohonestable con la idea misma de jurisprudencia; la justicia del caso concreto puede resentirse de la aplicación de los criterios jurisprudenciales a circunstancias particulares los hagan inapropiados o inadecuados, pero en tal caso lo que probablemente falta es uno de los presupuestos constitutivos de la jurisprudencia –la sustancial analogía de los hechos a que alude el art. 31.1, c- y la dificultad debe dirimirla el tribunal de instancia valiéndose al efecto de los criterios hermenéuticos que le suministra el art. 3 CC, sin que se observe necesidad alguna de acudir a la creación de un artificio procesal que convoca al órgano supremo de la jurisdicción para resolver un problema de interpretación jurídica suscitado en la instancia.

El Consejo Fiscal duda por ello de la utilidad que pueda reportar a efectos de homogeneización de la praxis judicial este singular incidente.

La siguiente objeción de fondo adviene inmediatamente al contemplar su régimen de tramitación, complejo y retardatario de los tiempos en que debe sustanciarse la acción de la justicia.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Art. 34. Planteamiento de la cuestión

Regula el planteamiento de la cuestión. La puede plantear el Juez o Sección que conoce de la causa una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, que queda en suspenso, oyendo previamente a las partes en un plazo común e improrrogable de diez días. La cuestión podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias mientras la sentencia no sea firme. Se plantea mediante auto no susceptible de recurso, y se dicta en los tres días siguientes al vencimiento del plazo de audiencia de las partes. La intervención del Fiscal queda salvada en los procedimientos en que es parte en virtud del traslado a que alude este precepto.

Art. 35. Procedimiento ante el Pleno de la Sala del Tribunal

Regula el procedimiento ante el Pleno de la Sala del Tribunal que lo plantea. El Juez o Sección someten su decisión de plantear la cuestión al Presidente de la Sala del Tribunal al que pertenezcan, quien convoca el Pleno de la Sala, el cual puede denegar el planteamiento o tomar la decisión de elevarla al TS junto con las alegaciones de las partes y los particulares del procedimiento que considere oportunos.

Art. 36. Suspensión del procedimiento

La suspensión del procedimiento se mantendrá hasta que el TS la inadmita o la resuelva.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Art. 37. Procedimiento ante el Tribunal Supremo

Regula el procedimiento ante el TS. El TS –la Sala del TS del orden correspondiente- puede rechazar la cuestión en trámite de admisión, mediante auto motivado, cuando sea sustancialmente igual a otra sobre la que ya haya resuelto, cuando faltaren las condiciones procesales o careciere manifiestamente de fundamento. Si la admite, puede ordenar a la Sala remitente que emplaze a las partes en un término de 20 días y acordar en su caso la celebración de vista. El Anteproyecto no precisa el objeto o finalidad del emplazamiento. La decisión final se adopta en forma de sentencia; sorprendentemente no se exige la mayoría cualificada de $\frac{3}{4}$ de sus miembros que impone el art. 32.2 para la declaración de jurisprudencia vinculante.

En opinión del Consejo Fiscal el anteproyecto crea un incidente de tramitación compleja, que además puede sustanciarse en cualquier tipo de procedimiento, al margen de su cuantía y materia, en cualquier orden jurisdiccional, por lo que es obvio que incrementará exponencialmente la carga de trabajo de las Salas del TS, al tiempo que les obligará a asumir un desconcertante rol de *amicus curiae* del juez de instancia, cuyas dudas sobre la validez de su doctrina legal habrá de disipar.

Por lo demás, no está prevista intervención alguna del Ministerio Fiscal ante la Sala del TS que recibe la cuestión, ni en el trámite de admisión, ni a los efectos de informar sobre su fondo. El Consejo Fiscal estima que dicha intervención debiera ser prevista en todos los asuntos elevados a la Sala de lo Penal, y en las restantes Salas en aquellos casos en que la cuestión se suscite en procedimientos en los que el Fiscal sea parte.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Art. 38. Efectos de la sentencia del Tribunal Supremo derivada de la cuestión jurisprudencial previa

Establece los efectos de las sentencias resolutivas de una cuestión jurisprudencial previa: en este particular nos remitimos a lo manifestado supra al tratar los presupuestos de su planteamiento.

Las resoluciones que afecten al orden penal plantean otra cuestión de fondo de enorme calado relacionada con la eventual retroactividad de aquella jurisprudencia vinculante que resulte favorable a reo emanada tanto de estas cuestiones como del procedimiento general de declaración de jurisprudencia vinculante, pues reconocido su carácter normativo, sería comprensible que los penados que hayan sufrido la aplicación de criterios jurisprudenciales más estrictos busquen su amparo instando del tribunal sentenciador la revisión de sus sentencias en virtud del art. 2.2 CP. El anteproyecto no establece ninguna directriz para dar respuesta a pretensiones de esta índole, aunque se trata de una cuestión que no debe eludir, pues si se quiere ser consecuente con el carácter normativo de la jurisprudencia, es la propia ley la que debe disponer la revisión de oficio de las ejecutorias pendientes de cumplimiento.

Art. 39. Vinculación al precedente

Afirma una vinculación al precedente conforme a la cual “cada Sala, Sección o Unidad Judicial de un mismo Tribunal estará vinculada al criterio por ella misma mantenido en casos similares a los precedentes, que sólo motivadamente podrá modificar”. La inobservancia de este mandato “se



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

tendrá, a todos los efectos, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva”.

Este es uno de los preceptos de vocación propedéutica a la que se refiere la Exposición de Motivos del anteproyecto: “Así, en materia de fuentes del derecho, la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene una capacidad de configuración muy limitada. Pero ello no significa que no pueda cumplir un relevante papel para aclarar y recordar principios que, aun siendo básicos para el funcionamiento del entero ordenamiento jurídico, a veces no son bien comprendidos, en gran medida porque no se hallan expresamente formulados en un determinado precepto. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la interdicción de que, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, los Jueces inapliquen las leyes en vigor so pretexto de que contravienen la Constitución. Y algo similar cabe decir del deber de motivar la desviación de los propios precedentes, así como del carácter meramente orientativo que tienen los criterios acordados por los Tribunales en plenos no jurisdiccionales”.

De modo que según expresa declaración de intenciones, este artículo sólo pretende recordar la doctrina constitucional vigente; hemos de entender que se refiere a la asentada por nuestro TC sobre el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por los tribunales, ex art. 14 CE(vide entre otras muchas, SSTC 111/2002, de 6 de mayo, FJ 2 ; 31/2008, de 25 de febrero, FJ 2 ; 160/2008, de 12 de diciembre, FJ 3 ; 105/2009, de 4 de mayo, FJ 5;38/2011, de 28 de marzo, FJ 6). Lo que ocurre es que esta doctrina proscribiera el cambio caprichoso de criterio por un órgano judicial de la misma composición personal, en coherencia con la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE),por lo que en ningún caso



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

se puede interpretar en el sentido de que instituya en nuestro país de un esquema de vinculación al precedente como sistema ordinario de homogeneización de la praxis judicial (staredecisis) al modo anglosajón.

El precepto va por ello más lejos de su propósito declarado pues establece una vinculación al repertorio de la Sala, Sección o Unidad judicial, que afectaría por igual a los Jueces que no hubieran participado en la adopción de las decisiones anteriores. Resulta además superfluo, porque –como no puede ser de otra forma- permite cambiar de criterio de forma motivada, pero también porque en un sistema judicial piramidal como el nuestro corresponde a los órganos superiores asegurar la homogeneidad de criterios de los órganos inferiores al resolver los recursos devolutivos que sean procedentes. Esta estructura judicial es ajena a toda idea de vinculación horizontal, que en el derecho comparado aparece circunscrita a los países en los que el acceso a los recursos es mucho más limitado.

La vinculación al precedente que se contempla en este art. 39 es, en suma, un mecanismo propio de los sistemas judiciales anglosajones (stare decisis) además de una institución típicamente administrativa, pero extraño a nuestro sistema y organización judicial, prescinde de la jerarquía funcional entre Tribunales ignorando la función del recurso de apelación y únicamente opera en dos niveles, en la decisión del órgano de instancia y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La presunción iuris et de iure de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva establecida en el apartado 2 del precepto resulta, por lo demás, gratuita, pues el juicio sobre la validez de las resoluciones procesales no puede anticiparse en la ley.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Consejo Fiscal recomienda por ello la supresión del artículo.

Art. 40. Criterios interpretativos discordantes

Establece dos vías para depurar ad intra las diferencias de criterio que se observen entre las diversas formaciones del mismo Tribunal: la convocatoria de Plenos no jurisdiccionales, de los que se seguirán acuerdos de valor meramente orientativo, y los Plenos jurisdiccionales convocados en los términos y con los efectos determinados en el art. 164, que desembocarán en resoluciones judiciales dictadas por todos los Jueces de la Sala que por razones de reparto conozcan de la materia en la que se ha producido la discrepancia, que conformarán de este modo el criterio al que se ajustarán en lo sucesivo en tanto que aquellas resoluciones no sean revocadas en virtud de recurso o entren en manifiesta contradicción con la Jurisprudencia del TS.

En este último caso el inciso final del art. 164.3 dice que deberán plantear cuestión jurisprudencial previa conforme a lo previsto en esta Ley, lo que no sería posible pues el caso no sería subsumible en ninguno de los tres supuestos que el art. 33 prevé como *numerus clausus*.

Es evidente que la discrepancia entre la Jurisprudencia del TS y los criterios asentados en el Pleno de una Sala de un Tribunal inferior (sea o no jurisdiccional) debe solventarse necesariamente a favor de la primera sin necesidad de impetrar –una vez más- la intervención dirimente del TS.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Capítulo II

Recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo

No parece adecuada la regulación del recurso de casación en la LOPJ que debiera de ser regulado en la ley procesal correspondiente, pues establecerla con carácter general no se compadece con las especialidades propias de cada orden jurisdiccional. Además esta regulación genérica puede no ajustarse a las reformas procesales que efectúa el propio anteproyecto en sus disposiciones finales, así por ejemplo al reformar la LEC establece como única modalidad de recurso el de interés casacional sin referirse a cuantía ni a la materia.

Art. 41. Órgano competente para el conocimiento del recurso de casación

Dispone que es el Tribunal Supremo quien conocerá del recurso de casación por infracción del Derecho estatal y del Derecho de la Unión Europea. Respecto de este último, la infracción del Derecho de la Unión Europea como fundamento de casación debería limitarse a las normas comunitarias de efecto directo o de aplicabilidad directa (art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2012), es decir, de los Reglamentos comunitarios, Directivas comunitarias no traspuestas al ordenamiento interno en el plazo establecido y Decisiones en las que se designa directamente como destinatario al Estado español. No precisar este extremo puede generar confusión.

Art. 42. Sentencias recurribles por materia y cuantía

Remite su determinación a la ley procesal.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Art. 43. Sentencias recurribles por concurrir interés casacional.

Dice que fuera de los casos previstos en el artículo anterior, cabrá interponer recurso de casación frente a sentencias y, en su caso, autos dictados por tribunales inferiores cuando concurren dos condiciones: que la sentencia no sea susceptible de recurso en ulterior instancia y que se aprecie la existencia de interés casacional.

El interés casacional es un concepto jurídico indeterminado cuya función es extender el ámbito de admisibilidad del recurso de casación a otros asuntos en los que exista un interés en obtener un pronunciamiento del TS.

Art. 44. Interés casacional.

Su acreditación constituye una carga del recurrente. Es una exigencia inherente al carácter excepcional de la ampliación de los límites de admisibilidad del recurso. El anteproyecto no hace el más mínimo esfuerzo para concretar, aunque sea de forma genérica, los elementos de análisis que podrían justificar la existencia de tal interés, y en ausencia de tal concreción, todo el Capítulo II relativo al recurso extraordinario de casación ante el tribunal supremo se revela superfluo.

Posteriormente las Disposiciones Finales tercera y cuarta, al reformar la casación civil y contencioso-administrativa, efectúan una enumeración de criterios reveladores del interés casacional –o de la necesidad de unificación de doctrina, en el caso del orden contencioso-administrativo– tan laxas y genéricas que, como se analiza en el apartado correspondiente de este



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

informe, expanden las posibilidades de admisión del recurso más allá de lo razonable y posible.

Art. 45. Motivos del recurso de casación.

También el recurso de casación en interés casacional deberá fundarse en motivos tasados, que serán establecidos en la correspondiente ley procesal. Se diluye de este modo la diferencia conceptual entre motivo de casación e interés casacional.

El objetivo declarado de la reforma es un reforzamiento del recurso de casación que “consiste en abrir esta vía de impugnación a cualquier resolución de los Tribunales inferiores, de manera que no existan sectores del ordenamiento jurídico excluidos a priori del control de legalidad y de la consiguiente unificación de criterios interpretativos que corresponden al Tribunal Supremo” (Exposición de Motivos II).

Nada hay que objetar a tal objetivo desde el punto de vista de los principios; en una vertiente más práctica pueden avizorarse problemas de acumulación excesiva de asuntos —e incluso colapso— en el TS si no se contienen los mecanismos de expansión del recurso. Precaver este riesgo depende del mayor o menor acierto de las leyes procesales al objetivar los criterios que condensan el “interés casacional”: como ya se ha señalado los que se anticipan en las Disposiciones Finales tercera y cuarta del APLOPJ para el orden civil y contencioso-administrativo no resultan muy prometedores en este sentido, pues convierten virtualmente en susceptibles de casación la totalidad de las sentencias que no sean susceptibles de otro recurso, lo que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

diluye el supuesto carácter extraordinario del recurso de casación más allá de lo razonable.

Por otra parte, el art. 25.2 del ALOPJ (en el apartado de la tutela de los derechos y libertades fundamentales) enuncia un concreto motivo casacional: “En todos los casos en que, según la ley, proceda el recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción del alguno de los preceptos recogidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución”. En el orden penal esta previsión, contenida en el art. 5.4 LOPJ, genera una enorme litigiosidad por la gran cantidad de recursos de casación que se fundamentan en la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Nos parece que en este concreto aspecto, es más adecuada la solución que propone el borrador de Código Procesal Penal, en su artículo 605.1.1º, al restringir la posibilidad de invocar en casación la infracción de precepto constitucional a los supuestos en que “la sentencia de primera instancia se hubiere dictado por un Tribunal colegiado”. El motivo no es otro que evitar que la vulneración de la presunción de inocencia sea objeto de valoración tanto ante el órgano judicial unipersonal, como, posteriormente, ante la Sala que conoce del recurso de apelación y posteriormente ante el TS en casación. La validez y suficiencia de las pruebas que han desvirtuado la presunción de inocencia queda sobradamente contrastada en las dos instancias judiciales (órgano unipersonal y órgano de apelación), y tiene después un recorrido ampliado por medio de la demanda de amparo constitucional y en su caso por el ulterior recurso ante el TEDH. No se ve necesidad alguna de que el TS se vea involucrado también en esta materia.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Título V

Relaciones del Poder Judicial con la sociedad

Arts. 46 y 47. Acción popular y Jurado

Remite su regulación a las leyes procesales.

Art. 48. Tribunales consuetudinarios

Determina cuáles tienen reconocida jurisdicción. No introduce cambio alguno al panorama actual.

Art. 49. Emisión de noticias

El apartado 2 prohíbe a los Jueces y a sus Asociaciones hacer valoraciones de actualidad en los medios de comunicación sobre asuntos pendientes ante los Tribunales y sobre resoluciones judiciales, dejando a salvo los comentarios doctrinales en publicaciones o foros científicos.

Es evidente que nos hallamos ante una norma incompatible con el derecho de todos (incluidos Jueces, Fiscales y sus asociaciones) a la libertad de expresión (art. 20.4 CE). No hace falta mayor esfuerzo argumental para dictaminar que la exclusión de un colectivo del ejercicio de un derecho fundamental constituye un caso de discriminación en la ley incompatible con nuestra Carta Magna..

La norma no puede desconocer la reiterada doctrina del TEDH y del TC, citada en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TC de 6 de marzo de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

2003, conforme a la cual los Jueces y Magistrados, en cuanto ciudadanos, gozan del derecho de expresar libremente sus ideas y opiniones, sin perjuicio de los deberes de discreción y reserva que deben observar cuando éstas guardan relación con los asuntos sometidos a su jurisdicción (SSTEDH de 24 de febrero, caso Haes y Gijssels c. Bélgica; de 16 de septiembre de 1999, caso Buscemi contra Italia y de 28 de octubre de 1999, caso Wille contra Liechtenstein; ATC 226/2002 de 20 de noviembre que citan las SSTC 46/1998, de 2 de marzo, FJ 5, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 9).

Además, toda restricción a la libertad de expresión impuesta en una Ley ha de ser necesaria y perseguir un fin legítimo. En este caso no se atisba la verdadera finalidad que se pretende alcanzar con tan insólita interdicción, pese a la abstracta alusión a la “independencia del órgano judicial competente” efectuada en la Exposición de Motivos: defender la independencia de los jueces que conocen de los asuntos frente a un ejercicio abusivo o extralimitado del derecho por sus colegas no es un argumento convincente.

Los límites generales de la libertad de expresión, el catálogo de prohibiciones que recaen sobre los jueces, la vía disciplinaria en caso de excesos, en su caso la responsabilidad penal y los propios mecanismos de amparo reconocidos en la actual LOPJ y en el ALOPJ constituyen mecanismos suficientes y permiten apreciar con claridad lo improcedente y excesivo de esta previsión legal.

Podría quizá argumentarse que se trata de preservar la imparcialidad del Juez opinante, que podría verse empañada por una toma de posición que entrañe perjuicio en la resolución de sus propios asuntos, pero en este caso



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

conocer la opinión del Juez es más un beneficio que una desventaja para el ciudadano, pues constatado su prejuicio puede valerse más eficazmente del mecanismo de la recusación en la defensa de sus intereses; quizá se trata simplemente de impedir que la sociedad conozca la opinión de los profesionales más cualificados para efectuar valoraciones de actualidad sobre estos temas, pero este fin no puede pasar por legítimo en una sociedad democrática, que tiene derecho a conformar su opinión con las aportaciones de todos sus miembros.

Ciertamente la jurisprudencia del TS (Sala 3ª) ha definido –en el ámbito disciplinario- los límites del ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los miembros del Poder Judicial conforme a los específicos deberes estatutarios que sobre ellos pesan de lealtad constitucional y de abstenerse de conductas que quebranten la confianza social en la Justicia (SSTS 14 de julio de 1999, 23 de enero de 2006); pero ello, con ser un llamamiento a la probidad y la prudencia de los titulares de este Poder, no aporta argumento alguno a favor de que se vean expropiados ab origine de su derecho.

Resulta por lo demás inconsecuente que los Jueces puedan ser objeto de opinión, pero no sujetos, o que se les reconozca el derecho de asociarse para a continuación prohibirles efectuar toda manifestación pública o toma de postura a través de sus asociaciones, que obviamente no son cenáculos científicos; incluso se ha hablado, no sin motivo, de que por esta vía se instituye un insidioso desequilibrio de poderes, en la medida en que no se imponen los mismos límites a los cargos públicos del Poder Legislativo o Ejecutivo, que pueden efectuar manifestaciones públicas sobre los asuntos judiciales en curso sin más limitaciones que las inherentes al ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Sería el Poder Judicial el único poder del



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Estado, frente al Ejecutivo y el Legislativo, cuyos titulares individuales sufrirían una limitación en el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Y si la pretensión del prelegislador resulta criticable en relación a los jueces individualmente considerados, con igual o mayor motivo es censurable su extensión a las Asociaciones judiciales. Nada se dice en la Exposición de Motivos sobre las razones de ello. Las asociaciones están expresamente reconocidas en el art. 127.1 de la Constitución sin que en este precepto ni en cualquier otra disposición legal encontremos base alguna para la limitación que pretende el Anteproyecto.

Las asociaciones dan cauce de participación y expresión a los jueces -y fiscales- que, en atención a su singular estatus como titulares de un poder del Estado -los jueces-, constitucionalmente ya carecen de la posibilidad de pertenecer a partidos y sindicatos y ya ejercen con cautela y responsabilidad su libertad de expresión.

Es claro que las resoluciones judiciales están sometidas al escrutinio y crítica por parte de la ciudadanía, la opinión pública y los medios de comunicación con las únicas limitaciones de aquellas que, con carácter general, afectan a la libertad de expresión y al derecho a la información veraz. El reverso de la limitación que pretende el Anteproyecto lo hallamos en que tratándose de asociaciones “profesionales” integradas por jueces – fiscales- constituyen un sujeto cualificado y no interesado para ilustrar y orientar a la ciudadanía en la valoración de las resoluciones judiciales.

El precepto es de dudosa constitucionalidad pues puede entrar en contradicción con el art. 20.1 a) de la CE (libertad de expresión), con el art.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

20.1 d) (derecho a comunicar y recibir información) y art. 22 (derecho de asociación).

El Consejo Fiscal exige por estas razones la supresión de este apartado, que en virtud del mandato de trasposición de la Disposición Adicional segunda APLOPJ acabaría convirtiendo en víctimas del mismo trato discriminatorio a los Fiscales y a sus asociaciones profesionales.

Título VI

Relaciones del Poder Judicial con los demás poderes públicos y conflictos de jurisdicción

Capítulo I

Disposiciones generales

Art. 50. Actividad política o sindical

El anteproyecto mantiene, como es natural, la prohibición de pertenecer a partidos políticos o sindicatos y de tener empleo al servicio de los mismos.

No resulta acertada la ubicación de este precepto. No tiene relación con los poderes públicos sino que conecta con garantías de imparcialidad e independencia y además establece una incompatibilidad que debiera tener cabida en el correspondiente Libro.

Art. 51. Prohibición de dictar reglas generales sobre la interpretación de las normas



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En lo tocante a Jueces este artículo reproduce el art. 12.3 LOPJ. Se trata de un precepto que contiene una sugestiva evocación del artículo I párrafo 5 del Código de Napoleón, cuando establecía que “Se prohíbe a los jueces fallar por vía de disposición legal o reglamentaria en las causas que se sujetan a su decisión”; concepción que se transmitió a la LOPJ de 1870 (art. 4). Se trata de una formulación del imperio de la ley de corte francés que parte de la idea de que la generalidad de las normas es prerrogativa exclusiva del legislador, y que el Juez es un mero aplicador de ellas a casos concretos.

La previsión de este precepto entra en contradicción, al menos aparente, con la pretensión del ALOPJ de crear una jurisprudencia de carácter cuasinormativa y de aplicación general.

Art. 52. Comportamiento en relación con otros poderes públicos

Reproduce el art. 395.1º LOPJ en cuanto prohíbe a los Jueces dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios felicitaciones o censuras por sus actos, así como concurrir en su calidad de miembros del Poder Judicial a actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial. Se trata de una limitación a su libertad de expresión que ha sido refrendada por la jurisprudencia del TS como medio para preservar la confianza social en la Justicia.

Art. 53. Respeto al ejercicio de las competencias de otros poderes públicos

Prohíbe las injerencias indebidas de los miembros de la Carrera Judicial en cuestiones que sean de la competencia de otros poderes públicos, al margen del ejercicio de su función jurisdiccional. No es de recibo, sin embargo, la prohibición que se efectúa en el apartado 1 de expresar



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

opiniones jurídicas sobre cuestiones de competencia de otros poderes del Estado: expresar una opinión no es una intromisión ilegítima ni altera o daña el equilibrio institucional de poderes, por lo que no existe una razón constitucionalmente válida para justificar tal limitación de un derecho fundamental. En definitiva, por las razones expuestas al tratar del art. 49 esta prohibición debiera ser suprimida del anteproyecto.

Art. 54. Relaciones con el Tribunal Constitucional

Prohíbe a los tribunales promover cuestiones de competencia o jurisdicción al Tribunal Constitucional e igualmente les prohíbe enjuiciar las resoluciones del mismo; manteniendo la misma línea que en los artículos precedentes.

Capítulo II

Conflictos de jurisdicción

El anteproyecto distingue entre conflictos de jurisdicción “con otros poderes públicos” y conflictos de jurisdicción “con la jurisdicción militar”. Se mantiene la distinción que efectúan los arts. 38 y 39 LOPJ. Lo cierto es que ambas modalidades conflictuales son cualitativamente distintas y se dirimen de hecho por órganos de diferente naturaleza: las primeras, por un órgano de composición paritaria jurisdiccional-administrativa, de discutible imbricación en el Poder Judicial, que recibe en el art. 1 LO 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales (LOCJ) la denominación de Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (que bajo la Presidencia del Presidente del TS se integra por cinco vocales, dos de ellos magistrados de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS y los otros tres consejeros permanentes del Consejo de Estado), las segundas por un órgano de naturaleza estrictamente



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

jurisdiccional, denominado en el art. 39 LOPJ Sala de Conflictos de Jurisdicción (que igualmente bajo la Presidencia del Presidente del TS incorpora cuatro magistrados del TS, dos de la Sala Militar y otros dos de la Sala correspondiente al orden jurisdiccional al que pertenece el órgano judicial en conflicto).

En el primer caso, la terminología que propone el anteproyecto no es del todo rigurosa, pues el tribunal no entra en conflicto realmente con el Poder Legislativo en sí, sino con los órganos rectores de las correspondientes Cámaras cuando ejercen las competencias decisorias de índole administrativa que sus respectivos Reglamentos les confieren y que se concretan en actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público, según el art. 1.3, a) LJCA. Se trata, desde un punto de vista material, de un conflicto de índole jurisdiccional-administrativa.

Art. 55. Conflictos de jurisdicción con otros poderes públicos

El apartado 1 se refiere a los conflictos de jurisdicción entre un Tribunal y una Administración Pública, o el Tribunal de Cuentas cuando actúa en sus funciones contables. Se corresponde con los supuestos regulados en los Capítulos I y IV LOCJ. No es adecuada la alusión a las “funciones contables” del Tribunal de Cuentas, es mejor emplear la expresión “funciones fiscalizadoras”.

La principal novedad radica en el apartado 2 de este artículo, que dispone que “También son conflictos de jurisdicción los que se suscitan entre un Tribunal y el Congreso de los Diputados, el Senado o la Asamblea



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Legislativa de una Comunidad Autónoma”. La Exposición de Motivos apostilla que aunque se trata de un supuesto poco frecuente “en los últimos años no han faltado algunos ejemplos de colisiones entre Tribunales y Asambleas Autonómicas”. Nada cabe objetar a esta previsión, en la medida en que las Mesas de las Cámaras Legislativas –estatales y autonómicas- constituyen órganos de representación colegiada que aparecen investidos de ciertas funciones administrativas (art. 31 del Reglamento del Congreso de los Diputados, art. 36 del Reglamento del Senado) susceptibles de colisionar con las atribuciones de ciertos órganos jurisdiccionales, por lo que la previsión del conflicto y la atribución de su conocimiento al mismo órgano que dirime los conflictos de la jurisdicción con las Administraciones Públicas salva una importante laguna legal y allanará el camino para su resolución.

El anteproyecto no se ocupa en cambio de las Salas de Gobierno, posiblemente porque se sitúan en un terreno fronterizo de difícil delimitación: por un lado la doctrina del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción niega que estén legitimadas para suscitar conflictos a los órganos judiciales porque las considera integradas en el Poder Judicial (SSTCJ 19 de diciembre de 1990, 22 de julio de 2009), aunque lo cierto es que materialmente desempeñan funciones de gobierno interno de naturaleza administrativa susceptibles de colisionar con la administración pública, como da a entender el inciso final del art. 261.1 APLOPJ al advertir de su posible solapamiento. Quizá este anteproyecto sea la sede adecuada para resolver esta ambivalencia y determinar si procede incluirlas de modo expreso en la regulación de estos conflictos, bien del lado del Poder Judicial frente a la administración, bien como órgano administrativo frente a la jurisdicción.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El apartado 3 atribuye la resolución de los conflictos de jurisdicción a la denominada “Sala especial del Tribunal Supremo de conflictos de jurisdicción con otros poderes públicos”, cuya composición regula el art. 86.3, a) APLOPJ. Como ya hemos indicado, la noción de conflicto con otros poderes no es del todo apropiada.

Art. 56. Conflictos con la jurisdicción militar

A diferencia del caso anterior, estamos ante un conflicto de naturaleza intrajurisdiccional, que confronta órganos de la jurisdicción ordinaria con órganos de una jurisdicción especial. La resolución se atribuye por ello a un órgano de composición íntegramente jurisdiccional, la Sala especial del TS de conflictos con la jurisdicción militar. Apenas existe diferencia con la actual regulación.

Art. 57. Renovación de los órganos decisorios

Se prevé la renovación anual de ambas Salas del TS y la publicación de los nombramientos en el BOE.

Art. 58. Legislación aplicable

Remite en lo relativo al planteamiento, tramitación y decisión a lo previsto en la Ley.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Título VII

Competencia judicial internacional

Capítulo I

Competencia judicial internacional en el orden civil

Abarca los arts. 59 a 68, donde desarrolla los distintos foros atributivos de competencia a los tribunales españoles del orden civil de una forma bastante más extensa y detallada que el actual art. 22 LOPJ.

El anteproyecto regula separadamente las materias que han de entenderse de exclusivo conocimiento de los tribunales españoles, que enuncia el art. 60, en supuestos que coinciden sustancialmente con los previstos en el art. 22.1º LOPJ; la competencia general de los tribunales españoles basada en la sumisión expresa o tácita de las partes, cuyas condiciones de aplicación se pormenorizan en el art. 61, o en el foro del domicilio del demandado en casos no previstos en otros artículos, cuyas condiciones de aplicación determina a su vez el art. 62; se contemplan igualmente competencias especiales en materia de derechos de la persona y relaciones familiares, en el art. 63, obligaciones y contratos en el art. 64; adopción de medidas provisionales y cautelares en el art. 65 y en materia concursal en el art. 66.

Interesa destacar las novedades que afectan al estado de las personas y que por ello conectan con el ámbito de conocimiento del Ministerio Fiscal en el orden civil:

En materia de declaración de ausencia y fallecimiento se amplía la jurisdicción española para conocer los casos en que el desaparecido tuviera



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

nacionalidad española, aunque no hubiera tenido su último domicilio en España (art. 63, a).

En los asuntos sobre capacidad de las personas y medidas de protección aplicables a las personas con la capacidad judicialmente complementada se mantiene el foro de su residencia habitual (art. 63, b), pero en lo tocante a protección de menores, se añade como foro alternativo al de residencia habitual del menor, que el demandante sea español y resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda (art. 63, d). La redacción se torna confusa cuando se refiere a “personas mayores de edad”, pues la mayoría de edad es el estado que confiere plena capacidad; es de suponer que quiere referirse a personas de edad avanzada mermadas en su autonomía, pero este punto debe ser clarificado convenientemente.

En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y responsabilidad parental, se mantiene el foro de la residencia habitual del hijo en el momento de la presentación de la demanda (la norma dice “menor” pero la locución no es correcta toda vez que las acciones de filiación pueden ir referidas a hijos que ya han alcanzado la mayoría de edad) o, alternativamente, que el demandante sea español y resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda. Se restringe de este modo el foro, pues el art. 22.3º LOPJ dispone mediante conjunción disyuntiva las condiciones de español o residente habitual en España del demandante como foros alternativos.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones (art. 63, c) la competencia de los tribunales españoles se expande considerablemente. Actualmente rigen tres puntos de conexión con España (art. 22.3º): la residencia habitual de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda, la nacionalidad del demandante junto con su residencia habitual y la nacionalidad común de los demandantes si es de mutuo acuerdo. El anteproyecto multiplica las posibilidades de conexión con España para activar la competencia de sus tribunales, pues incluye:

- a) la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda;
- b) la última residencia habitual común, siempre que uno de ellos siga siendo residente;
- c) la residencia habitual del demandado;
- d) en caso de demanda de mutuo acuerdo:
 - a. la residencia de uno de los cónyuges;
 - b. la residencia habitual del demandante de al menos un año de duración desde la interposición de la demanda (sic);
 - c. la nacionalidad del demandante unida a la residencia habitual de al menos seis meses antes de la interposición de la demanda;
- e) la nacionalidad común de los cónyuges (con independencia de su residencia).

En materia de adopción se mantienen los foros de que el adoptante o el adoptando sea español o resida habitualmente en España, y se añade uno



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

nuevo: cuando así lo disponga la legislación reguladora de la adopción internacional (art. 63, e).

En materia de alimentos, se mantiene el foro de la residencia habitual en España del acreedor de los mismos y se añaden: la residencia habitual en España del demandado y la precisión de que cuando la pretensión se formule como accesoria a una cuestión sobre el estado civil o de una acción de responsabilidad parental, cuanto los Tribunales españoles fuesen competentes para conocer de esta última acción (art. 63, f).

Capítulo II

Competencia judicial internacional en el orden penal

Este Capítulo se compone de un solo artículo, el 69, que reproduce el art. 23 LOPJ. Como es bien sabido, el art. 23 LOPJ ha sido objeto de una profunda y polémica transformación por medio de la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, emanada de una Proposición de Ley Orgánica (122/000136) que fue presentada en el Congreso de Diputados el 17 de enero de 2014 y tramitada por el procedimiento parlamentario de lectura única, razón por la cual no fue sometida al dictamen de los órganos consultivos del Estado.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional elaboró, no obstante, un informe el pasado mes de febrero en el que expresaba su punto de vista acerca de las posibles deficiencias que la iniciativa parlamentaria presentaba, del cual la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Fiscalía General del Estado, guiada por un propósito de leal cooperación institucional, dio traslado al Ministerio de Justicia.

Aunque el anteproyecto objeto del presente informe no modifica el tenor del art. 23 LOPJ tal y como resultó de la citada reforma, el Consejo Fiscal considera oportuno incidir sobre esta materia, toda vez que la reforma integral de la LOPJ renueva la oportunidad de corregir las deficiencias en su momento apuntadas.

La LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cumplimenta el mandato emanado del Congreso de los Diputados mediante resolución aprobada el día 19 de mayo de 2009 con motivo del Debate sobre el Estado de la Nación, mediante la modificación del redactado del art. 23.4 LOPJ al que incorpora tres correctivos del principio de la jurisdicción universal, que ya habían sido de alguna manera prefigurados por nuestra jurisprudencia al establecer la necesidad de algún punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de la jurisdicción (STS 327/2003, de 25 de febrero): que los presuntos responsables se encuentren en España, que existan víctimas de nacionalidad española, o que se constate algún vínculo de conexión relevante con España.

Estos correctivos tienen la ventaja de que constituyen condicionamientos comunes de la perseguibilidad de todos los delitos comprendidos en la esfera de la jurisdicción universal, por lo que quedan a resguardo de la crítica de oportunismo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En el derecho comparado también hallamos ejemplos de contención de la jurisdicción en beneficio del legítimo interés del Estado en preservar la buena marcha de sus relaciones internacionales. Consignaremos el caso belga: el art. 7 de la Ley de 23 de abril de 2003 impuso límites al principio de la jurisdicción universal, refiriéndose “en primer término, a los casos en que el autor no se encuentre en territorio del Reino”, estableciendo además que “el Procurador Federal, único que en adelante podrá instar la acción, no requerirá al Juez de Instrucción para que asuma la causa si “de las circunstancias concretas del caso resulta que en el interés de una buena administración de justicia y en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Bélgica, aquélla debe ser enjuiciada por las jurisdicciones internacionales o por la jurisdicción donde los hechos han sido cometidos, o por la jurisdicción del Estado de la nacionalidad del autor o del lugar en el que éste pueda ser encontrado y en el que ésta jurisdicción pueda ser competente, imparcial y equitativa”. En el Derecho alemán, aunque el parágrafo 1 del Código Penal Internacional no menciona límite alguno al principio de universalidad, la ley procesal penal (§ 153 f) StPO) somete la persecución de los delitos cometidos fuera del territorio alemán a la decisión del Fiscal como manifestación del principio de oportunidad.

El legislador español, sin embargo, a principios de este año decidió apartarse de estos modelos para incidir en una renovación del sistema basada en la enumeración casuística de criterios de atribución jurisdiccional, sistema que presenta dos rasgos dominantes, poco convincentes:

- 1.- Su heterogeneidad, dado que los criterios pueden diferir según el tipo penal, regulando a voluntad el mayor o menor alcance de la jurisdicción.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

2.- Su insólita formalización normativa, pues los criterios explícitos, que determinan directamente los foros aplicables, se entreveran con criterios de atribución implícita mediante remisión genérica a los tratados internacionales ratificados por España, que fuerzan al intérprete a extraer el foro aplicable a cada caso de una fatigosa –y resbaladiza- interpretación del tenor de los mismos.

El peligro no está en el obligado esfuerzo del intérprete, sino en el riesgo de que diversos sujetos u órganos jurisdiccionales alcancen conclusiones discordantes e igualmente fundamentadas. El edificio de la jurisdicción no se puede asentar sobre arenas movedizas, ni devenir en filigrana conceptual.

Podemos anticipar, por lo tanto, que consideramos esta configuración sumamente desaconsejable, porque, desde un plano teórico, más que limitar o corregir los excesos de la jurisdicción universal, la sustituye por un puñado disperso de criterios de extensión extraterritorial de la jurisdicción, lo que coloca a España en una incómoda situación frente al resto de las naciones preocupadas por la preservación de la paz y de los derechos humanos, y porque, descendiendo a la praxis judicial, es susceptible de generar una enorme inseguridad jurídica, como ha demostrado la reciente experiencia de los denominados “narcobarcos” (vide Auto de la Audiencia Nacional nº 21/2014, de 6 de mayo y su voto particular).

Vienen al caso algunas de las consideraciones que se hicieron en el informe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, que en buena medida reiteramos. Los criterios del art. 69.4 APLOPJ [= art. 23.4 LOPJ] tal y como aparecen configurados cercenan las posibilidades de persecución de los delitos relacionados con la violación de los derechos humanos y limitan además la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

investigación y persecución de actividades delictivas especialmente graves de carácter transnacional como el terrorismo, el tráfico internacional de drogas, la trata de seres humanos, la piratería y el apoderamiento ilícito de aeronaves, las redes de prostitución y corrupción de menores, o los delitos de naturaleza transnacional relacionados con el uso de las nuevas tecnologías (pornografía infantil, ciberdelincuencia, etc.) todas ellas estrechamente vinculadas con el crimen organizado.

La protección contra las graves formas de criminalidad mencionadas es un objetivo prioritario de la política criminal de la Unión Europea, como se señala en el Programa de Estocolmo aprobado en mayo de 2010, y por ello la introducción de criterios tan marcadamente excluyentes contribuirá previsiblemente a generar espacios de impunidad en la persecución de tales delitos, a neutralizar la respuesta judicial y la capacidad de investigación de tales fenómenos criminales y a entorpecer el cumplimiento de obligaciones y compromisos internacionales asumidos con la finalidad de combatir las más graves formas de delincuencia y de garantizar la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Desde el punto de vista de los requisitos de procedibilidad, la exigencia de previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal para que pueda iniciarse procedimiento en España en los supuestos de los apartados 2, 3 y 4 es sumamente regresiva en relación con la regulación anterior a la LO 1/2014, que admitía la mera denuncia. Desde un punto de vista práctico la necesidad de querella puede producir efectos negativos y graves inconvenientes en la efectividad de la persecución, y limitar los derechos de la víctima o agraviado en cuanto condiciona la tutela judicial y el acceso a la jurisdicción en términos mucho más restrictivos de los que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

establece normalmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los procesos penales en general.

Por otra parte, llama la atención que para los delitos contemplados en los apartados 3 (en los que se aprecia un interés del Estado en su persecución, conocido como principio protección real o de defensa) y 4 (principio de jurisdicción universal) no se contemple la limitación que se establece en el apartado 2, c) para los delitos cometidos por ciudadanos españoles, de manera que se podrá ejercer la jurisdicción con todas las consecuencias punitivas legalmente previstas aun cuando el delincuente haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, e incluso haya cumplido la condena, o si la ha cumplido en parte, que esta circunstancia no se tenga en cuenta para rebajarle proporcionalmente lo que le corresponda. La cuestión no es baladí porque afecta al núcleo esencial de uno de los principios básicos del proceso penal, como es el “non bis in idem” o prohibición de doble enjuiciamiento, ampliamente reconocido en los tratados internacionales, (Carta de Derechos Fundamentales de la UE, Convenio Europeo de Extradición de 1957, art. 9; Convenio sobre validez internacional de las sentencias penales de 28 de mayo de 1970, art. 53; Convenio sobre transmisión de procedimientos en materia penal de 15 de mayo de 1972, art. 35), y si este doble enjuiciamiento se produce a que se compute la privación de libertad cumplida con anterioridad en otro Estado por aplicación del principio de compensación previsto en los arts. 54 y ss. del Convenio de Schengen, a efectos de garantizar la proporcionalidad de las penas como eje central del principio de legalidad penal (art. 25 CE). El art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE 2000/C364/01, establece el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito y dice: nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

respecto de la cual haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante Sentencia penal firme conforme a la Ley.

No sería desdeñable, por último, que cuando se trate de delitos en los que no haya víctimas españolas y teniendo en cuenta la trascendencia de los intereses en juego (principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados, el ejercicio efectivo de la jurisdicción, etc) la acción penal y la iniciación del procedimiento quedara exclusivamente en manos del Ministerio Fiscal como ocurre en otras legislaciones (v. gr. Alemania y Bélgica; vid. STS de 20 de mayo de 2006, dictada en el caso Falun Gong).

En el apartado 4 del art. 69 encontramos aspectos difícilmente compatibles, y hasta contradictorios, con los compromisos internacionales adquiridos por España como consecuencia de la ratificación de los tratados y convenios vigentes en tales materias, cuya preeminencia y relevancia constitucional vienen consagradas desde una perspectiva estrictamente normativa y como un elemento clave de interpretación del sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales en el art. 10 CE.

No se alcanza a comprender que el fuero jurisdiccional de la nacionalidad de las víctimas reciba un tratamiento tan distinto según la infracción criminal de que se trate, cuando en la práctica totalidad de los convenios internacionales es uno de los factores determinantes del ejercicio de la jurisdicción.

Carece de justificación que para determinados crímenes, precisamente aquellos identificados por la producción masiva de víctimas, se excluya cualquier referencia al criterio de nacionalidad de las víctimas (principio de personalidad pasiva), como sucede con los delitos de genocidio, lesa



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

humanidad, crímenes contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y los delitos contenidos en el Convenio para la represión de apoderamiento ilícito de aeronaves de 16 de diciembre de 1970.

Tampoco parece razonable condicionar el criterio de la nacionalidad de la víctima a la circunstancia de que el presunto responsable se encuentre en territorio español (principio de representación), como sucede con los delitos de torturas y contra la integridad moral, delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, los delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006, y los delitos de trata de seres humanos; se trata de una condición o limitación que carece de soporte convencional ya que los tratados internacionales no la incluyen en ningún caso.

En cambio se considera suficiente el criterio de la nacionalidad de la víctima, en los delitos de terrorismo y en los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública.

El foro de la nacionalidad de la víctima aparece constreñido además desde otra perspectiva, que la nacionalidad sea coetánea al delito, es decir, que la víctima fuera española en el momento de la comisión de los hechos, lo que impide que puedan impetrar la tutela de los tribunales españoles aquellos que adquirieron la nacionalidad después de consumado el delito. Esta importante reducción del principio de personalidad pasiva introduce una



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

distinción en el trato procesal que van a recibir los españoles según posean nacionalidad de origen o adquirida que resulta de muy dudosa constitucionalidad desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no aparece debidamente justificada en la ley.

Tampoco resulta apropiada la desaparición del elemento de la “conexión relevante” o “punto de conexión relevante” que incorporó la reforma operada por la LO 1/2009, siguiendo la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala 2ª del TS en los casos “Guatemala” y “Falun Gong” (SSTS de 25 de febrero de 2003 y 20 de junio de 2006), criterio de atribución jurisdiccional ampliamente reconocido doctrinal y jurisprudencialmente. Precisamente el principio de la conexión o vínculo relevante es el fuero que facilita la intervención jurisdiccional cuando existan intereses nacionales a proteger, cualquiera que sea su naturaleza.

Debe señalarse asimismo que la incorporación del principio de personalidad activa, es decir, que el presunto responsable sea español, a todos los supuestos previstos en el apartado 4, es redundante y revela una inadecuada técnica legislativa, ya que está previsto expresamente en el apartado 2 del art. 69, que regula la jurisdicción extraterritorial en función de la nacionalidad española del presunto responsable. Esta deficiencia es singularmente llamativa en la mención de los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares de 3 de marzo de 1980, cuyo punto de conexión necesario es “que el delito se haya cometido por un ciudadano español”; si esto es precisamente lo que se desea, es decir, no ir más allá de los foros necesarios específicamente determinados en el art. 8.1 del meritado Convenio, huelga efectuar toda mención al mismo en el art. 69.4.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En el derecho convencional los fueros territorial y de nacionalidad del culpable se consideran el común denominador de la cooperación entre Estados para la persecución de los crímenes contra bienes y valores protegidos a escala internacional; ahora bien, en el derecho interno español estos fueros quedan satisfactoriamente cubiertos en el art. 23.1 y 2 LOPJ (= art. 69.1 y 2 APLOPJ), por lo que en buena técnica legislativa sólo tiene sentido que se incorporen al apartado 4 otros foros o nexos de conexión que complementen o amplíen los anteriores.

Por otra parte, resulta incomprensible que del listado de infracciones criminales del apartado 4 del art. 69 desaparezca la mención de ilícitos tan estrechamente vinculados con el crimen organizado transnacional como los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, previstos y penados en el art. 318 bis CP, singularmente cuando es el propio tipo penal el que establece las coordenadas de su persecución extraterritorial, al disponer que será castigado “El que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España o con destino a otro país de la Unión Europea”.

El silencio del art. 69.4 genera una enorme incertidumbre sobre la pervivencia del ilícito penal en relación con los actos de inmigración ilegal que sean perpetrados fuera del territorio nacional por personas que no tengan la nacionalidad española cuando el destino de los migrantes sea España u otro país de la Unión Europea y pone en entredicho el cumplimiento del compromiso asumido por nuestro país frente al resto de los países signatarios del Protocolo de Palermo de 15 de noviembre de 2000,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de garantizar adecuadamente su persecución transnacional.

Un esfuerzo interpretativo bienintencionado nos puede llevar a considerar que el art. 318 bis CP segrega su propio fuero de persecución extraterritorial, pero no siempre las buenas intenciones aseguran el éxito de las pretensiones procesales, pues del mismo modo podría entenderse que en virtud de la sucesión de normas del mismo rango en el tiempo (lex posterior derogat anterior), la supresión de toda mención en el art. 69 APLOPJ a la persecución extraterritorial de la inmigración ilegal –al margen del principio de personalidad activa consagrado en el apartado 2- ha modificado el contorno del hecho punible hasta convertirlo en un delito de persecución doméstica –dentro del territorio español, o cometido por ciudadanos españoles-. La incertidumbre jurídica que esta omisión genera debe ser inmediatamente corregida.

Para una mejor comprensión de la materia analizada, distinguiremos entre los foros directamente establecidos en la norma y los foros implícitamente asignados mediante la técnica de remisión a lo dispuesto en los convenios.

A.- Foros explícitamente determinados: letras a, b, c, e, f, h, i, j, k, l, m, n, o.

a.- Delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. La exclusión del fuero jurisdiccional de la nacionalidad de las víctimas resulta improcedente si tenemos en cuenta que por su propia naturaleza son delitos causantes de víctimas de forma masiva, y que su supresión lamina el derecho a impetrar la protección jurídica de los tribunales del país del que son nacionales; es más, la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

nacionalidad de las víctimas es un fuero ampliamente reconocido en los sistemas jurídicos de las democracias avanzadas, especialmente cuando se trata de violaciones graves de los derechos humanos. Con esta redacción España se desentiende de los derechos de sus propios nacionales, estableciendo un obstáculo para el acceso a la jurisdicción desproporcionado e injusto, lo que puede conducir a la conculcación del art. 24.1 CE.

Por otra parte, resulta ilógico que la norma exija como foro alternativo la residencia habitual en España del presunto culpable, pues tal condición conduce al absurdo de que el extranjero estante, transeúnte, residente irregular, o simplemente sin vocación de permanencia, resulte inmune a acción de la jurisdicción española pese a encontrarse a su alcance. Esta norma coloca a la legislación española en una situación insólita en el derecho comparado, donde se atribuye una importancia decisiva al hecho de que el responsable pueda ser habido dentro del territorio de soberanía propia: no hacerlo por el hecho de que no se cumpla una determinada formalidad jurídica resulta incompatible con la obligación de cooperar en la persecución de este tipo de crímenes. La decisión legislativa es singularmente contraproducente desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial de las víctimas, pues impone al querellante la carga de probar que el culpable reúne las condiciones de la residencia habitual, como si de una demanda civil se tratara.

En el derecho internacional el foro más comúnmente empleado es el de la mera estancia del culpable en territorio sujeto a jurisdicción del Estado, como situación de hecho que permite que sea habido y conducido ante los tribunales del mismo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

b.- Delitos de tortura y contra la integridad moral de los arts. 174 a 177 CP. Se condiciona el fuero de la nacionalidad de la víctima al hecho de que el presunto responsable se encuentre en territorio español, previsión ésta que resulta injustificada y es contraria a lo dispuesto en el artículo 5.1.c de la Convención de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984; con un efecto perverso añadido que claramente conduce a la impunidad: al restringir la posibilidad de investigación y enjuiciamiento cuando el presunto responsable se encuentre en territorio español a los casos en que haya víctimas de nacionalidad española, se genera la quiebra del principio *aut dedere aut punire*, de manera que si en los restantes casos se rechaza la extradición no podría ser perseguida la persona acusada por tal delito, a pesar de que los convenios exigen a los Estados el ejercicio de la jurisdicción con carácter general cuando los responsables se encuentren en sus territorios.

Desde un punto de vista formal, la redacción que se da al primer supuesto, que “el procedimiento se dirija contra un español”, resulta técnicamente incorrecta porque el foro de competencia es un presupuesto de la válida constitución de la relación jurídica procesal, y constituye un hecho material previo al proceso al que la norma atributiva de la competencia asigna el correspondiente efecto jurídico; entendemos por ello que lo correcto es decir que el culpable o el presunto responsable del hecho sea español; el procedimiento se dirigirá contra él una vez que el tribunal en aplicación de la norma haya dictado resolución afirmando su competencia. Esta fórmula se repite en varios supuestos de este apartado 4 y conviene que sea corregida.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

c.- Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención de Nueva York de 20 de diciembre de 2006. La redacción del precepto se aparta palmariamente de las previsiones de la citada convención, en concreto del art. 9.1.c) al exigir que en los casos en que haya víctimas de nacionalidad española el presunto responsable se encuentre en territorio español. Como en el caso anterior, se van a producir zonas de impunidad en la persecución de estos crímenes derivadas del incumplimiento del principio “aut dedere aut iudicare”. También contraviene el art. 9.3 de la Convención que establece la obligación de los Estados de instituir jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada “en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción” sin ninguna otra condición, salvo que lo extradite a otro Estado o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido.

e.- Delitos de terrorismo. Las reglas de atribución jurisdiccional son las más amplias de todo el catálogo de delitos del apartado 4; no obstante, la investigación de tales conductas también puede verse impedida en los casos en que el Estado tenga un interés legítimo en su persecución (por ejemplo, cuando la actividad terrorista afecte a empresas españolas instaladas en el extranjero) o la protección de los intereses nacionales así lo exija.

f.- Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 16 de diciembre de 1970. El precepto, tal y como está redactado, es absolutamente superfluo, porque el apoderamiento de una aeronave de matrícula española encaja en el principio de territorialidad (delitos cometidos a bordo de aeronaves españolas, apartado 1), y la comisión del delito por un español en el principio de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

personalidad activa (apartado 2); con la peculiaridad añadida de que en el primer caso no es necesario cumplir el requisito de la querella.

Llama la atención que no se incluya la atribución jurisdiccional consistente en que el delito se haya cometido contra un ciudadano español.

h.- Delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares de 3 de marzo de 1980. Al limitar la persecución a los casos en que el presunto responsable sea un ciudadano español, resulta innecesaria la mención, pues la atribución jurisdiccional ya se contempla en el apartado 2 del art. 69, bajo el principio de personalidad activa.

i.- Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. En este caso la atribución jurisdiccional se restringe sensiblemente en comparación con lo dispuesto en las convenciones internacionales sobre la materia.

La reciente excarcelación de varios individuos extranjeros detenidos en aguas internacionales cuando transportaban grandes cantidades de estupefacientes, acordada por algunos Juzgados Centrales de Instrucción, demuestra el desacierto de la reforma.

j.- Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal, o delitos cometidos en el seno de los mismos. La redacción de este apartado no coincide con las conductas que describe el art. 570 bis CP al tipificar el delito de organización criminal, en particular las actividades de promoción, organización, dirección y coordinación, que no aparecen



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

expresamente mencionadas; puede entrar además en colisión con las previsiones del art. 570 quater CP.

k.- Delitos contra la libertad e indemnidad sexual sometidos sobre víctimas menores de edad. Este apartado merece igualmente severas críticas, ya que deja fuera del ámbito de protección al resto de las víctimas que no sean menores de edad, particularmente –e incomprensiblemente- a los incapaces.

Sería recomendable por lo demás que en vez de exigir la residencia habitual del culpable en España, bastase con que el mismo se encontrase en territorio español.

l.- Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica. En este apartado lo más criticable es que el ejercicio de la jurisdicción se limite, cuando el presunto responsable se encuentre en territorio nacional, a los casos en que haya víctimas de nacionalidad española o con residencia habitual en España, pues esta circunstancia representa una quiebra del principio “aut dedere aut iudicare”, de manera que, si en los restantes casos no incluidos en los apartados previstos (por ejemplo, cuando el extranjero no tenga residencia habitual en España) se rechaza la extradición, no podría ser perseguida la persona acusada de tal delito.

m.- Trata de seres humanos. En esta categoría delictiva también se condiciona el principio de nacionalidad de la víctima con la exigencia de que el culpable se encuentre en España, lo que supone una restricción inadmisibles de la jurisdicción. La exigencia de que el culpable tenga



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

residencia habitual es España también es rechazable, se sugiere por ello la sustitución de este criterio por el de la mera estancia del mismo en territorio español.

n.- Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales. Nada hay que objetar a las reglas de atribución de la jurisdicción establecidas en este apartado.

o.- Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011 sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública. Resulta sorprendente que para esta categoría de delitos se contemplen reglas de atribución de la jurisdicción extraterritorial más amplias que para otros crímenes de mayor gravedad y más necesitados de persecución internacional.

B.- Foros de atribución implícita en cuanto se determinan por remisión a convenios internacionales. Se localizan en los apartados d), g) y p).

d.- Recoge varios delitos cuando se cometen en los “espacios marinos”: se refiere en particular a los delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima. Este foro por remisión es complementario a los criterios de atribución directa recogidos en los apartados correspondientes a los delitos de terrorismo, tráfico de drogas y trata de seres humanos, y es el único establecido para los delitos de piratería y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (migraciones ilegales).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

g.- Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 23 de septiembre de 1971 y en su Protocolo complementario de 24 de febrero de 1988.

p.- Establece una cláusula residual para otros delitos no comprendidos en los apartados precedentes cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determinen en los mismos.

La técnica legislativa utilizada en estos apartados ha de ser impugnada en bloque, porque genera confusión y limita más allá de lo razonable las posibilidades de persecución extraterritorial de los delitos. Los convenios internacionales que promueven la cooperación en la lucha contra determinados actos criminales de alcance transnacional o contra violaciones de los bienes y valores de los que es titular la Comunidad Internacional establecen en ocasiones foros atributivos de la jurisdicción de los Estados signatarios de carácter necesario, entendidos como mínimo irrenunciable, y a los que la ratificación y publicación interna del tratado dotan de naturaleza vinculante, y a veces, de manera complementaria, otros foros de carácter facultativo u opcional, que recogiendo el espíritu del convenio tratan de llevar la cooperación mutua hacia un mayor grado de compromiso, y que únicamente garantizan que los Estados que los incorporen a su acervo jurídico interno verán refrendada su decisión por las restantes partes contratantes. En ambos casos, lo más correcto técnicamente es que el Poder Legislativo de cada Estado efectúe un acto expreso de incorporación, asumiendo los foros obligatorios y ejercitando la opción respecto de los



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

facultativos. La invocación directa de los tratados puede tener sentido únicamente como cláusula de cierre del sistema que permita la incorporación de los actos normativos internacionales que se produzcan en el futuro (como se hacía, p. e., en el art. 23.1, h) LOPJ, antes de la reforma operada por la LO 1/2014).

El problema es que la actual ordenación, tras someter el principio de jurisdicción universal a una reducción casuística de criterios, rehúsa en algunos casos a fijarlos de forma directa, dejando al albur de la interpretación que los tribunales españoles hagan de los convenios aplicables la posibilidad de afirmar su propia competencia sobre el inestable apoyo de unos foros convencionales facultativos que no han sido asumidos por el Estado en un acto legislativo expreso.

El Consejo Fiscal considera por ello muy desaconsejable que se utilice la fórmula de la remisión directa a los convenios, con la amplitud y generalidad con que se hace en las letras d) y g), siendo más acertado que el Poder Legislativo ejerza las opciones otorgadas por cada convenio previamente ratificado por nuestro país.

El supuesto de la letra p) es admisible como cláusula residual válida para instituir de forma inmediata de jurisdicción a los tribunales españoles para la persecución transnacional de otras formas de criminalidad que sean objeto de los convenios que en el futuro suscriba nuestro país.

En todo caso, si el prelegislador mantiene la opción de la remisión a los convenios internacionales, es preciso que modifique el tenor del texto legal para emplear una redacción que sea clara y explícitamente inclusiva de los



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

foros facultativos, como podría ser la siguiente: “en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte y que prevean o autoricen la asunción de la competencia”.

Otras cuestiones en relación con la competencia judicial internacional

En primer lugar hay que destacar el tratamiento notoriamente insuficiente de los conflictos de jurisdicción internacional en el ámbito penal que requieren un nuevo capítulo completo dentro de este Título.

Otra cuestión polémica como la definición de la amplitud de la jurisdicción internacional, limitada ahora por el criterio de la “conexión” que se atribuye a los Tribunales españoles. En general toda se observa en esta parte de la LOPJ una absoluta descoordinación de la regulación de la jurisdicción con las nuevas denominaciones de los delitos en el Código Penal.

En lo que se refiere a la competencia judicial internacional en el orden civil y concretamente en relación con el art 68 donde se regula la “litispendencia internacional”, hay destacar la necesidad de una referencia a la conexidad internacional, es decir, cuando estamos ante demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias, incompatibles o mutuamente excluyentes, si los asuntos fueran juzgados separadamente.

Por otro lado, además de la remisión general que realiza el art 68.3 “a las normas reglas generales de la litispendencia que regulen las leyes



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

procesales de cada orden jurisdiccional”, se debe prever expresamente la necesidad de dar audiencia al Ministerio Fiscal en virtud de lo dispuesto en el art. 3.8 del EOMF que establece como función del Ministerio Fiscal , “mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros”.

En lo que se refiere al ámbito penal, debe advertirse que la regulación de los conflictos de jurisdicción internacional en el Anteproyecto es notoriamente insuficiente. Y son dos cuestiones principales las que serán objeto de comentario en relación con estos conflictos: La primera, la subsidiariedad de la jurisdicción española frente a la de los Tribunales Internacionales y frente a la de las jurisdicciones en cuyo territorio se haya cometido el delito o correspondan a la nacionalidad del encausado en los casos de delitos cometidos fuera del territorio nacional cuando no sean cometidos por nacionales y se den los supuestos previstos en los puntos 2 y 3 del art 69. La segunda, la absoluta falta de regulación de los conflictos de jurisdicción internacionales por concurrencia de competencias, cuando el delito se ha cometido en varios territorios o cuando el manejo de distintos criterios de atribución de competencias permite que los hechos sean conocidos por varias jurisdicciones.

En torno a la primera cuestión, parece adecuada la subsidiaridad para el conocimiento de estos delitos “extraterritoriales” que se establece respecto a la posible concurrencia con las investigaciones de un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España sea parte.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Igualmente el art 69.5 del Anteproyecto acoge un criterio general de subsidiariedad de la jurisdicción española para todos los supuestos del art 69.4, de forma que España solo mantendría la competencia cuando no se hubieran iniciado procedimiento de investigación y enjuiciamiento en el país en que se hubieran cometido los hechos, o en el Estado del que sea nacional la persona a la que se impute su comisión y siempre que la persona no se encuentre en España o en su caso esté pendiente de un proceso de extradición a ese país. La única excepción a este criterio de subsidiariedad es la cautela que se prevé contra los conocidos como “*Sham proceedings*”, - las persecuciones simbólicas realizadas en la jurisdicción la que se considera preferente con la única finalidad de impedir una investigación real.

En estos casos, la solución adoptada es la inaplicación de esa preferencia de la jurisdicción con “conexión territorial o personal con el delito” cuando se aprecie la simulación de la investigación o la imposibilidad de la misma. La apreciación de estas circunstancias que determinarían el mantenimiento de la jurisdicción española corresponde a la Sala segunda del Tribunal Supremo a quien se le otorga, por primera vez, una competencia similar a la que corresponde ahora a la Corte Penal Internacional para apreciar, conforme a lo dispuesto en el art 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la falta de consistencia y garantías del proceso emprendido en la jurisdicción “preferente”.

No se comprende la razón de que se atribuya esta apreciación al Tribunal Supremo y no se mantenga la competencia en la Audiencia Nacional y sea la Sala de lo Penal quien aprecie esta cuestión, en todo caso y dado que estos delitos solo son perseguibles a instancia del agraviado o del Ministerio Fiscal, criterios de coherencia aconsejaría atribuir a estos la exclusividad de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

solicitar del Juez de Instrucción la elevación de la exposición razonada al TS, de forma que solo si el agraviado o el Fiscal lo solicitan podría el Juez mantener la competencia de la investigación con el fundamento de la existencia de un *sham proceeding*.

Por otro lado, si la jurisdicción española ha emprendido unos procedimientos o investigaciones que ha llevado a cabo hasta que se aprecia la precedencia de la otra jurisdicción debería esta Ley en algún momento posterior regular la forma en que se traslada el procedimiento ya empezado y favorecer cierta coordinación con el procedimiento de extradición o la entrega conforme a la OEDE que pueda darse posteriormente. Igualmente traslado de efectos, tratamiento de material ilícito etc. Temas que hasta ahora no se abordan ni en la LOPJ ni tampoco en otra norma ya que ninguna referencia contiene la LECrim a estas cuestiones que sin duda están provocando dudas y problemas en la práctica.

El segundo aspecto al que nos referíamos es la falta de atención de la ley a los conflictos de jurisdicción internacionales que se suscitan por la concurrencia de competencias de varios Estados para conocer de unos mismos hechos.

Efectivamente, el criterio de territorialidad como criterio principal para la atribución de competencia ha quedado desfasado y no soluciona los innumerables conflictos jurisdiccionales internacionales, al igual que no es ya idóneo para la atribución nacional de competencias en relación con la delincuencia organizada. Las organizaciones criminales actúan desde distintos territorios y todos ellos serán competentes para conocer de los mismos hechos; las nuevas tecnologías y el espacio virtual generan también



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

importantes dificultades de determinación del lugar de comisión de los delitos. Estas realidades, junto a la utilización, por los diferentes Estados, de diversos criterios de atribución de la jurisdicción nacional provocan continuos conflictos de jurisdicción de carácter generalmente positivos, que normalmente derivan de la confluencia de la competencia de distintas jurisdicciones respecto a un mismo hecho delictivo.

El Anteproyecto no repara en este problema ni regula soluciones a los cada día más frecuentes conflictos de jurisdicción. La UE aprobó ya hace años la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de Noviembre de 2009 *sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales* que debería haber sido desarrollada en el ordenamiento interno antes del 15 de Diciembre de 2012 y que sigue sin siquiera Anteproyecto de trasposición. Esta norma europea, junto a lo que dispone la Decisión Marco de 16 de Diciembre de 2008 por la que se *refuerza Eurojust y se modifica la Decisión de 2002-* que tampoco ha sido desarrollada en el ordenamiento español- contienen criterios y procedimientos para la resolución de estos conflictos de jurisdicción internacionales, a través de acuerdos y recomendaciones sobre la jurisdicción preferente para conocer los hechos que están siendo utilizados en la actualidad sin suficiente base legal y que deberían ser recogidos en esta ley puesto que son, al igual que los que regula el Capítulo II del Título VI un conflicto de jurisdicción más y no menos relevante que los que se regulan en esta ley.

La determinación de qué jurisdicción nacional debe seguir la investigación y enjuiciamiento de un determinado grupo de delincuentes transnacionales organizado puede pactarse entre autoridades competentes, conforme a lo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

dispuesto en la Decisión Marco de prevención y resolución de conflictos de jurisdicción, o puede ser fruto de una Recomendación de Eurojust al Fiscal General del Estado, pero lo cierto es que en un ordenamiento con vinculación al principio de legalidad, se hace necesario que la LOPJ permita estas actividades de negociación y posible acuerdo y facilite las herramientas legales para que las autoridades judiciales tomen estas decisiones basándose en criterios predeterminados, aunque los mismos se formulen de forma suficientemente flexible para favorecer los acuerdos. Debe concretarse también cuándo el apartamiento del conocimiento de un caso por las autoridades españolas para favorecer su investigación en otro país europeo es o no una verdadera “cesión de jurisdicción” y cuáles son los procedimientos y consecuencias de la adopción de esas decisiones.

El único criterio que realmente es aplicable en la actualidad sería el respeto al principio “*Ne bis in idem*”, regulado en el art 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y anteriormente en los Art. 54 y siguientes del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen (CAAS). Con este único criterio por tanto el conflicto se resolvería con un criterio de prioridad temporal a favor del primer estado que condena. El primer problema de esta “única y limitada solución” es que no evita el problema de litispendencia ya que juega únicamente con el concepto de cosa juzgada, es decir sólo cuando haya recaído sentencia, que además debe ser firme, se prohíbe una nueva condena, pero no impide el doble enjuiciamiento lo que resulta igualmente entorpecedor para las investigaciones penales y provocador de problemas injustificados a la persona sometida al doble enjuiciamiento

Para ello se propone la inclusión de un nuevo capítulo en el Título VI y antes del Capítulo II, en el que se contienen los conflictos de jurisdicción



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

nacionales, en el que se desarrollen las normas europeas anteriormente citadas y se resuelvan mínimamente las cuestiones orgánicas y procesales necesarias para su aplicación.

En este punto los comentarios conectan con las referencias que se harán posteriormente a la regulación de la competencia para resolver las “cesiones de jurisdicción” que se contiene en el art 102. 3 del Anteproyecto.

Capítulo III

Competencia judicial internacional en el orden contencioso-administrativo

Comprende el art. 70, que reproduce sustancialmente el contenido del art. 24 LOPJ, si bien mejorándolo, al especificar que el objeto de revisión es “la actividad, inactividad o vías de hecho de las Administraciones públicas españolas”.

Capítulo IV

Competencia judicial internacional en el orden social

Comprende el art. 71, que reproduce, con algunas variantes, el contenido del art. 25 LOPJ.

Se hace preciso indicar aquí la ausencia absoluta de regulación de los conflictos de jurisdicción internacionales por concurrencia de competencias cuando el delito se ha cometido en varios territorios o cuando el manejo de distintos criterios de atribución de competencias permite que los hechos sean conocidos por varias jurisdicciones, que deberían tener su ubicación en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

un nuevo Capítulo V, desarrollando aquí la Decisión Marco sobre prevención y resolución de conflictos de jurisdicción de 2008.

LIBRO SEGUNDO

De la organización y funcionamiento de los Tribunales

El libro II a su vez se subdivide en cinco Títulos: I.- De la organización Judicial; II.- Constitución de los Tribunales y sus Salas; III.- Del régimen de funcionamiento de los Tribunales; IV.- El Gobierno interno de los Tribunales; V.- Régimen de organización y funcionamiento de la administración al servicio de los Tribunales.

TÍTULO I

De la organización Judicial.

Capítulo I

Órdenes jurisdiccionales

Este Capítulo se dedica a la regulación de los cuatro órdenes jurisdiccionales (art. 72): civil (art. 73), penal (art. 74), contencioso-administrativo (art. 75) y social (art. 76), en concordancia con lo dispuesto en los arts. 2.2 y 4 en relación con el principio de unidad del Poder Judicial y la jurisdicción militar. También se regula en este Capítulo la falta de jurisdicción (art. 77) y la prejudicialidad entre los órganos judiciales (art. 78).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Con la salvedad que seguidamente se expresa en relación con los arts. 75 y 78, nada tiene que objetar el Consejo Fiscal respecto del contenido de este Capítulo que, con algunas mejoras técnicas en la definición de cada uno de los órdenes jurisdiccionales, mantiene sustancialmente la actual regulación.

Art 75. Orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

El precepto no se hace referencia dentro de las competencias de los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo a los actos del Fiscal General del Estado y del Ministerio Fiscal, debiendo introducirse esta materia en el art 75.2 letra b.

Art. 78. Prejudicialidad entre los órganos judiciales.

Este artículo reproduce en el apartado primero lo dispuesto en el actual artículo 10.1 de la LOPJ y en los apartados segundo y tercero lo previsto en el artículo 4 de la LECrim.

Parece que con esta “refundición” de estos dos preceptos se pretende rescatar la cuestión prejudicial en el orden jurisdiccional penal, en tanto que la jurisprudencia del TS estima que las cuestiones prejudiciales devolutivas, con excepción de las de carácter penal, han queda tácitamente derogadas (SSTS 24 de julio de 2001 y 19 de febrero de 2013, entre otras) por cuanto el art. 3.1º de la LOPJ de 1985 dispone que "La Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos", y como consecuencia de este principio de "unidad de jurisdicción", que no permite hablar de distintas jurisdicciones sino de distribución de la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

jurisdicción única entre diversos "órdenes" jurisdiccionales, el art. 10.1 de la L.O.P.J. establece el principio general de que "a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente", siendo estas normas posteriores y de superior rango al artículo 4 de la LECrim.

Consideración que también se estima avalada por el reconocimiento en el art. 24.2 de la CE del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso -con todas sus instancias- ante otro orden jurisdiccional.

Señala el Tribunal Supremo (STS 104/2013, de 19 de febrero) que:

"Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc.

Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento.

Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado art. 4º de la Lecrim impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo -y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado- dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El análisis de la práctica jurisdiccional penal y de la propia jurisprudencia de esta Sala revela el efectivo respeto del principio contenido en el art. 10.1º de la L.O.P.J. en detrimento de lo anteriormente establecido por el art. 4º de la Lecrim , atendiendo a la generalizada inadmisión en la práctica de las cuestiones prejudiciales pretendidamente devolutivas” (Sentencias de 10 de julio de 2000, 6 y 14 de noviembre de 2000, 22 y 28 de marzo de 2001 y de 28 de marzo de 2006, etc.).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 278/2000, de 27 de noviembre, destaca que *"en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de un cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente "*.

Por lo tanto, este reestablecimiento de la cuestión prejudicial devolutiva en el orden jurisdiccional penal va en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Capítulo II

Composición y atribuciones de los Tribunales y sus Salas

Con carácter introductorio en la lectura de este Capítulo, debe llamarse la atención sobre el olvido completo de todas las competencias resultantes de las normas de Reconocimiento Mutuo tal y como resultan reguladas en el Proyecto de Ley de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la UE que el Ministerio remitió el pasado mes de Febrero a las Cortes. Esta descoordinación debería ser corregida. En general, el tratamiento de las competencias no tiene en cuenta la existencia de un tráfico transfronterizo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

importante de resoluciones judiciales debido a los movimientos de personas y la circulación de bienes de uno a otro Estado.

Para mostrar la grave incoherencia resultante de la falta de coordinación de ambos textos basta observar por ejemplo que el art 103 atribuye a la Sección de Garantías de la Instrucción de la Audiencia nacional solo la tramitación de los expedientes de la Ordenes Europeas de Detención y Entrega cuando el Proyecto de Ley de Reconocimiento Mutuo les atribuye la decisión completa y en consecuencia correspondería a la Sala el conocimiento de los recursos contra las decisiones de la Sección de Garantías.

Igualmente el art 105 al regular las competencias del Juez de Menores desconoce y omite la competencia que le corresponde para tramitar y decidir los expedientes de las órdenes europeas de detención y entrega que afectan a menores.

Otro ejemplo de la falta de coordinación es el art 129 donde solo atribuye al Juez de Garantías de la Instrucción el conocimiento de las medidas de embargo y aseguramiento de pruebas transmitidas desde un Estado miembro de la UE, desconoce por completo las nuevas competencias que el Proyecto de Ley antes mencionado les atribuye en relación con el exhorto europeo de obtención de pruebas.

Tampoco contempla el texto la necesaria referencia a la competencia para a ejecución de las órdenes de protección europeas que el Proyecto de Reconocimiento mutuo atribuye al Juez de Violencia contra la mujer. Y las mismas omisiones se dan respecto a las competencias para la emisión y



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

ejecución de las órdenes de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad, resoluciones de libertad vigilada o decisiones sobre medidas de vigilancia sustitutivas de la prisión provisional con base en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales de la UE.

Sin perjuicio de esta introducción, en adelante se indicarán algunas otras disfunciones.

En otro orden de ideas, las atribuciones de cada órgano y sección se realizan de manera dispar, siguiendo en muchos casos la redacción ahora vigente, apartándose en otros, sin alcanzar en su conjunto las ventajas que en materia de homogeneidad facilita una opción legislativa como la iniciada.

Sección I

Disposiciones comunes

Art. 79. Tribunales

Se inicia la Sección I con este artículo que establece:

La potestad jurisdiccional se ejerce con exclusividad en los siguientes Tribunales:

- a) Tribunal Supremo.*
- b) Audiencia Nacional.*
- c) Tribunales Superiores de Justicia.*
- d) Tribunales Provinciales de Instancia.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Esta disposición del Anteproyecto contiene la principal manifestación de la modificación del diseño territorial español a efectos judiciales. Supone la supresión de los Juzgados de Paz y el establecimiento de una nueva configuración respecto de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de los Social, de Menores, de Vigilancia Penitencia, cuyas actuales competencias y las de las Audiencias Provinciales en primera instancia, se aglutinan en los denominados Tribunales Provinciales de Instancia como nuevo órgano judicial de primer grado, *cuya demarcación territorial será la provincial* (art. 83.4).

Art. 80. Salas y Secciones

Se establece que cada Tribunal se compondrá necesariamente de una Sala por cada orden jurisdiccional. En este punto estima este Consejo Fiscal que debería hacerse alguna especificación respecto de la Audiencia Nacional, pues este Tribunal no tiene competencias en materia civil y por tanto en su composición no existe Sala de este orden.

Art. 81. Planta y demarcación

Art. 82. Creación de plazas y dotación de medios

Estos dos artículos (81 y 82) posponen a la futura Ley de Demarcación y Planta Judicial el diseño del mapa judicial español y establecen que corresponde al Gobierno la competencia de creación de plazas judiciales - oídos el Consejo General del Poder Judicial y la Comunidad Autónoma- y al Ministerio de Justicia o al órgano competente de la Comunidad Autónoma, la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de proveer de los medios precisos para el desarrollo de la función judicial corresponda.

El Consejo Fiscal pone de manifiesto las dudas de constitucionalidad en cuanto se prevé en la disposición adicional primera del Anteproyecto que las Comunidades Autónomas puedan participar en la determinación de la planta y demarcación de los órganos jurisdiccionales, desbordando las competencias asumidas en materia que debe limitarse a dotar de recursos personales y materiales a la Administración de Justicia.

Además, el art. 81.1 silencia la intervención del Consejo Fiscal en la determinación de la planta y demarcación de los tribunales, de acuerdo con lo previsto en el art. 14 EOMF.

Igualmente el Consejo Fiscal no puede obviar su temor por que la demora en la tramitación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial también suponga la dilación en la creación de nuevas plazas de Jueces y por ende de Fiscales. La ampliación de las plantilla de ambas Carrera constituye un elemento esencial para la minoración de la excesiva carga de trabajo que soportan las actuales, que junto a la escasez de medios materiales y de apoyo suponen la verdadera causa directa de los retrasos y de la excesiva pendencia. Ello, sin perjuicio, de que las medidas que se pretenden mediante el Anteproyecto puedan contribuir a la agilización y mejora de la Administración de Justicia.

Art. 83. Demarcación de los Tribunales

Art. 84. Sede de los Tribunales



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Estos dos artículos (83 y 84) mantienen las actuales demarcación y sede del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de Tribunales Superiores de Justicia, con alguna modificación respecto de las sedes de éstos, que no plantea ninguna cuestión para este Consejo Fiscal.

En el ámbito de las modificaciones estructurales que contiene el Anteproyecto, sin duda la más trascendente está constituida por la demarcación territorial de ámbito provincial que se atribuye a los Tribunales Provinciales de Instancia, con la salvedad de que Ceuta y Melilla tendrán su propio Tribunal y con la posibilidad excepcional de extender la jurisdicción de una Sección de una Sala de un Tribunal de Instancia a dos o más provincias dentro de la misma Comunidad Autónoma (art. 83.3).

En este punto, a juicio de este Consejo Fiscal, sería conveniente que en la Exposición de Motivos se explicara el fundamento de esta excepción extensiva de la demarcación territorial de los Tribunales Provinciales de Instancia más allá de la correspondiente provincia, aunque no se atisba otra razón que la de aprovechar los recursos judiciales de una provincia en otra con menor carga de asuntos.

En definitiva, con la creación de los Tribunales Provinciales de Instancia se pretende la flexibilidad de los recursos existentes y por ende maximizar su aprovechamiento. Como más adelante se expone, el Anteproyecto establece un nuevo sistema de sustituciones de Jueces, que se podrán llevar a cabo dentro del mismo Tribunal Provincial de Instancia, pues se permitirá la reasignación de efectivos dentro del mismo órgano judicial para hacer frente a las necesidades cambiantes del servicio público de la justicia, sin necesidad de crear o suprimir órganos judiciales ni alterar la planta existente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La justificación de esta trascendental modificación en la organización judicial española se expresa en la Exposición de Motivos del Anteproyecto indicando que los actuales partidos judiciales tienen su origen en el siglo XIX, cuando los transportes y las comunicaciones eran difíciles, siendo conveniente la presencia territorial difusa de la judicatura. Se argumenta que no tiene sentido la perpetuación de una circunscripción judicial de corte netamente decimonónico, por lo que se suprime la organización territorial que, a efectos judiciales, se establece en el vigente art. 30 de la LOPJ, en Municipios, Partidos, Provincias y Comunidades Autónomas.

El sistema ofrece como ventaja la especialización de los tribunales, acompañada de una mayor capacidad que se adquiere en la organización del tiempo y de los procesos (por el aumento de similitud), la menor dispersión en la actividad de estudio y tratamiento de los casos y el mayor aprovechamiento de la experiencia acumulada en las áreas jurisdiccionales de mayor vocación y mejor formación, por parte de cada profesional de las unidades especializadas. Por otro lado, facilita la gestión de los tribunales.

Esta idea central del Anteproyecto merece una valoración positiva por parte del Consejo Fiscal, pues el nuevo órgano judicial provincial ofrece interesantes posibilidades en orden a introducir una mayor flexibilidad en la reorganización de efectivos dentro de un mismo órgano judicial para hacer frente a necesidades cambiantes, pero hay que señalar que tales ventajas pueden chocar con la exigencia de predeterminación legal de juez, impuesta por los arts. 24 y 117 CE, así como la garantía que para la independencia judicial supone la inamovilidad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Anteproyecto diseña una serie de mecanismos tendentes a mantener las expresadas garantías. Así, se establece que:

1º. En la identificación de la plaza ocupada por cada Juez debe constar no sólo el Tribunal Provincial de Instancia de que se trate, sino también los siguientes datos: el orden jurisdiccional; si es Juez unipersonal o miembro de una Sección colegiada; y, en su caso, si tiene encomendadas funciones legalmente especializadas -mercantil, familia, etc.- (art. 342 y sgtes.).

2º. Los asuntos se turnarán, con arreglo a criterios predeterminados y objetivos, comunicándose a las partes (art. 148.1 y 151.1).

3º. Sólo se permitirán cambios en el reparto de asuntos por enfermedad prolongada, licencia de larga duración, existencia de vacantes y refuerzos previamente establecidos; lo que, en todo caso, se comunicará a las partes (art. 151.2 y 3).

4º. Se llevará un libro con todas las incidencias que se produzcan en el reparto de asuntos (art. 155).

5º. La reasignación de efectivos dentro del mismo Tribunal Provincial de Instancia, cuando conlleve un cambio con respecto a los datos de la plaza para la que el Juez afectado fue nombrado, deberá siempre guiarse por dos criterios: de entrada, el de la voluntariedad; y, a falta de voluntarios, el orden de antigüedad inverso (art. 373.2)

Estima este Consejo Fiscal que además de las circunstancias concretas que se indican *ut infra* al analizar cada uno de los expresados artículos, con



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

carácter general la principal observación crítica que se realiza respecto del contenido de este Libro II del Anteproyecto se refiere a la desvinculación del juez respecto de un concreto órgano jurisdiccional. La nueva regulación establece una especie de juez “intercambiable” que puede vulnerar el principio del juez predeterminado, pero también, sin duda, supondrá una elusión de la responsabilidad personal sobre el caso concreto.

También es importante significar que la completa provincialización de la Administración de Justicia, basada principalmente en criterios económicos, supone un alejamiento de muchos sectores de la ciudadanía, pues si bien existen provincias que, bien por sus características orográficas o por su dimensión territorial, las comunicaciones son sencillas y no presenta mayor problema la acumulación de la actividad judicial en la capital, hay otras en que estas circunstancias no se produce, así sucede en las provincias insulares o en las de gran extensión territorial montañosa.

Este alejamiento de la justicia de proximidad en aras de la eficacia puede tener efectos perversos, pues aunque las comunicaciones hayan mejorado respecto de las del siglo XIX, no será fácilmente asumible por el ciudadano el alejamiento de la sede de los tribunales, aun para asuntos de cuantía o trascendencia menor, desde un punto de vista objetivo, pues desde el subjetivo cualquier asunto judicial puede tener enorme importancia.

No obstante, intuyendo el prelegislador la dificultad de una implantación absoluta de los órganos judiciales de primer grado en la capital de la provincia, en el art. 84.3 prevé que en la Ley de Demarcación y Planta Judicial podrán establecerse sedes desplazadas de todas o alguna de las Salas de los Tribunales Provinciales de Instancia en aquellas localidades y



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

municipios del territorio provincial en (...) en atención a la valoración conjunta de las siguientes circunstancias:

- 1ª. Volumen y dispersión de la población en el territorio provincial.
- 2ª. Relevancia de la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales existentes, según los módulos establecidos conforme a las determinaciones de la LOPJ.
- 3ª. Distancia de la sede desplazada a la capital de la provincia.
- 4ª. Tiempo de desplazamiento en transporte público desde la sede desplazada a la capital de la provincia.
- 5ª. Carácter uniprovincial de la Comunidad Autónoma.
- 6ª. Especiales características orográficas o geográficas del territorio provincial y, singularmente, las que dificulten los desplazamientos a la capital de la provincia.
- 7ª. Insularidad del territorio provincial.
- 8ª. Existencia, estado y posibilidad de aprovechamiento de edificios e infraestructuras judiciales existentes en la sede desplazada.
- 9ª. Posibilidad de amortización y de recuperación de las inversiones efectuadas en los edificios e infraestructuras judiciales de la sede desplazada.

Puede suceder que la concurrencia de las expresadas circunstancias determine el diseño de un mapa judicial similar al actual, en cuyo caso la reforma proyectada hubiera sido inútil, pues la modificación se habrá agotado con el cambio de los rótulos de los edificios y despachos judiciales, pues en definitiva los criterios o circunstancias expuestas son las que se ha seguido en los últimos años para la instalación de un importante número de órganos judiciales en poblaciones distintas de la capital de la provincia,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

precisamente porque no se consideró que la estructura provincial no se adecuaba a las necesidades de justicia demandadas por los ciudadanos.

Y es que la evolución experimentada por la demarcación jurisdiccional española ha tenido una recepción desigual en el anteproyecto legislativo. Por un lado, y al referirse a los Tribunales Superiores de Justicia, se ha recogido la existencia de sedes desplazadas de los mismos en las ciudades de Málaga, Sevilla, Santa Cruz de Tenerife y Valladolid (art. 84.1). En el art. 113.7 se menciona que en las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, de Cataluña, de la Comunidad Valenciana y de Andalucía con sede en Sevilla, la Ley de Demarcación y Planta Judicial podrá contemplar la existencia de una o varias Secciones que con carácter exclusivo conozcan de los recursos en materia tributaria cuya competencia esté atribuida a esta Sala. En el resto de los Tribunales Superiores de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial podrá especializar determinadas secciones en materia tributaria cuando se justifique en virtud del número de asuntos de dicha naturaleza, la especial complejidad de los mismos u otra circunstancia relevante. Para estos supuestos, el anteproyecto podría haber optado por deferir a la Ley de Demarcación y Planta la constitución de sedes de estos tribunales en ciudades distintas a la principal de los mismos.

Sin embargo, al tratar los Tribunales Provinciales de Instancia, el prelegislador desconoce esta evolución territorial de la jurisdicción. Algunas de las razones que el texto limita para el establecimiento de sedes desplazadas en su art. 84.3 habían determinado la ubicación de órganos jurisdiccionales de ámbito provincial en localidades distintas a la capital y con un ámbito territorial determinado, en particular, los juzgados de lo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Contencioso-Administrativo, de lo Social y de lo Penal cuyos ámbitos territoriales son muy variados y no coincidentes, según las provincias. Pero de una manera destacada, además de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, ciudades como Algeciras, Jerez de la Frontera, Gijón, Vigo, Santiago de Compostela, Cartagena y Elx/Elche cuentan con sedes desplazadas de audiencias provinciales, juzgados de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de lo Penal, de Primera instancia, de Instrucción, de Violencia sobre la Mujer, además de sedes de Fiscalías de Área o de institutos de medicina legal, en algún caso la sede principal de la comunidad autónoma, cuya existencia es omitida y es fácil suponer que en ningún van a perder su condición de sede de tribunal ni en el corto ni en el largo plazo, si es que su tamaño no se ve incrementado, precisamente porque la estructura provincial no es suficiente para atender en la debida forma las demandas de justicia de los ciudadanos y por el eventual cierre de determinadas sedes desplazadas ahora existentes.

Sin perjuicio de lo que a continuación se mencionará, la organización interna que el proyecto plantea, todos los aspectos logísticos y organizativos consustanciales al desarrollo de la jurisdicción y que van desde lo previsible a lo urgente, desde la asignación de una sala para el desarrollo de juicios a la reclamación puntual de medios materiales determinados, por mencionar dos ejemplos comunes, habrán de pasar por el presidente del tribunal al amparo del art. 278, generalmente presente en la sede principal. No es que no exista previsión para la organización interna de las sedes desplazadas en el anteproyecto sino que lo razonable es pensar que precisamente algunas sedes desplazadas puedan tener aparejadas muchas necesidades organizativas.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

De manera complementaria, la omisión de la configuración interna de las sedes desplazadas determina que los jueces tengan su destino en secciones desplazadas, sino en tribunales de instancia, con lo que no se asegura la presencia fija de jueces titulares en estas poblaciones que al parecer deberían desplazarse a la sección según un turno de reparto previamente preestablecido. Tampoco se dispone que la sede de la oficina judicial se ubique en sedes diferentes a las del propio tribunal de Instancia.

En estas condiciones, el automatismo de la ley en este punto puede matizarse bien admitiendo como excepción la constitución de tribunales de instancia de ámbito inferior al provincial y en cualquier caso defiriendo su número y planta a la propia legislación de demarcación y planta.

Tampoco es fácil vislumbrar posibles ventajas de la supresión de las Audiencias Provinciales y su incardinación en los Tribunales Superiores a efectos de apelación. En la práctica, supondrán para los ciudadanos un alejamiento de los órganos de apelación que puede ser aflictivo para éstos cuando -como ocurre frecuentemente- sea preciso celebrar pruebas en trance de recurso.

La forma de incardinación de los actuales magistrados de las Secciones Civiles y Penales de las Audiencias Provinciales en los Tribunales Superiores de Justicia es cuestión importante que debería regularse en las Disposiciones Transitorias del Anteproyecto de LOPJ y no quedar a merced de la futura aprobación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial.

Por todo ello, este Consejo Fiscal considera determinante el diseño judicial que se establezca en la Ley de Demarcación y Planta Judicial y considera



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

conveniente su tramitación simultánea con el presente Anteproyecto. Resulta difícil pronunciarse sobre las bondades del nuevo sistema al diferirse en el tiempo la tramitación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial con el objeto de que las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la ley proyectada envíen al Ministerio la respectiva propuesta relativa a los órganos judiciales de su territorio. El Gobierno cuenta con el plazo de dos años para remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley de Demarcación y Planta Judicial.

Ya se ha expresando anteriormente la preocupación de este Consejo Fiscal respecto de que tal demora conlleve la de la ampliación de plantillas judiciales y fiscales.

Además, desde el punto de vista del Ministerio Fiscal, el sistema diseñado afecta directamente al desarrollo de la Ley 24/2007, ahora que se estaba asentando esta reforma, articulada en aras de la proximidad, es decir, con la finalidad de acercar al Fiscal a los órganos jurisdiccionales no radicados en la capital de provincia. Así, se crearon las Fiscalías de Área para los lugares que, sin ser capital de provincia, presentaban aglomeraciones importantes de población, una concentración significativa de órganos judiciales o en aquellos supuestos en que las Audiencias Provinciales desplazan una Sección de modo estable. El sistema se completó con las Secciones Territoriales de las Fiscalías Provinciales, con los que asegurar la presencia del Fiscal en aquellos lugares que, sin reunir los requisitos necesarios para la creación de una Fiscalía de Área, exigen por su lejanía de la sede provincial o por cualquier otro motivo una presencia del Fiscal no sujeta a permanentes desplazamientos.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En estas condiciones, se echa en falta ninguna referencia como criterio para la constitución no ya de sedes principales de tribunales de instancia sino también de sedes desplazadas en la presencia de sedes de estas sedes de las fiscalías. Sin duda, la estructura básica provincial del Ministerio Fiscal ayudará a que la transición al nuevo modelo sea menos traumática. La descentralización territorial de nuestra institución mediante las Fiscalías de Área y las Secciones Territoriales no puede ser ignorada, por lo que las sedes desplazadas de los Tribunales Provinciales de Instancia previstas en el art. 84,3 APLOPJ deberían ajustarse, en lo posible, a la estructura territorial del Ministerio Fiscal, lo que es particularmente necesario en el caso de una hipotética atribución de la investigación penal a nuestra institución, por cuanto la cercanía con los órganos judiciales encargados de la autorización de medidas cautelares o de medidas de investigación devendría absolutamente imprescindible para garantizar la operatividad de las investigaciones, debido a la urgencia en los procesos de toma de decisiones que con frecuencia concurren en estos casos.

Por otro lado, en referencia al derecho comparado, es de significar que en numerosos países de nuestro entorno la figura de los denominados “Tribunales de Instancia” tiene como objetivo el establecimiento de la organización colegiada en el primer nivel de la pirámide judicial que permite el establecimiento de criterios judiciales comunes entre los miembros del Tribunal y, por tanto, potencia la seguridad jurídica. No es esta la finalidad del sistema que instaura el Anteproyecto, que, guiado primordialmente por la finalidad de la reasignación de efectivos, establece que los Tribunales Provinciales de Instancia, como regla general, se compondrán por cuatro Salas, una por cada orden jurisdiccional más una Sala de Asuntos



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Generales. Dentro de cada Sala habrá “unidades judiciales” compuestas por un Juez unipersonal, con lo que en definitiva el Tribunal Provincial de Instancia –a expensas de lo que se determine en la Ley de Demarcación y Planta Judicial- vendrán a sustituir a la suma de los distintos Juzgados hoy existentes, para continuar ejerciendo jurisdicción con distinto nombre, pero en la misma manera y con los mismos recursos con los que ahora cuentan.

Sección II

El Tribunal Supremo

Subsección 1ª

Composición y atribuciones

Esta Subsección 1ª, que comprende los arts. 85 al 94, regula la composición y funcionamiento del Tribunal Supremo, no alterando sustancialmente su estructura formada por cinco Salas (Civil, Penal, Social, Contencioso-Administrativo y Militar), también se regulan tres Salas Especiales de Conflictos para resolver los que se planteen con otros poderes públicos (administrativo y legislativo), con la jurisdicción militar y entre los diferentes órdenes jurisdiccionales, y se crea la Sala de Asuntos Generales, cuyas competencias se concretan en el art. 94.2 asumiendo las funciones de la actualmente denominada “Sala del 61”, adaptadas a la nueva regulación de recurso de casación.

El Anteproyecto establece dos importantes novedades en relación con las personas aforadas ante el Tribunal Supremo, toda vez que se establece que la Sala Primera conocerá de las demandas de responsabilidad civil en los supuestos de aforamiento (art. 88) y la Sala Segunda de las causas penales



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

en los supuestos de aforamiento (art. 89). Sin perjuicio de que este Consejo Fiscal estime que sería conveniente una revisión general sobre el régimen de aforamientos en el ordenamiento español, ciñéndonos estrictamente a la regulación establecida en el Anteproyecto, se valora positivamente la novedad que supone que dichos aforamientos se refieran a hechos realizados en el ejercicio de la condición o cargo de la persona aforada, y se mantengan aun cuando no se ostentare ya tal condición o se hubiere cesado en dicho cargo.

Este Consejo Fiscal estima que en virtud de la equiparación entre la Carreras Judicial y Fiscal y dentro del esquema general proyectado, deberían estar incluidos en el art. 89.2 todos los Fiscales de Sala, los Fiscales Superiores, así como los Fiscales que ejercen sus funciones ante el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Audiencia Nacional. No puede olvidarse a este respecto que el art. 60 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal equipara la responsabilidad civil y penal de los Fiscales a la regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial para los Jueces y Magistrados, en cuanto les sea de aplicación.

También como novedad se amplía el ámbito de las personas aforadas incluyendo a la Reina consorte o el consorte de la Reina, el Príncipe heredero y su consorte. El Consejo Fiscal, sin perjuicio de estimar que debería estudiarse la posibilidad de reducir el número de personas que están aforadas en nuestro ordenamiento jurídico, dada la situación actualmente vigente, valora positivamente el aforamiento de las indicadas personas, toda vez que viene a dotar a las personas más próximas a la Institución de la Jefatura del Estado de una tutela jurídica similar a las de otras Instituciones.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Consejo Fiscal llama la atención sobre la falta de previsión en el ALOPJ sobre el eventual aforamiento de quien cesa en su condición de Jefe del Estado y su consorte, salvo que exista una regulación independiente.

También estima que entre las competencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo que se regulan en el art. 90.1 deberían incluirse los actos o disposiciones del Fiscal General del Estado, toda vez que el Ministerio Fiscal es una Institución de relevancia constitucional que se ha excluido en este artículo en el que se encuentra otras Instituciones de similar entidad.

Para finalizar con el Tribunal Supremo debe señalarse que ha desaparecido en el Anteproyecto la previsión que contenía el Borrador, al establecer que contra las sentencias penales dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en supuestos de aforados cabía recurso de apelación ante el Tribunal Supremo. El nuevo texto ya no contiene ninguna previsión al respecto por lo que, salvo que el futuro código procesal penal establezca lo contrario, cabe inferir el mantenimiento del actual recurso de casación, con lo que consideramos que se habría perdido una excelente oportunidad para consagrar en este aspecto la doble instancia penal. No es ocioso recordar que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas aprobó el 20 de julio de 2000 y el 11 de agosto de 2000 sendos dictámenes emitido a tenor del párrafo 4, del artículo 5, del Protocolo Facultativo en el que expresa la vulneración del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ante la ausencia de inclusión este principio en nuestra legislación procesal.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Subsección 2ª

Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Mediante esta Subsección 2ª, arts. 95 al 98, se dota de regulación al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, que estará formado por un Director, un Coordinador por cada una de las áreas correspondientes a los diferentes órdenes jurisdiccionales, y un número de jueces que determine la Ley de Demarcación y Planta Judicial. Sus funciones serán de asistencia a la Presidencia y de apoyo a las distintas Salas del Tribunal Supremo, así como a las Salas Especiales y de Asuntos Generales.

Sección III

La Audiencia Nacional

La principal novedad de esta Sección (arts. 100 al 111), además del cambio estructural que supone la creación de Salas de Instancia, se encuentra en el ámbito penal, toda vez que los delitos que vienen atribuidos a su competencia se realizará necesariamente por la Sección colegiada de Garantías de la Instrucción, a diferencia de los que ocurre en la actualidad, que la instrucción se realiza por un solo Juez. Ello, sin perjuicio de la funciones de guardia, que seguirán siendo unipersonales.

La competencia de la Sección de Garantías de la Instrucción viene regulada en el art 103 que establece:

1. Corresponderá a la Sección de Garantías de la Instrucción:

a) La instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala Penal de Instancia de la Audiencia Nacional.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

b) La tramitación de los expediente de ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega, así como los expedientes de extradición pasiva, de acuerdo con lo dispuesto por la ley.

2. Las funciones de guardia serán ejercidas individualmente por cada uno de los miembros de la Sección de Garantías de la Instrucción, por el turno que se determine. A tal fin podrá adoptar las medidas imprescindibles para asegurar el buen fin de la instrucción, sin perjuicio de que el conocimiento de la causa se atribuya a la mayor brevedad a la Sección de Garantías de la Instrucción que corresponda de acuerdo con las normas de reparto.

Nada se dice en la Exposición de Motivos sobre la fundamentación de este régimen especial de instrucción colegiada respecto de los asuntos competencia de la Audiencia Nacional, que supone una excepción al general establecido para el resto de los asuntos penales, en los que dicho sistema colegiado en materia de garantías de la instrucción únicamente se adopta cuando concurren determinadas circunstancias que se establecen en el art. 120.3, cuya análisis se realiza ut infra. Ya anticipamos que este Consejo Fiscal hace una valoración negativa del nuevo modelo de instrucción colegiada que regula el anteproyecto por los motivos que luego se expondrán

Entre las consecuencias de esta instrucción colegiada de todos los asuntos competencia de la Audiencia Nacional no se vislumbra que puedan encontrarse ni la agilización de la tramitación de los asuntos, ni la reducción de los tiempos de resolución.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por lo demás la nueva estructura de la Audiencia Nacional estará compuesta por tres Sala Superiores: penal, contencioso-administrativo y social. Las dos primeras con sendas Salas de Instancia.

Además la Audiencia Nacional también contará con una Sala de Asuntos Generales -que conocerá de las causas de recusación y demás competencias previstas en la Ley (art. 111)-, también se establece la posibilidad de que la Audiencia Nacional cuente con un Gabinete Técnico de características similares al del Tribunal Supremo (art. 100).

Art. 101. Composición de la Sala Penal de Instancia

En el art. 101 se regula la composición de la Sala de Instancia de la Audiencia Nacional, que se integrará por Secciones Colegiadas (tres o más magistrados) y por Unidades Judiciales. La Sala Penal de Instancia a su vez se compone por las Secciones de Garantía de la Instrucción (con competencia para la instrucción de las causas) y las Salas de Enjuiciamiento.

Art.102. Competencias de la Sección colegiada de enjuiciamiento de la Sala Penal de Instancia

Esta disposición mantiene las competencias en materia penal establecidas en la actualidad para la Audiencia Nacional en el art. 65 de la vigente LOPJ, sin embargo, este Consejo Fiscal estima que dicho marco jurídico necesita ser revisado con urgencia por la razones que seguidamente se expresan.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La protección contra las más graves formas de criminalidad es uno de los objetivos fundamentales de la política criminal de la Unión Europea, como se señala en el Programa de Estocolmo aprobado en Mayo de 2010, al considerar como prioridades la lucha contra el terrorismo, la trata de seres humanos, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, el tráfico ilegal de drogas, la delincuencia económica vinculada con la corrupción y la cibercriminalidad.

Las competencias de la Audiencia Nacional en la jurisdicción penal fueron establecidas por el art. 65 de la LOPJ a mediados de la década de los años 80 (ley orgánica 6/85 de 1 de Julio). Han transcurrido casi treinta años y es obvio que la criminalidad ha experimentado importantes cambios: los delitos vinculados con el crimen organizado, la delincuencia socioeconómica, y muy particularmente la relacionada con la corrupción política, se han convertido en uno de los más importantes problemas, junto al terrorismo, para la sociedad de nuestro tiempo, y este órgano jurisdiccional reúne las características necesarias –experiencia, centralización y especialización– para combatir más eficazmente esos fenómenos criminales.

La aprobación de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la ley orgánica 5/2010 de 22 de Junio era una buena ocasión para llevar a cabo esta transformación; sin embargo, la Disposición Final Tercera de esa ley solo modificó sus competencias para restringir su intervención en los delitos de falsificación de moneda, tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje a los casos en que fueran cometidos por organizaciones o grupos criminales. Esta modificación competencial debía haberse aprovechado para incluir otras muchas manifestaciones del crimen organizado nacional y transnacional que hoy han adquirido una enorme importancia: en particular,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

toda la actividad de las redes organizadas dedicadas a los tráficó ilícitos de personas en sus diferentes modalidades (prostitución y trata de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral, etc.); al tráfico ilegal de armas y de explosivos, de material nuclear, etc.; al contrabando de bienes y servicios; al blanqueo de dinero procedente del crimen; algunas modalidades especialmente graves de los delitos contra el orden socioeconómico; los fraudes comunitarios; el robo y tráfico ilegal de vehículos, obras de arte, etc. que cada vez tienen una mayor presencia en nuestro país.

Parece imprescindible, por lo tanto, redefinir las competencias de la Audiencia Nacional para convertir este órgano en una institución judicial especializada no sólo en la represión y persecución del terrorismo, sino también de la delincuencia organizada de alto nivel y de la delincuencia económico-financiera de mayor gravedad.

Las líneas fundamentales que deben inspirar esa necesaria reforma de la legislación orgánica en el ámbito competencial serían las siguientes:

1. La redefinición de las competencias atribuidas a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por el art. 65.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –y por ende a los Juzgados Centrales de Instrucción-, asignándoles la investigación y el enjuiciamiento de determinados delitos cometidos por organizaciones o grupos criminales cuando su ejecución afecte a dos o más provincias, o la actividad criminal se desarrolle en todo o en parte en territorio extranjero: la falsificación de moneda y de tarjetas bancarias; los delitos contra el patrimonio; extorsiones y secuestros; los tráficó ilícitos de personas y seres humanos, de armas, explosivos, y



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

material nuclear; la inmigración ilegal; las redes de prostitución y corrupción de menores, el blanqueo de capitales, etc.

2. El marco competencial se completaría con el conocimiento de los delitos de terrorismo, de narcotráfico organizado, de traición, de rebelión, contra la Corona, contra las altas instituciones del Estado, y de los delitos contra el orden socioeconómico de especial gravedad (concepto éste a definir en función del elevado número de perjudicados, del ámbito territorial de sus efectos, o de la gravedad del perjuicio causado, en el que cabría incluir los ilícitos penales más graves relacionados con la corrupción política).

Así las cosas, el art. 102.1 del Anteproyecto de LOPJ quedaría redactado de la siguiente manera:

“La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá:

1. Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos:

- a) Delitos de rebelión, contra la Corona y contra las altas instituciones del Estado.*
- b) Delitos de traición.*
- c) Delitos cometidos por organizaciones o grupos terroristas y de terrorismo.*
- d) Defraudaciones e insolvencias punibles que produzcan grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia.*
- e) Delitos de cohecho, malversación y tráfico de influencias de especial gravedad.*
- f) Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.*
- g) Delitos de falsificación de moneda, tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje cometidos por organizaciones o grupos criminales.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

- h) Delitos de tráfico ilícito de material nuclear o radiactivo, sustancias químicas o biológicas, armas, municiones o explosivos, que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales.*
- i) Delitos de tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.*
- j) Delitos de tráfico ilegal de personas y de trata de seres humanos, que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales y que produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.*
- k) Delitos de blanqueo de capitales, que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales y que produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.*
- l) Delitos cometidos fuera del territorio nacional cuando conforme a las leyes o tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales Españoles.*

En todo caso la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados". (...)

El art. 102.2. mantiene la competencia de la Audiencia Nacional de los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad impuesta por Tribunales extranjeros, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal. El apartado 102.3 mantiene asimismo la competencia de las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de tratados internacionales en los que España sea parte. Al tratar el Libro I ya se mencionaron algunos aspectos relativos a la atribución



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

internacional de la jurisdicción y la necesidad de establecer un cauce para resolver los conflictos de jurisdicción internacional.

La razón de ser de estas medidas se encuentra en la necesidad de especializar un órgano judicial en un momento en que el tráfico de cooperación judicial no era tan cotidiano como lo es la actualidad. El número 2 se modificó por el apartado uno del artículo único de la L. O. 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la L. O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, complementaria de la Ley para la ejecución en la Unión Europea de Resoluciones que impongan sanciones pecuniarias mientras que el apartado 3 permanece inalterado. Al respecto, destacar que algunos instrumentos han establecido formas expresas de cesión de la jurisdicción de un Estado a otro sobre un doble planteamiento, a saber, la existencia de un Estado que se encuentra en mejor disposición para enjuiciar un hecho, por un lado, y la confianza mutua en el pronunciamiento de sus resoluciones, por el otro. Sobre esta base, los instrumentos convencionales publicados hasta la fecha no acostumbran a establecer criterios estrictos de asignación de jurisdicción, al margen de los acuerdos entre los estados ratificantes. Así, el artículo 21 de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional autoriza con estas palabras la remisión de actuaciones:

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito comprendido en la presente Convención cuando se estime que esa remisión obrará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones del proceso.

Por su parte, el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas establece que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

las partes considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el procesamiento por los delitos tipificados de conformidad con arreglo al Convenio, cuando se estime que esa remisión obrará en interés de una correcta administración de justicia. Disposiciones semejantes se encuentra en la Convención contra la Corrupción.

Sin embargo, no hay definición en ninguna norma española de lo que debe entenderse por cesión de jurisdicción y por ello y en relación con lo anteriormente informado sobre la falta de regulación de las cesiones de jurisdicción parece necesario hacer una definición de esta cuestión de la forma más limitada posible si es que se pretende atribuir la competencia a la Audiencia Nacional.

Dentro del Consejo de Europa pueden mencionarse dos vías de transmisión de procedimientos. La primera es el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos Penales, hecho en Estrasburgo el 15 mayo 1972, en virtud del cual todo Estado contratante puede pedir a otro Estado contratante que instruya en su lugar un procedimiento contra una persona sospechosa, en atención a determinados vínculos, relación o situación que mantiene con este Estado, o por tener mayores facilidades en su tramitación. Y de una manera muy particular, el art. 21 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 en cuya virtud toda denuncia cursada por una Parte Contratante cuyo objeto sea incoar un proceso ante los Tribunales de otra Parte, se transmitirá mediante comunicación entre los Ministerios de Justicia. Esta previsión es típica y repetitiva en la generalidad de los convenios bilaterales ratificados por España y se reproduce en el art 6 del Convenio de asistencia Judicial Penal entre los Países Miembros de la Unión Europea de 29 de Mayo de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

2000. En suma, se trata de denuncias que no deberían ser competencia de la Audiencia Nacional. Se trata en general de cuestiones de escasa relevancia y que deberían ser resueltas en el ámbito territorial donde se tramitan estas causas, ejemplos de estas cuestiones serían, lesiones, amenazas, violencia de género y otros delitos en el ámbito familiar etc., cometidos en periodo vacacional en España entre extranjeros de la misma nacionalidad que posteriormente son reclamados por la jurisdicción de su país y carece de sentido que sean conocidos por la jurisdicción española cuando autores y víctimas e incluso las pruebas se encuentran en otro país. Es necesario delimitar bien el concepto y la competencia para conocer de todas estas cuestiones y debe hacerse en una regulación conjunta y completa con lo antes comentado en referencia a los conflictos de jurisdicción internacionales.

En el ámbito comunitario, el art. 82.1 TUE establece que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a (...) b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros. Sobre este planteamiento, es preciso atender a la Decisión marco 2009/948/JAI de 30 de noviembre de 2009 de prevención de conflictos de jurisdicción en procedimientos penales (DO L 328 de 15.12.2009). En el plano institucional es precisa la referencia a Eurojust, creado por la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, como órgano de la Unión Europea con personalidad jurídica propia, para fomentar y mejorar la coordinación entre las autoridades judiciales competentes de los Estados miembros y que se rige por las reglas establecidas por la Decisión Marco 2009/426/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En definitiva, existe una política comunitaria dirigida a evitar la impunidad y garantizar los derechos de los ciudadanos de la Unión evitando los conflictos de jurisdicción, un material normativo y convencional suficiente pero la normativa interna tanto la existente como la proyectada se limita a establecer una competencia pero no el procedimiento, limitando su operatividad. Así, cuando un estado distinto transmite su jurisdicción a España, es muy frecuente que se formule a través de una denuncia al amparo del art. 21 del Convenio de 1959 y del 6 del Convenio de 2000, de manera que el conocimiento no se remite a la Audiencia Nacional, que no da continuación a procedimiento alguno, sino que se remiten al órgano competente de acuerdo con las reglas generales de competencia del art. 15 LECrim, dando comienzo a un nuevo procedimiento en España. Por el contrario, si un órgano jurisdiccional español decide concluir el procedimiento, debe archivar su procedimiento y dar ocasión a la denuncia procesal, desbordando la reserva competencial de la Audiencia Nacional. Sin lugar a dudas, ningún órgano mejor que el que está conociendo del procedimiento se encuentra en mejor disposición para remitir sin intermediación alguna el conocimiento de una causa a la autoridad competente en el extranjero.

Por otro lado, los apartados 4 y 6 tienen esta redacción:

4. Del procedimiento para la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega y de los procedimientos judiciales de extradición pasiva, sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiese tenido lugar la detención del afectado por el procedimiento.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

6. De la tramitación de expedientes de ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega, y de extradición pasiva, así como las solicitudes de información entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea cuando requieran autorización judicial, en los términos previstos en la ley.

Debe llamarse la atención de la combinación de materias que comparten la entrega a una autoridad jurisdiccional extranjera, extradición y Orden Europea de Detención y Entrega (OED) que sin embargo difieren enormemente en sus principios. La extradición es una institución dirigida a la cooperación entre estados mientras que la OED tiene un anclaje en el art. 82.1 TUE, a cuyo tenor “la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83”. Dada su especificidad, deberían integrar apartados distintos del mismo procedimiento. De manera complementaria en relación con esta última, los apartados 4 y 6 resultan innecesariamente coincidentes.

Parece un error de este Anteproyecto en el apartado 7 la atribución a la Sección colegiada de enjuiciamiento de la Sala Penal de Instancia la autorización de la competencia para el traslado de información entre los servicios de seguridad que requiera autorización judicial. En primer lugar, no se justifica ninguna modificación de la competencia actual que conforme a lo dispuesto en la LO 6/2010 de 27 de Julio atribuye esta autorización a los actuales Juzgados Centrales cuando no haya procedimiento judicial abierto en otro Juzgado tal y como dispone la Ley 31/2010 de 27 de Julio *sobre*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea. Por tanto, la competencia de la Audiencia Nacional sería más razonable mantenerla para los nuevas Secciones de garantías de la Instrucción y solo cuando, como hasta ahora, *“la información solicitada no forme parte de una investigación desarrollada en el seno de un procedimiento judicial abierto”*, en cuyo caso la competencia corresponderá al órgano jurisdiccional que esté conociendo de dicho procedimiento.

Las Unidades Judiciales denominadas Juez de Enjuiciamiento Penal, Juez de Menores y Juez de Ejecución de penas y medidas de seguridad, viene a corresponderse con la actual estructura y funciones del Juez Central de los Penal y el Juez Central de Menores, configurándose la posibilidad de establecer una nueva unidad judicial especializada en ejecuciones a la que corresponderá materializar las penas y medidas de seguridad, pronunciamientos civiles, incluidas las resoluciones de comiso y las previstas en la Ley General Penitenciaria (arts. 104 al 106).

El art 108 regula las competencias de la Sala Superior de lo Penal, concretadas en el conocimiento de los recursos que se establezcan en las leyes procesales contra las resoluciones dictadas en primera instancia por la Sala Penal de Instancia de la Audiencia Nacional.

Los arts. 107 y 109, respectivamente, regulan las competencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Instancia y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo Superior, el art. 110 regula las competencias de la Sala de lo Social Superior, y el art. 111 establece la composición de la Sala de Asuntos Generales y sus competencias.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En consonancia con lo que indicamos respecto de los actos del Ministerio Fiscal, la revisión de los actos de los órganos del MF distintos del FGE deberían ser conocidos por la Audiencia Nacional, encontrando su encaje en el apartado L.

La novedad de estas disposiciones se refieren a la adaptación a la nueva estructura que diseña por el Anteproyecto en la organización de los órganos jurisdiccionales de la Audiencia Nacional, así como, en materia de recursos, a algunas recientes reformas legislativas, manteniéndose sustancialmente la actual estructura de la Audiencia Nacional.

Sección IV

Los Tribunales Superiores de Justicia

La Sección IV (arts. 112 al 118) configura el Tribunal Superior de Justicia como el órgano en el que culmina la organización judicial en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, de la que toman su nombre (art. 112). Su composición se establece en el art. 113, que dispone que los Tribunales Superiores de Justicia se compondrán de una Sala de cada uno de los órdenes jurisdiccionales, además de una Sala de Asuntos Generales, cuya composición y competencia se regulan en el art. 118.

El número de Jueces de los Tribunales Superiores se difiere a lo que establezca la Ley de Demarcación y Planta Judicial.

La principal novedad del Anteproyecto en la regulación de los Tribunales Superiores de Justicia se refiere a sus competencias (Sala de lo Civil se



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

regulan en el art. 114, Sala de lo Penal en el art 115, Sala de lo Contenciosos-Administrativo en el art. 116 y Sala de lo Social en el art. 117). Los Tribunales Superiores de Justicia se constituyen como el órgano judicial de segunda instancia o apelación en todos los órdenes jurisdiccionales, es decir, asumen, con carácter general, las actuales competencias de apelación de las Audiencias Provinciales. También se les atribuye la competencia para conocer de los recursos de casación y del extraordinario de revisión contra resoluciones o sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales de orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, referidos a derecho autonómico, cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

Omite, sin embargo, la competencia de la apelación de las resoluciones del Tribunal del Jurado y, por lo demás, sigue sin abordar la necesidad de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico la doble instancia penal.

Además los Tribunales Superiores de Justicia también son órganos judiciales de primera instancia en ciertas materias, especialmente respecto de las personas aforadas, que en el ámbito penal, como novedad que este Consejo Fiscal valora positivamente, se limita tal carácter a los cargos que expresamente se mencionen en los Estatutos de Autonomía, cuando se trate de delitos cometidos en el ejercicio de su cargo y aunque hubieren cesado en el mismo (art. 115.1).

De nuevo es preciso recordar que el art. 60 EOMF establece la equiparación de las responsabilidades de los fiscales con las de los integrantes de la Carrera Judicial. La legislación proyectada hace desaparecer la atribución de la competencia de enjuiciamiento ahora vigente (73.3º LOPJ) de los fiscales



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

destinados en las Fiscalías Provinciales y de Área, de entre quienes son aforados ante la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando el fundamento es el mismo que el que determina la atribución de este enjuiciamiento por parte de los jueces en el art. 115.2 proyectado.

Los Tribunales Superiores de Justicia continuarán encargándose de investigar y juzgar a los aforados que les atribuyan los correspondientes Estatutos de autonomía. En este sentido, se valora positivamente la novedad consistente en que, aunque los aforados abandonen el puesto que les dio esa condición, seguirán siendo enjuiciados por el tribunal que les correspondía por ella, tal y como recogen ya algunos estatutos de autonomía, cuando el delito hubiera sido cometido en el ejercicio del cargo. Y ello con la finalidad de evitar los retrasos en la instrucción que implica la modificación sobrevenida de competencia por el cese con la investigación ya avanzada.

Es de reseñar que en las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, la instrucción de los procedimientos por delito corresponderá a una Unidad judicial o, excepcionalmente, a una Sección colegiada, por acuerdo de la Sala de Asuntos Generales del Tribunal Superior de Justicia, de oficio o a instancia del Juez Instructor, al inicio o durante su tramitación, cuando concorra algunas de las circunstancias expresadas en el art. 113.6, que son las mismas que se establecen en el art. 119.3 en relación con la instrucción de las causas penales en los Tribunales Provinciales de Instancia y en el art. 89.4 respecto del Tribunal Supremo y que es obligatoria respecto de la Audiencia Nacional (arts. 101 y 103). A esta cuestión nos referimos conjuntamente *ut infra*, al analizar esta última disposición aunque ya hemos



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

anticipado anteriormente nuestra valoración negativa de la instrucción colegiada por los motivos que luego se expondrán

En materia penal basta ahora apuntar la preocupación de este Consejo Fiscal ante el presumible “cuello de botella” que puede suponer la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia de las apelaciones de las sentencias penales dictadas por las Secciones de los Tribunales Provinciales de Instancia. Tal vez fuera oportuno meditar la posibilidad de crear en los propios Tribunales Provinciales de Instancia Secciones de Apelación –tal como sucede en la Audiencia Nacional- que se añadirían así a las de enjuiciamiento.

Sección V

Los Tribunales Provinciales de Instancia (arts. 119 al 135)

Con carácter general, se valora positivamente su creación, si bien la inconcreción de su regulación supone un obstáculo para su adecuado funcionamiento.

Subsección 1ª

Composición y atribuciones

Art. 119. Salas

Establece que los Tribunales Provinciales de Instancia estarán compuestos por una Sala por cada orden jurisdiccional, y además habrá una Sala de Asuntos Generales, correspondiente a la Ley de Demarcación y Planta establecer el número de Jueces que las componen.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Art. 120. Unidades judiciales, Secciones colegiadas y Secciones especializadas

Establece que las Salas del Tribunal Provincial de Instancia se podrán integrar por Secciones colegiadas y por Unidades judiciales, pudiéndose establecer Unidades o Secciones judiciales especializadas siempre que el volumen de asuntos o la materia lo justifique, en especial, en la Sala de lo Civil en materia mercantil y familia; en la Sala de lo Penal, en garantías de la instrucción, enjuiciamiento, violencia sobre la mujer, menores, ejecución de penas y medidas de seguridad, en delitos económicos; y en las Salas de los Contencioso-Administrativo en materia tributaria.

Respecto de las secciones especializadas, el art. 120.2 incorpora un inciso que dice: “la especialización del órgano judicial no podrá suponer en ningún caso desatención o menoscabo del conocimiento de los asuntos ordinarios de la Sala correspondiente”. No puede presuponerse que ningún órgano judicial vaya a desatender asunto alguno, sea propio o ajeno a la especialidad, por lo que este inciso se entiende superfluo.

En definitiva, estas disposiciones, con la salvedad de la especialidad referida a los delitos económicos, no suponen modificación alguna respecto de régimen actual, con la salvedad del cambio de nombre, la auténtica novedad se encuentra en el sistema de constitución de las Unidades o Secciones, en la sustitución o suplencia de los jueces que las integran y en la asignación de los asuntos, estableciéndose en el último inciso de párrafo quinto del art. 120.2 respecto de estos últimos que se sujetarán a los principio de predeterminación y publicidad los correspondientes criterios de reparto



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

fijados por la Sala de Gobierno. A esta cuestión no referimos posteriormente al analizar el art. 148 y sgtes. que regulan la constitución de los tribunales y sus salas.

En este punto es importante destacar que el art. 120.3 establece que la instrucción de los procedimientos por delito corresponderá a una Unidad judicial o, excepcionalmente, a una Sección colegiada cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) *Extraordinario volumen de la causa.*
- b) *Extraordinaria complejidad técnica, apreciada en virtud de las características concurrentes en la causa o de la naturaleza del delito, en particular, cuando se trate de los delitos de estafa, administración desleal, apropiación indebida cuando se pudiera apreciar la concurrencia de alguna circunstancia del artículo 250 del Código Penal, insolvencias punibles, maquinación para alterar el precio de las cosas, delitos relativos a la propiedad intelectual en los que hubiera sido apreciada la concurrencia de alguna circunstancia del artículo 271 del Código penal, delitos relativos a la propiedad industrial en los que hubiera sido apreciada la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 276 del Código penal, delitos relativos al mercado y a los consumidores, delitos de corrupción en los negocios, delitos societarios, delitos de receptación del artículo 298.2 del Código Penal, delitos de blanqueo, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, delitos contra la Administración pública, delitos tipificados en la Ley Orgánica 12/1995,*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de 12 de diciembre de represión del contrabando y delitos tipificados en la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

- c) Elevado número de personas imputadas.*
- d) Dificultades derivadas de la excesiva duración de la instrucción*
- e) Cuando, aun no concurriendo el carácter excepcional de las circunstancias mencionadas en los apartados precedentes, de la valoración conjunta de todas ellas haga aconsejable la instrucción colegiada.*

La decisión de atribuir la instrucción a una Sección colegiada corresponderá, de oficio o a instancia del Juez instructor, a la Sala de Asuntos Generales del respectivo Tribunal, y podrá adoptarse al inicio del procedimiento o posteriormente en el momento en que concurran las circunstancias legalmente previstas.

La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente determinará anualmente los criterios objetivos para la conformación de la Sección colegiada.

Con carácter general reproducimos nuestra disconformidad con el modelo que el Anteproyecto introduce respecto de la posible instrucción colegiada, modelo diametralmente opuesto al previsto en el borrador de Código Procesal Penal, con la asignación al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación penal. Además, el sistema de instrucción establecido consideramos que es incompatible con el que se regula en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal y aleja el sistema español del modelo generalizado en el Derecho Comparado –vigente en los sistemas procesales de jurisdicción internacional, de la inmensa mayoría de los procesos penales de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

nuestro entorno, al que incluso se han incorporado la mayoría de los Estados latinoamericanos.

En todo caso la disposición transcrita genera numerosas incertidumbres. En primer lugar, este Consejo Fiscal estima que la enumeración de delitos recogida en el apartado b) es innecesaria, en virtud de la cláusula establecida en el apartado e), y es inconveniente porque supone la creación de una especie de “*numerus clausus*” que no tiene sentido, pues puede haber asuntos ajenos a estos delitos de extraordinaria complejidad técnica cuya tipificación puede ser ajena a la establecida, por ej. el asunto del buque *Prestige* o el del conflicto de los controladores del tránsito aéreo.

En segundo lugar y de mayor trascendencia jurídica por cuanto afecta al principio del derecho al juez natural predeterminado por la ley, se encuentra la falta de concreción legal de los criterios objetivos para la conformación de la Sección colegiada que se deja al criterio cambiante -de carácter anual- de la Sala de Gobierno de cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia. Este problema jurídico expresado se agudiza al producirse el cambio de juez unipersonal a tribunal colegiado cuando el proceso se encuentra en fase de tramitación.

La mención “podrá conocer”, desde este planteamiento, debe valorarse negativamente en la medida en que la alteración de la competencia legal puede verse modificada conforme a criterios interpretativos susceptibles de cambios.

Por otro lado, la mención a las “dificultades por excesiva duración” es de difícil admisión por razones de orden práctico. Por un lado, tanto la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

referencia a las dificultades como al carácter excesivo de la duración son imprecisos en una materia como la determinación del órgano judicial competente. Por otro lado, tampoco parece operativo sustituir a un tribunal (o en el caso del art. 120 a un juez determinado) cuando la complejidad de la causa arrastrará los retrasos correspondientes a un nuevo estudio por parte de distintos magistrados.

La falta de criterio invariable en la configuración del órgano instructor también compromete la certeza en el derecho y la seguridad jurídica.

El Anteproyecto se limita a establecer los supuestos en los que podrá adoptarse esta opción de instrucción colegiada, así como determinar a qué órganos corresponde tomar en su caso dicha decisión, pero no regula de modo específico el funcionamiento de estos novedosos órganos colegiados. Existe por tanto en este aspecto un vacío normativo que deberá ser corregido antes de la aprobación definitiva del texto legislativo, puesto que no parece plausible diferir la regulación de un aspecto tan significativo al futuro código procesal penal. La estructura de un órgano colegiado de enjuiciamiento no es equiparable a la nueva instrucción colegiada. Los institutos procesales del ponente, votación y fallo, o del voto particular no parecen propios de una instrucción penal, al menos en su integridad. Además, debe recordarse que las decisiones que se pueden adoptar en el marco de una investigación son muy diversas, y no siempre se basan en criterios estrictamente jurídicos, sino de pertinencia. Por ejemplo, el orden y el tiempo en que se recaba el material probatorio, el sentido de un determinado interrogatorio, etc. Dejar estas decisiones de carácter operativo al permanente debate de un órgano colegiado podría llegar a convertirse, a nuestro juicio, en disfuncional.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Art. 121. Atribuciones de las Salas

Se atribuye a las Salas de los Tribunales Provinciales de Instancia la competencia residual de todos aquellos asuntos que no estén atribuidos a otros Tribunales, salvo lo dispuesto en la letra II) el apartado 2 del art. 116, que establece que esta excepción residual en el orden contencioso-administrativo le corresponde a la respectiva Sala de los Tribunales Superiores de Justicia.

Subsección 2ª

Composición y atribuciones de la Sala de lo Civil

Art. 122. Unidades y Secciones especializadas. Secciones colegiadas

Establece que se podrá integrar de Secciones colegiadas y Unidades judiciales, que podrán estar o no especializadas. Se prevé espacialmente la denominación de las unidades judiciales especializadas en materia mercantil y de familia, que se denominarán respectivamente Juez de lo Mercantil y Juez de Familia.

En los artículos siguientes de esta Subsección 2ª, sin suponer ninguna novedad sustancial, se regulan las competencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Provincial de Instancia (art. 123), del Juez de lo Mercantil (art. 124), del Juez de Familiar (art. 125). Sin embargo, podría haberse optado por un enfoque más ordenado y homogéneo y con consideración a la progresiva presencia de instrumentos internacionales y comunitarios, consecuente con



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

la progresiva internacionalización de la economía y la libre circulación de personas.

La competencia de los Tribunales de Instancia muestra una diferencia de planteamiento entre la Sala de lo Civil y el Juez de Familia. En el primer caso, las competencias que se le asignan se realizan a través de un listado residual y a la vez comprensivo de un importante número de materias. En materia de ejecución de determinadas resoluciones el art. 123 señala que la Sala de lo Civil conocerá de: “c) de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras y de la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales y acuerdos de mediación extranjeros en materias propias de su competencia, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Tribunal”.

Se estima adecuada la previsión, al establecer una fórmula que permite integrar determinadas resoluciones basadas en el principio de reconocimiento mutuo que se puedan producir en el futuro y que en la actualidad se concretan en el Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, el requerimiento europeo de pago (Reglamento 1896/2006), el procedimiento de escasa cuantía (Reglamento 861/2007), la obtención y Práctica de Pruebas (Reglamento 1206/2001) o el reconocimiento y Ejecución de Resoluciones: en materia civil y mercantil (Reglamento 44/2001) y el título ejecutivo europeo (Reglamento 805/2004), a los que cabría añadir la Directiva del Consejo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

2004/80/CE, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos.

Por el contrario, la competencia del Juez de Familia se redacta de manera extensa y prolija, a través de 19 números que abarcan cuantas materias guardan relación con el derecho de persona y de familia. Estableciendo una comparación con la Sala de lo Civil en materia de ejecución de resoluciones foráneas, el listado que establece el artículo 125 es el siguiente:

15. Las cuestiones que surjan en la aplicación de los Reglamentos de la UE en todas las materias anteriormente citadas.
16. El reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones extranjeras en las anteriores materias.

De acuerdo con esta previsión, las normas comunitarias vigentes en la actualidad son las tendentes al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento 2201/2003), la obligación de alimentos (Reglamento 4/2009) y la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Reglamento 1259/2010). A ellos se añade de manera pormenorizada la aplicación de las materias comprendidas en algunos convenios (14. La aplicación del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños) y lo es menos al tratar otras cuestiones (8. La sustracción internacional de menores y las medidas para la restitución de los mismos), sobre los que existe un material convencional aplicable como, entre otras de la misma institución el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Por lo tanto, tan pormenorizada relación podría haberse reducido para referirse a todas las materias vinculadas con los derechos de persona y de familia así como el reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones extranjeras en estas materias.

Subsección 3ª

Composición y atribuciones de la Sala de lo Penal

Art. 126. Unidades y Secciones especializadas

Establece que la Sala de lo Penal de los Tribunales Provinciales de Instancia se podrá integrar de Secciones colegiadas y Unidades judiciales, que podrán estar o no especializadas. Se prevé espacialmente la denominación de las unidades judiciales especializadas en enjuiciamiento, garantías de la instrucción, violencia sobre la mujer, menores, ejecución de penas y medidas de seguridad, que se denominarán respectivamente Juez de Enjuiciamiento de lo Penal, Juez de Garantías de la Instrucción, Juez de Menores, Juez de Violencia sobre la Mujer y Juez de Ejecución de penas y medidas de seguridad.

Nada tiene que objetar el Consejo Fiscal respecto de la dicción de este artículo que responde al nuevo diseño de la estructura judicial y que en lo sustancial viene a coincidir con la actualmente vigente, pasando a denominar al actual Juez de Instrucción como “Juez de Garantías de la Instrucción”, adelantando la función que previsiblemente le otorgue el futuro



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Código Procesal Penal, manteniendo mientras tanto las funciones que se le encomiendan en el art. 129, entre ellas la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda al Tribunal Provincial de Instancia, con la excepción de la que sean competencia de los Jueces de Violencia sobre la Mujer, manteniéndose por tanto, de momento, el actual sistema de instrucción penal. Por lo tanto, se sigue manteniendo el esquema consistente en que el mismo juez que limita los derechos fundamentales sigue controlando los límites de su actuación.

Hay que señalar que nada se dice respecto de las faltas, sin embargo aunque en el Proyecto de reforma del Código Penal se suprimen, sin embargo subsiste el juicio de faltas para la tramitación de las actuales hasta la aprobación del futuro Código Procesal Penal que debería tener su encaje a través de la correspondiente disposición transitoria.

Por otro lado, nuevamente se omite cualquier referencia a la determinación de la competencia judicial en los supuestos de reconocimiento mutuo de resoluciones de autoridades judiciales que no deban corresponder al Ministerio Fiscal. De entre ellas, un número importante habrán de corresponder al Tribunal de Instancia de manera que, sin perjuicio con lo correspondiente a otras leyes en tramitación, los aspectos orgánicos deberían quedar establecidos.

Art. 127. Competencias de la Sección colegiada de la Sala de lo Penal

Las competencias de la Sección colegiada de la Sala de lo Penal vienen reguladas en el art. 127.1, estableciendo que en primer lugar conocerá: a)



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

De las causas por delito, a excepción de las que la ley atribuya al conocimiento de otros tribunales.

Estima el Consejo Fiscal que la redacción correcta de este precepto debería ser la siguiente: a) *Del conocimiento y fallo de las causas por delito, a excepción de las que le ley atribuya al conocimiento de otros tribunales.*

Entre las expresadas competencias de la Sección colegiada de la Sala de lo Penal se introduce en el apartado d) De los procedimientos autónomos de comiso que deriven de los delitos que sean de su competencia. Es de significar que este procedimiento autónomo es ajeno a la normativa procesal penal, y por tanto, precisa de una reforma en este ámbito.

Por lo demás en apartado 2 de este art. 127 se establece que en aquellos Tribunales en los que hay más de una Sección colegiada, se procederá ala especialización de una o varias para conocer de determinados delitos de carácter económico y financiero que se especifican en dicha disposición. Especialización que este Consejo Fiscal valora positivamente, pero que deberá concretarse con más precisión, sobre todo en relación con los delitos conexos, de forma que quede determinado *ab initio* el Tribunal predeterminado por la Ley.

Arts. 128, 129, 130, 131 y 132.

Regulan, respectivamente, las competencias del Juez de lo Penal, del Juez de Garantías de la Instrucción, del Juez de Violencia sobre la Mujer, del Juez de Menores, y del Juez de Ejecución de penal y medidas de seguridad. Que sustancialmente vienen a asumir todas las competencias que hoy



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

corresponden a los Juzgados de Instrucción, de lo Penal, de Violencia sobre la Mujer, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.

En este punto este Consejo Fiscal ha de llamar la atención sobre las siguientes cuestiones que se plantean en relación con la organización jurisdiccional y de competencias en (1º) materia de responsabilidad penal del menor y (2º) de violencia sobre la mujer.

1º.- En materia de **responsabilidad penal del menor** el Anteproyecto mantiene la actual atribución competencial del Juzgado Central del Menores (art. 96.2 LOPJ y art. 2.4 LORPM), previendo (art. 101.3) que, dentro de la Sala Penal, *podrá haber* "Unidades judiciales de menores", especificando el art. 105 su denominación, como Juez de Menores, y sus competencias: *Corresponderá al Juez de Menores conocer de los asuntos que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito que sean competencia de la Sala Penal de Instancia de la Audiencia Nacional* (arts. 571 a 580 del Código Penal –terrorismo- y también, tras la reforma LO 8/2012 de 27 diciembre, la competencia para conocer de los delitos cometidos por menores en el extranjero cuando, conforme al art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y a los Tratados Internacionales, corresponda su conocimiento a la jurisdicción española).

Respecto al resto de la organización judicial, para comprender mejor los cambios que introduce el Anteproyecto, debe tomarse como referencia el organigrama ahora vigente en el que, fuera de las competencias del Juzgado Central de Instrucción, el conocimiento del resto de infracciones penales cometidas por menores corresponde a los Jueces de Menores.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

A diferencia de la jurisdicción penal de adultos, la competencia de los Juzgados de Menores se extiende a toda la provincia, radicando la sede de todos ellos en las respectivas capitales de provincia donde, a su vez, se ubican las Secciones de Menores de las distintas Fiscalías que asumen la instrucción del procedimiento (arts. 6, 16.1 y 23 LORPM).

Según el vigente art. 96.1 de la LOPJ:

En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de Menores cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede.

En la práctica la única provincia que cuenta con Juzgados de Menores aparte de los de su propia capital es Cádiz, con Juzgados de Menores en las poblaciones de Jerez de la Frontera y Algeciras. Existen Juzgados de Menores, asimismo, en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Hasta ahora han sido muy escasos los supuestos en los que un Juzgado de Menores, en prórroga de jurisdicción, ha extendido su competencia a alguna de las provincias limítrofes, y cuando ha sido así se ha debido a motivos estrictamente coyunturales, normalmente por bajas del titular del Juzgado correspondiente, pues cada capital está servida por, al menos, un Juzgado de Menores.

La necesidad de especialización de los distintos intervinientes en la justicia juvenil está presente en los instrumentos internacionales suscritos por España en la materia (arts. 12 y 22 de las Reglas Mínimas de Naciones



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Unidas (Beijing, 1985) sobre *Administración de Justicia Juvenil* y Punto 9 de la Recomendación R 87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*. Y 3 de la Rec. 11 (2008) de 11 de noviembre sobre *tratamiento de menores de edad sometidos a sanciones o medidas*). La especialización, hay que recordar, no se refiere sólo a los aspectos técnicos de la legislación penal y procesal aplicable a la responsabilidad penal, sino a la materia, altamente específica, de derechos y necesidades de los niños en todos los ámbitos.

Esa necesidad devino exigencia legal, porque la Disposición Final Cuarta de la LORPM señala que:

El Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, en el ámbito de sus competencias respectivas, procederán a la formación de miembros de la Carrera Judicial y Fiscal especialistas en materia de Menores con arreglo a lo que se establezca reglamentariamente. Dichos especialistas tendrán preferencia para desempeñar los correspondientes cargos en las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia y en los Juzgados y Fiscalías de Menores, conforme a lo que establezcan las leyes y reglamentos.

La actual configuración orgánica garantiza la especialización en la primera instancia, siempre atendida por los Jueces de Menores.

En el esquema del Anteproyecto (arts. 119 y ss), como se ha visto, desaparece el Juzgado, como órgano unipersonal básico de la Administración de Justicia, con un Juez titular responsable del órgano y un Secretario con su oficina y personal auxiliar.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En su lugar, los distintos Jueces quedan adscritos a cada Tribunal Provincial de Instancia, que se subdivide en Salas (Civil; Penal; Contencioso-Administrativo y Social, más una Sala de Asuntos Generales). Dentro de cada Sala los Jueces se pueden integrar en distintas Secciones colegiadas o Unidades judiciales (art. 120.1).

Se prevé en el art. 120.2, segundo párrafo, que puedan existir en la Sala de lo Penal de cada Tribunal Provincial Secciones o Unidades especializadas, entre otras materias, en la responsabilidad penal de menores.

La Unidad judicial especializada conserva el nombre de "Juez de Menores", cuyas competencias se determinan en el art. 131 por remisión a la legislación vigente: *corresponderá al Juez de Menores conocer de los asuntos que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como infracción penal y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes.*

La existencia de un Juez de Menores o Unidad especializada en Menores por cada provincia no queda en absoluto garantizado y más bien, existen muchos factores para temer que ni siquiera vaya a ser regla general.

Frente a la taxatividad de los términos del art. 96.1 del Anteproyecto, el art. 120.2, segundo párrafo, condiciona también su puesta en marcha "*a que el número de Jueces lo permita*". Si la figura del Juez especialista en menores queda supeditada a que el número de Jueces en la provincia la permita, debemos pensar que desaparecerá en varias provincias.

Lógicamente, el verdadero problema no es la desaparición del Juez de Menores en provincias con escaso volumen de trabajo en esta



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

jurisdicción. Cabe pensar en una demarcación y planta judicial no estrictamente provincial (por ello hubiera sido imprescindible contar con las previsiones de la futura Ley de Demarcación y Planta) pues pueden establecerse Jueces de Menores con competencias sobre dos o más provincias limítrofes.

El verdadero problema es el desmantelamiento de la especialización del Juez de Menores, sea cual sea su denominación y la forma de su articulación orgánica. La especialización se pierde en el modelo del Anteproyecto por una triple vía:

- Posible inexistencia de la figura del Juez de Menores en algunas provincias.
- Cada Juez integrado en el Tribunal de Instancia atenderá los distintos asuntos repartidos dentro de la Sala en que se encuentra integrado, en función de las necesidades puntuales de cada momento, del volumen de trabajo existente y de los recursos personales con que cuente el Tribunal.
- Supresión de las pruebas de especialización.

En la perspectiva del legislador, el reparto proporcional de la carga de trabajo está por encima de las necesidades propias de la especialidad, si se atiende el tenor del art. 120.2, último párrafo del Anteproyecto:

El establecimiento de estas Unidades o Secciones judiciales especializadas no impedirá la atribución a las mismas del conocimiento de asuntos ordinarios de la Sala correspondiente atendiendo a la distribución de la carga de trabajo en ésta. La especialización del órgano judicial no podrá suponer en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

ningún caso desatención o menoscabo del conocimiento de los asuntos ordinarios de la Sala correspondiente, sujetándose a los principios de predeterminación y publicidad los correspondientes criterios de reparto fijados por la Sala de Gobierno.

Podrá ocurrir así que, aun existiendo Unidad o Unidades judiciales especializadas en menores dentro de un Tribunal Provincial, esto es, un Juez de Menores o más, no atiendan en exclusiva a la materia, cuando por volumen o necesidades de trabajo, se les encomienden otros asuntos penales ajenos a la jurisdicción de menores.

Tal contingencia será frecuente y está ocurriendo ya en algunos puntos del territorio a través de prórrogas de jurisdicción y sustituciones. Ocurrirá cuando el Juez de Menores no llegue a cubrir los módulos mínimos que tuviese asignados o cuando, aún alcanzándolos, otros Jueces de la misma Sala los sobrepasasen en exceso. La consecuencia es la ralentización fatal de la Justicia en uno o en todos los ámbitos afectados, pero también la pérdida de especialización judicial, clave en determinadas materias.

No es posible ignorar algunos elementos de obsolescencia del modelo actual, las finalidades de reparto igualitario de la carga de trabajo judicial del Anteproyecto, el hecho de que algunos Juzgados de Menores no alcanzan los módulos fijados por el CGPJ, mientras que otros órganos judiciales penales los exceden con creces.

Estas consideraciones demandan atención y respuesta. Pero ésta no debería comportar detrimento de la especialización que exige la Justicia Juvenil y que, por constituir uno de sus principios vertebradores, está por encima de concepciones utilitaristas y racionalización del trabajo en el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

diseño de la Administración de Justicia. El que todos los Jueces que trabajen en distintos ámbitos de la Justicia penal tengan la misma carga de trabajo es deseable por razones de equidad funcional y profesional, pero no puede erigirse en objetivo prioritario de una reforma orgánica y funcional que debe atender prioritariamente a la naturaleza, características y principios que conforman cada orden jurisdiccional.

2º.- En materia de ***violencia sobre la mujer***, este Consejo Fiscal llama la atención sobre las siguientes cuestiones:

A) *Las competencias de las Unidades especializadas de Violencia sobre la Mujer*, que serán denominados Jueces de Violencia sobre la Mujer, se le asignan en el art. 130 del Anteproyecto, comprendiendo tanto las del orden jurisdiccional penal como civil, éstas en el ámbito del Derecho de familia.

Al respecto se aprecian algunas diferencias en relación al art. 87 ter de la actual L.O.P.J. y así:

1º.- En la letra d del art. 87 ter actual se recoge la competencia de estos juzgados para el conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado. Este apartado desaparece en el Anteproyecto; la razón seguramente se encuentra en que estas faltas pasan a ser delitos leves en el proyecto del Código Penal y, por lo tanto, la competencia estaría incluida en la letra a).

2º.- En la letra d del párrafo 1º del art. 130 del Anteproyecto se recoge la competencia para dictar sentencias de conformidad con la acusación



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

en los casos establecidos por la ley; en la actualidad está prevista actualmente en la letra e del 87 ter de la L.O.P.J.

3º.- En el art 130.1.e) se incluye como novedad la competencia para conocer de los delitos de quebrantamiento del art. 468 del C.P. “cuando la *persona ofendida* por el delito cuya condena se haya quebrantado sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad judicialmente complementada que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente”.

Estamos de acuerdo con la atribución de la competencia de tales delitos al JVM; de hecho, en la actualidad, en algunos partidos judiciales, por normas de reparto, se adjudican las causas que se incoan por este delito a los JVM o Juzgados de los Penal especializados, si la pena o medida presuntamente quebrantada fue impuesta o acordada en protección de de las personas referidas en el párrafo 1º letra a del art. 87 ter de la actual L.O.P.J.

Sin embargo, apreciamos errores u omisiones que pueden dar lugar a confusión y, por tanto, al planteamiento de futuras cuestiones de competencia que se podrían evitar con una adecuada redacción del precepto.

- a) En primer lugar se atribuye la competencia al JVM “cuando la *persona ofendida* por el delito cuya *condena* se haya quebrantado” sea alguna de las que refiere a continuación.

Al hacer sólo referencia a la condena, se está excluyendo de la competencia del JVM los quebrantamientos de medida cautelar, delito



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

incluido en el mismo precepto (art.468) y que es causa de incoación de numerosos procedimientos penales por ser un delito de frecuente comisión. La intención del legislador no puede ser atribuir sólo al JVM la competencia para el delito de quebrantamiento de pena y no el de medida cautelar. Por ello debería corregirse la redacción para incluir junto a la condena la medida cautelar.

- b) Por otra parte delimita la atribución de la competencia para estos delitos al JVM, de manera que sólo será competente cuando la persona ofendida sea o haya sido su *cónyuge o persona* que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad judicialmente complementada que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

De la literalidad del precepto podría concluirse que la competencia de los JVM se extendería a los delitos de quebrantamiento de pena impuesta por delito en los que la persona ofendida fuera no sólo la víctima de violencia de género, sino también las de violencia doméstica (el marido, padre o madre, hijo/a...). Para evitar problemas de interpretación, sería conveniente que se redactara de manera semejante a la utilizada en el apartado a) de este mismo párrafo y artículo- que la persona ofendida “sea o haya sido la *esposa, o mujer* que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, o los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de la esposa o conviviente, cuando *también se hubiera producido un acto de violencia de género*”- o bien se hiciera remisión al mismo: “que la persona ofendida sea alguna de las referidas en la letra a anterior”.

- B) *Las competencias de las Unidades de Garantías de Instrucción*, de conformidad con el art. 129 del Anteproyecto son la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda al Tribunal Provincial de Instancia, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Jueces de Violencia sobre la Mujer, del dictado de las sentencias, de conformidad con la acusación, de los procedimientos de habeas corpus y -129.4- de la adopción de la orden de protección a las víctimas de violencia sobre la mujer cuando esté desarrollando funciones de guardia, siempre que no pueda ser adoptada por el Juez de Violencia sobre la Mujer.

En la actualidad, los Jueces de Instrucción en funciones de guardia tienen la competencia para la adopción de la orden de protección y demás medidas cautelares de carácter urgente en materia de violencia de género, en aquellos partidos judiciales en los que los JVM están fuera de horas de audiencia y no realicen funciones de guardia. Por Acuerdo de 17 de julio de 2008, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en materia de servicio de guardia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en el artículo 62 bis, se dispuso que "en los partidos judiciales donde existan cuatro o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, se establecerá un servicio



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de guardia de permanencia en el que turnarán de modo sucesivo todos los órganos de tal naturaleza en ellos existente".

Por su parte, el artículo 42.4 del Reglamento de Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales ya citado, dispone que seguirá siendo "objeto del servicio de guardia de los Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción la regularización de la situación personal de quienes sean detenidos por su presunta participación en delitos cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la resolución de las solicitudes de adopción de las órdenes de protección de las víctimas de los mismos, siempre que dichas solicitudes se presenten y los detenidos sean puestos a disposición judicial fuera de las horas de audiencia de dichos Juzgados. ..."

Por ello y para evitar vacíos legales y los consiguientes problemas de interpretación, debería incluirse en el apartado 4º del art. 129, junto a la adopción de la orden de protección, la regularización de la situación personal de los detenidos por su presunta participación en los delitos de violencia de género y demás resoluciones de carácter urgentes, siempre que no puedan ser adoptadas por el Juez de Violencia sobre la Mujer por no hallarse en funciones de guardia o en horas de audiencia.

C) La competencia de las Unidades y Secciones colegiadas de enjuiciamiento,

En cuanto a la competencia de las unidades de enjuiciamiento, el art. 128-2 dispone que "a fin de facilitar su conocimiento, uno o varios Jueces de lo Penal se especializarán conforme a lo dispuesto en el artículo 126, para el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

conocimiento de los asuntos cuya instrucción hubiera correspondido al Juez de Violencia sobre la Mujer-dentro de los límites establecidos en el párrafo 1º: delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a 5 años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o de cualquier otra naturaleza siempre que su duración no exceda de 10 años salvo que su conocimiento corresponda a otros Tribunales.

Se sigue así la especialización iniciada por la L.O.1/04 (Disposición Adicional 10ª, Tres Bis que modifica el art. 89 bis de la L.O.P.J.).

Por lo que se refiere a las Secciones Especializadas Colegiadas. Como hemos visto el Anteproyecto prevé, en el art. 120, la creación de Secciones especializadas en Violencia sobre la Mujer y el art. 127 atribuye a las Secciones Colegiadas de la Sala de lo Penal la competencia para el enjuiciamiento de las causas por delitos que nos estén atribuidas a otros tribunales, por lo tanto la Sección especializada de Violencia sobre la Mujer serán las competentes para el enjuiciamiento de las causas por delito que no sean competencia del los Juzgados de los Penal. Además el art. 128.2.d, prevé la especialización para el conocimiento de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones en materia penal dictadas por el Juez de Violencia sobre la Mujer. Con esta regulación se mantiene el sistema actual (art. 45 de la L.O. 1/04 que modificó el art. 82-1.4 de la L.O.P.J.).

D) Competencias del TSJ en materia de violencia sobre la mujer.

De conformidad con los arts. 114 y 115 tendrán la competencia en materia civil para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Instancia en materia civil incluidas las dictadas en VSM. En



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

materia penal tendrán, en violencia sobre la mujer, la competencia que le atribuye en general en el art. 115.

E) Competencias de las unidades de ejecución.

El Artículo 132 dispone que corresponderá a estas unidades la adopción de las decisiones necesarias para ejecutar las penas y medidas de seguridad, sin perjuicio de las actuaciones que la ley reserve a otros Jueces o Tribunales, así como la ejecución de los pronunciamientos civiles realizados por los Jueces y Tribunales Penales, incluidas las resoluciones de comiso y ejercer las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley.

No se hace ninguna previsión en relación a la creación de unidades especializadas de ejecución en materia de violencia sobre la mujer. Existen Juzgados de lo Penal de ejecución especializados en violencia de género en la actualidad en algún partido judicial, habiéndoles sido asignadas sus competencias en atención al volumen y especificidad de las penas y alternativas a la prisión en esta materia (penas de prohibición de aproximación y de comunicación; la suspensión y la sustitución de la pena privativa de libertad, beneficios que se someterán, de forma imperativa, al cumplimiento de una serie de condiciones tales como el seguimiento de unos programas y tratamientos específicos- arts 84.3 y 88-1.3 del C.P) Razones por la que quizá debiéramos proponer que, cuando proceda, se



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

creen unidades de ejecución especializadas en materia de violencia sobre la mujer.

Subsección 4ª (art. 133)

Atribuciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo

Subsección 5ª (art. 134)

Atribuciones de la Sala de lo Social

En este apartado el Consejo Fiscal llama la atención sobre la falta de regulación de las unidades judiciales en estos ámbitos, nada se dice respecto de la situación de los actuales juzgados de lo contencioso-administrativo y de los juzgados unipersonales de lo social.

Subsección 6ª (art. 135)

Composición y atribuciones de la Sala de Asuntos Generales

En esta sección se establece que la Sala de Asuntos Generales que conocerá las causas de recusación y demás competencias que le atribuyan las leyes.

Especial referencia a las cuestiones derivadas de la cooperación internacional

En este Capítulo se detecta el olvido completo de todas las competencias resultantes de las normas de Reconocimiento Mutuo tal y como resultan reguladas en el Proyecto de Ley de Reconocimiento Mutuo de resoluciones



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

penales en la UE que el Ministerio remitió el pasado mes de Febrero a las Cortes.

Por otro lado, en relación con lo antes mencionado sobre los conflictos de jurisdicción merece un comentario también la referencia que el art 102 hace a la competencia para las cesiones de jurisdicción en materia penal previstas en los tratados internacionales. No hay definición en ninguna norma española de lo que debe entenderse por cesión de jurisdicción y por ello y en relación con lo anteriormente informado sobre la falta de regulación de las cesiones de jurisdicción parece necesario hacer una definición de esta cuestión de la forma más limitada posible si es que se pretende atribuir la competencia a la Audiencia Nacional.

En otro caso, y si no se concreta y limita lo que debe entenderse por cesión de jurisdicción, muchos supuestos de traslado de procedimientos que se realizan por la vía de invocación de la denuncia a efectos procesales del art 29 del Convenio de Cooperación Penal del Consejo de Europa y art 6 del Convenio de asistencia Judicial Penal entre los Países Miembros de la Unión Europea de 29 de Mayo de 2000, no deberían ser competencia de la Audiencia Nacional. Se trata en general de cuestiones de escasa relevancia y que deberían ser resueltas en el ámbito territorial donde se tramitan estas causas, ejemplos de estas cuestiones serían, lesiones, amenazas, violencia de género y otros delitos en el ámbito familiar etc., cometidos en periodo vacacional en España entre extranjeros de la misma nacionalidad que posteriormente son reclamados por la jurisdicción de su país y carece de sentido que sean conocidos por la jurisdicción española cuando autores y víctimas e incluso las pruebas se encuentran en otro país. Es necesario delimitar bien el concepto y la competencia para conocer de todas estas



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cuestiones y debe hacerse en una regulación conjunta y completa con lo antes comentado en referencia a los conflictos de jurisdicción internacionales.

Parece un error de este Anteproyecto la atribución a la Sección colegiada de enjuiciamiento de la Sala Penal de Instancia la autorización de la competencia para el traslado de información entre los servicios de seguridad que requiera autorización judicial. En primer lugar, no se justifica ninguna modificación de la competencia actual que conforme a lo dispuesto en la LO 6/2010 de 27 de Julio atribuye esta autorización a los actuales Juzgados Centrales cuando no haya procedimiento judicial abierto en otro Juzgado tal y como dispone la Ley 31/2010 de 27 de Julio *sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea*. Por tanto, la competencia de la Audiencia Nacional sería más razonable mantenerla para las nuevas Secciones de garantías de la Instrucción y solo cuando, como hasta ahora, *“la información solicitada no forme parte de una investigación desarrollada en el seno de un procedimiento judicial abierto”*, en cuyo caso la competencia corresponderá al órgano jurisdiccional que esté conociendo de dicho procedimiento.

En relación con las competencias de los Tribunales y sus Salas, debe advertirse que el Anteproyecto no tiene en cuenta el nuevo diseño de competencias que el Proyecto de Ley de Reconocimiento Mutuo de resoluciones Penales que actualmente tramitan en las Cortes y que ha sido redactado y propuesto por el mismo Ministerio de Justicia. Esta descoordinación debería ser corregida.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Para mostrar la grave incoherencia resultante de la falta de coordinación de ambos textos basta observar por ejemplo que el art 103 atribuye a la Sección de Garantías de la Instrucción de la Audiencia nacional solo la tramitación de los expedientes de la Ordenes Europeas de Detención y Entrega cuando el Proyecto de Ley de Reconocimiento Mutuo les atribuye la decisión completa y en consecuencia correspondería a la Sala el conocimiento de los recursos contra las decisiones de la Sección de Garantías.

Igualmente el art 105 al regular las competencias del Juez de Menores desconoce y omite la competencia que le corresponde para tramitar y decidir los expedientes de las órdenes europeas de detención y entrega que afectan a menores.

Otro ejemplo de la falta de coordinación es el art 129 donde solo atribuye al Juez de Garantías de la Instrucción el conocimiento de las medidas de embargo y aseguramiento de pruebas transmitidas desde un Estado miembro de la UE, desconoce por completo las nuevas competencias que el Proyecto de Ley antes mencionado les atribuye en relación con el exhorto europeo de obtención de pruebas.

Tampoco contempla el texto la necesaria referencia a la competencia para a ejecución de las órdenes de protección europeas que el Proyecto de Reconocimiento mutuo atribuye al Juez de Violencia contra la mujer. Y las mismas omisiones se dan respecto a las competencias para la emisión y ejecución de las órdenes de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad, resoluciones de libertad vigilada o decisiones sobre medidas de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

vigilancia sustitutivas de la prisión provisional con base en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales de la UE.

Capítulo III

Conflictos de competencia (arts. 136 al 143)

Se regula el procedimiento para sustanciar los conflictos de competencia entre Tribunales de distinto orden jurisdiccional integrados en el Poder Judicial, estableciendo que el órgano competente para su resolución será la Sala especial de Tribunal Supremo.

Se establece que el orden jurisdiccional penal es siempre preferente y la regulación del procedimiento sustancialmente similar a la actual (art. 42 y sgts. LOPJ vigente en la actualidad). Es de significar que se aprecia un error al final de art. 140.3 del Anteproyecto, pues la remisión al apartado 2 del artículo siguiente debe ser al apartado 2 del art. 139.

Señalar en este punto que el término empleado en el anteproyecto es el de conflictos de competencia, comúnmente atribuido en la doctrina a la disputa entre órganos jurisdiccionales diferentes. En realidad, constituidos los Tribunales de Instancia como un único órgano, al igual que los Tribunales Superiores de Justicia, en realidad no habrá una mutación del órgano jurisdiccional en numerosos casos, sino que lo que se discute es la adscripción a uno u otro orden jurisdiccional.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Capítulo IV

Cuestiones de competencia (arts. 144 y 145)

Transcribe la actual regulación contenida en los art. 51 y 52 de la LOPJ vigente en relación con la determinación de la competencia del mismo orden jurisdiccional.

Capítulo V

Cuestiones de reparto de asuntos (arts. 146 y 147)

Se establece que las cuestiones que se susciten en el reparto de asuntos de un mismo Tribunal se resolverán por el Presidente de la Sala correspondiente mediante acuerdo motivado, regulándose el sistema de recursos frente a dicho acuerdo.

Al tratar las competencias de los Tribunales Provinciales de Instancia, se ha destacado la importancia de esta materia atendiendo al principio de inamovilidad judicial establecido en el art. 117 CE y al derecho al juez predeterminado por la ley del art. 24 CE. En la legislación procesal, la materia y las eventuales impugnaciones se establecen en el art. 68 LEC, afectado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

TÍTULO II

Constitución de los Tribunales y sus Salas

Capítulo I

Predeterminación judicial

La nueva organización judicial, que tiene por objetivo la flexibilidad en la denominada “reorganización de efectivos” precisa de mecanismos tendentes a garantizar la predeterminación legal del Juez y su inamovilidad. La trascendencia constitucional de estas cuestiones se aprecia en la Sentencia 164/2008, de 15 de diciembre de 2008.

Dichos mecanismos se pretenden con la regulación contenida en este Capítulo I, que se integra con los arts. 148 al 156, a partir de las siguientes reglas:

- El art. 148 establece que en cada Tribunal la asignación de asuntos, así como la sustitución o suplencia de los Jueces estarán sujetas a los *principios de predeterminación y de publicidad*.
- Al inicio del año judicial, las Salas de Gobierno aprobarán las normas de reparto y de sustitución, suplencia y refuerzo entre Jueces. Igualmente, propondrán al CGPJ las modificaciones necesarias, por razones de servicio, en las Unidades o Secciones judiciales de las Salas (art. 149. Aprobación y publicidad de las normas de reparto).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

- Cuando en una misma Unidad judicial concurrieren su titular y otro Juez prestando servicios y se tramitaren en ella un volumen elevado de asuntos o causas de especial complejidad, la Sala de Gobierno del Tribunal a la que pertenezca dicha Unidad judicial podrá decidir los criterios de distribución de los asuntos entre cada uno de dichos Jueces (art. 150, Concurrencia de Jueces en un mismo órgano judicial). Esta novedosa disposición hay que conjugarla con la posibilidad de que en una misma unidad judicial concurren dos jueces, por lo que, sin perjuicio de los que se expone posteriormente al analizar esta cuestión, en este momento el Consejo Fiscal ha de hacer significar que la fijación por la Sala de Gobierno de los criterios de distribución de asuntos puede afectar al derecho al juez natural predeterminado por la Ley, toda vez que la asignación del asunto se concreta en un momento posterior al planteamiento de la cuestión litigiosa y a la asignación a un concreto órgano judicial. Por ello, se estima que en estos supuestos debería haber normas de reparto previas.
- Los asuntos se turnarán inmediatamente después de ser registrados, con arreglo a criterios predeterminados y objetivos establecidos en las normas de reparto, comunicándose a las partes (art. 151).
- Sólo se permitirán cambios en el reparto de asuntos por enfermedad prolongada, licencia de larga duración, existencia de vacantes y refuerzos previamente establecidos; lo que, en todo caso, se comunicará a las partes (art. 151 cambios de reparto). No queda en este punto definido si lo que se realiza es una sustitución



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de la unidad judicial o del juez componente de la misma, que debería ser concretado.

- A efectos de la posible sustanciación de las cuestiones de reparto (reguladas en los art. 146 y 147) se establece la obligación de que en cada Sala de Tribunal se lleve un libro un libro con todas las incidencias que se produzcan en el reparto de asuntos (art. 155).
- Los arts 152 al 154 establecen las normas para la designación y competencias del Juez Ponente en los órganos colegiados, así como la forma de proceder para emitir votos particulares. Normas similares a las actuales sobre las que no se hace objeción alguna.

Dado que el Anteproyecto establece la denominada “reasignación de efectivos dentro de un mismo Tribunal”, lo que supone la atribución de asuntos a Jueces que *ab initio* no les correspondía, para completar las garantías de la predeterminación judicial, es preciso conjugar las anteriores normas con las de identificación de la plaza ocupada por cada Juez, así como los supuestos concretos en lo que procede la sustitución o suplencias.

El Consejo Fiscal estima que en este Capítulo dedicado a la “predeterminación judicial” debería hacerse alguna referencia o remisión a las normas de identificación de la plaza judicial y a las de reasignación de efectivos Título VI del Libro III del Anteproyecto. En todo caso se reitera la preocupación porque este sistema de juez “intercambiable” pueda repercutir en una justicia de calidad al diluirse la responsabilidad personal sobre el caso concreto.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por otro lado, en esta materia no se menciona (como en la actual LOPJ) al Fiscal, en un silencio que contrasta con el contenido de la Disposición Transitoria Segunda al establecer, aún antes de la puesta en funcionamiento de los Tribunales de Instancia, la aprobación en el plazo de 6 meses de un reparto provincial de asuntos. El Consejo Fiscal valora positivamente que se realice con “previa audiencia de la Fiscalía correspondiente”.

Por lo demás este Capítulo concluye con el art. 156 que se refiere al *ejercicio de la función jurisdiccional* estableciendo que la misma es improrrogable e indelegable, estableciendo atribuciones a los Letrados de la Administración de Justicia para que garanticen el debido cumplimiento de las normas de reparto de los asuntos.

Capítulo II (art. 157 al 164)

Formación de las Salas en los distintos Tribunales

Se establecen las siguientes reglas:

- En los Tribunales Provinciales de Instancia y en las Salas de Instancia de la Audiencia Nacional las secciones colegiadas serán servidas por un mínimo de tres Jueces (arts. 157 y 158).
- En los Tribunales Superiores de Justicia y en las Salas Superiores Penal y Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, las Secciones colegiadas permanentes formadas por tres o cinco Jueces. Si la ley no dispone nada, serán tres (art. 160).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

- En el Tribunal Supremo se pondrán constituir secciones con carácter permanente, con un número de Jueces que no podrá ser inferior a cinco, salvo que no sea posible, en cuyo caso la compondrán tres (art. 161).
- El Presidente de Sala de un Tribunal podrá presidir cualquiera de sus Secciones y el Presidente de un Tribunal podrá presidir cualquiera de sus Salas o Secciones (art.162 y 163). El Consejo Fiscal llama la atención sobre las cautelas que deben implicar esta decisión de quien es designado discrecionalmente en la medida en que pueda adoptar esta decisión a su arbitrio, sin sujeción a condiciones o motivación.

Este Capítulo concluye con el art. 164 que regula la convocatoria del *Pleno no jurisdiccional para unificación de criterios de los distintos Tribunales* y sus efectos.

Capítulo III (art. 165 a 183)

Sustituciones y refuerzos

El régimen de sustituciones y refuerzos en los órganos judiciales ha sido objeto de reciente modificación por Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de *medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia*, cuya finalidad es la de alcanzar la máxima profesionalidad en los órganos judiciales, posibilitando que en la práctica totalidad de los casos las resoluciones judiciales sean dictadas por miembros integrantes de la carrera judicial y que la actuación de jueces sustitutos y magistrados suplentes sea excepcional.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Anteproyecto mantiene, con carácter general, la regulación introducida en dicha LO 8/2012. No obstante, se modifica y unifica la denominación de los que hasta ahora han sido llamados Jueces Sustitutos y Magistrados Suplentes, todos ellos no profesionales, según desempeñen sus cargos en órganos unipersonales y colegiados respectivamente. Ahora se denominarán Jueces sustitutos a los miembros de la carrera judicial que realicen funciones de sustitución y Suplentes a quienes realicen dichas funciones sin pertenecer a la carrera judicial (art. 165.3).

En el articulado de este Capítulo se desarrolla el sistema de sustitución, retribución, límites y medidas en cuanto a comisiones de servicio y de apoyo judicial, que tiene como finalidad lograr dicho objetivo de profesionalización, articulando un sistema flexible que permita cubrir las ausencias, vacancias y medidas de refuerzo mediante la elaboración de planes o calendarios anuales de sustitución entre jueces y magistrados profesionales, que impidan la existencia de señalamientos solapados respecto de quienes deben sustituirse entre sí.

Al respecto y con carácter general este Consejo Fiscal reitera lo expresado *ut supra*, estimando que para realizar una reforma estructural como la que se proyecta, es preciso contar simultáneamente con el proyecto de Ley de Planta y Demarcación Judicial, acompañada de los correspondientes análisis y estudios técnicos sobre la carga de trabajo que los órganos jurisdiccionales pueden asumir, de forma que sean factibles las sustituciones recíprocas que se regulan en el Anteproyecto sin merma de la eficiencia del servicio público referido a la impartición de Justicia.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por otro lado y en relación con cuestiones concretas, este Consejo Fiscal formula las siguientes observaciones:

- En relación con el apartado 2 del art. 167, se estima conveniente añadir un último inciso del siguiente tenor: “en otro caso se estará a lo dispuesto en el párrafo anterior”.
- La remisión que se efectúa en el inciso final de art. 168.2 al apartado 2 del artículo siguiente, debe sustituirse por la remisión al apartado 2 de artículo 172.
- En cuanto a la limitación de los ahora llamados jueces suplentes a supuestos excepcionales (art. 177), se dirige al objetivo de garantizar una justicia profesional, permitiendo a los jueces y magistrados integrantes de la Carrera Judicial el desarrollo de funciones jurisdiccionales en otros órganos, con la consiguiente retribución y posibilidad de promoción profesional. No obstante, se estima que sería conveniente la introducción de una disposición por la que se establezca un límite temporal a toda sustitución o suplencia, con el fin de evitar que se prolonguen excesivamente en el tiempo situaciones que pueden afectar al correcto funcionamiento de la administración de justicia. Asimismo, la fijación de cargas máximas de trabajo.
- Se valora negativamente la redacción del art. 174.3 que suprime a la actual participación de los Jueces (a través de la Junta de Jueces) integrantes de los Tribunales Provinciales de Instancia en la elaboración de los planes anuales de sustitución, en cuanto son



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

quienes mejor conocen la situación, a efectos de realizar la planificación anual.

- Además, el contenido de estos planes anuales afecta de manera directa a la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal. Por lo tanto, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 182.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (tras la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2009), se entiende necesario introducir una formula que permita que estos planes anuales de sustituciones sean elaborados de manera coordinada con las Fiscalías (se establece que simplemente se dará audiencia a la Fiscalía), con la finalidad de optimizar los recursos públicos disponibles, permitiendo que todas las instituciones implicadas puedan desempeñar las funciones que les encomiendan las leyes. En consecuencia, se propone que la modificación proyectada se introduzca en el apartado 3 artículo 174 un párrafo en los siguientes términos: *“Estos planes se elaborarán en coordinación con el Ministerio Fiscal respecto de los procedimientos en que éste deba intervenir”*.
- El art. 175 acude en dos ocasiones a la adscripción de “poblaciones”. Nuevamente, no se comprende si se refiere a jueces ubicados en un tribunal provincial de instancia o si la plaza asignada se establece en una sede desplazada.
- Por otro lado, no se puede obviar la actual saturación de trabajo de gran parte de los órganos judiciales, por lo que para hacer efectiva la aplicación de las expresadas normas y poder confeccionar las correspondientes listas con jueces profesionales, habrá que contar



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

con el número adecuado de los mismos, lo cual no será posible si no se acompaña de convocatorias periódicas de oposiciones de acceso a la Escuela Judicial, que pueda nutrir con jueces en periodo de prácticas el desempeño de funciones de sustitución y refuerzo en juzgados.

- Y en lo demás, se establece el principio discutible de la obligatoriedad de la sustitución no retribuida en el art. 179.2. En este punto, es preciso destacar que la voluntariedad debe constituirse en el criterio general de asignación de las sustituciones para de esta manera no incrementar las excesivas cargas de trabajo de los jueces.

Capítulo IV (art. 184 a 195)

Abstención y recusación

Con alguna mejora técnica mantiene sustancialmente el sistema previsto en la actualmente vigente LOPJ (arts. 217 al 228), aunque a causas tasadas ya existentes, que en el Anteproyecto se relacionan en el art. 185), se establece una nueva cláusula general, de acuerdo con la cual habrá lugar a la abstención y recusación cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 186:

- 1. Hallarse en alguna de las situaciones que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia que resulte de la doctrina judicial reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al enjuiciar casos en los que España haya sido demandada, constituyan un motivo susceptible de afectar a la imparcialidad objetiva o subjetiva del Juez.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

2. *Tener algún interés directo o indirecto en el pleito o causa o en cualquier otro de naturaleza similar cuyo objeto pueda ser prejudicial o consecuencia del que se esté sustanciando o determinante de su resultado.*

Como se dirá más adelante, se considera necesaria la inclusión como causa de abstención, en consonancia con los arts. 351 y 556, específica para quienes reingresen en la Carrera Judicial con aquellos asuntos que hayan conocido por su vinculación a la actividad desarrollada bien por sus funciones políticas o de cualquier otra naturaleza.

En lo referente al procedimiento, el plazo de 3 días otorgado al Ministerio Fiscal en el art. 192 es escaso, ajeno a la realidad en supuestos en los que resulta preciso el análisis de con abundante prueba documental y que contrasta precisamente con el término de 10 días establecido en el mismo precepto para la proposición de prueba.

TITULO III

Del régimen de funcionamiento de los Tribunales

Capítulo I

Disposición general

Art. 196. Régimen de las actuaciones judiciales

Se inicia este Título con la disposición general contenida en el art. 196, estableciendo el régimen de las actuaciones judiciales se llevarán a cabo en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

la forma y con los requisitos previstos en las leyes procesales y, su defecto de conformidad con lo dispuesto en el Título correspondiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Capítulo II

Periodo ordinario de actividad de los Tribunales y del tiempo para las actuaciones judiciales

En cuanto al periodo de actividad de los Tribunales (arts. 197 a 203), se establece como novedad, que se extenderá durante *todo el año* (art. 197), así como que *el mes de agosto será hábil* (art. 199.1) para la realización de aquellas actuaciones que prevea la correspondiente ley procesal y, en todo caso, aquéllas cuya demora pueda causar perjuicios irreparables o afectar al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 201).

Aparentemente saca de la discusión, introduciendo la ley procesal en el juego, el controvertido tema del agosto lectivo, pues deja su determinación de utilidad a las futuras leyes procesales que anuncia en sus disposiciones transitorias. La determinación de este periodo no supuso en general una causa del retraso en la administración de justicia y no hay razones que justifiquen la modificación del sistema actual.

Aunque se valora positivamente la norma contenida en el art. 198, relativa a la adaptación del horario judicial a las necesidades del servicio, es decir, que sin perjuicio del cumplimiento de los deberes inherentes al despacho ordinario de los asuntos y de la celebración de vistas y comparecencias, los Jueces ajustarán su presencia y dedicación a las reales necesidades del



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

servicio, de manera que no se produzcan retrasos injustificados, este Consejo Fiscal estima que en dicha norma también sería conveniente introducir una referencia a los máximos de jornada laboral establecidos por las normas generales en materia de higiene y seguridad en el trabajo, en concreto, pugna directamente con la directiva 2003/88 de ordenación del tiempo de trabajo y con la normativa de prevención de riesgos laborales (Ley 31/95).

No aborda en cambio el Anteproyecto la creación de un sistema de métodos de señalamiento ni fórmulas para hacer que los mismos se ajusten a la realidad temporal de sus necesidades a través de un sistema transparente.

Capítulo III

Realización de las actuaciones judiciales y de la forma de constituirse en audiencia pública

Nada que decir el Consejo Fiscal.

Capítulo IV

Acceso a la información judicial y a las actuaciones judiciales

En los expresados Capítulos III y IV se mantiene el mismo régimen en cuanto a la *realización de las actuaciones judiciales* y *el acceso a la información judicial* y a las actuaciones judiciales, debiendo ser el Letrado de la Administración de Justicia quien determine si hay interés legítimo en la petición de dicho acceso (arts 204 a 228).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por otro lado, el Anteproyecto regula de forma novedosa en los tres Capítulos siguientes (V, VI y VII) aspectos del funcionamiento de los Tribunales, cuyo objetivo es hacer frente a exigencias derivadas de cambios jurisprudenciales o recomendadas por la experiencia.

El Consejo Fiscal recoge positivamente el uso de las tecnologías de información y comunicación que realiza el art. 217 del texto proyectado y que se realiza a través de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Pero debe insistirse en la necesidad de comunicabilidad y compatibilidad de las herramientas informáticas disponibles, incluidas las puestas a servicio de las fiscalías.

En otro orden de ideas, el art. 221 autoriza a los jueces, sin necesidad de constituirse en audiencia pública, de oficio o a instancia de parte, convocar a cualquiera de las partes, a sus Abogados o a sus representantes técnicos o procesales en la sede del Tribunal cuando lo consideren conveniente para la recta Administración de Justicia, informando de ello en todo caso y previamente al resto de las partes personadas. El Consejo Fiscal entiende que la convocatoria de las partes por los Jueces bien se debe hacer en todo caso con llamamiento conjunto a todas ellas, para preservar el derecho de defensa e igualdad entre los litigantes, bien se deben establecer cautelas para que este llamamiento a alguna de las partes o a sus representantes técnicos o procesales no afecte a la imparcialidad del juez competente.

Por lo que se refiere al régimen de utilización del sistema de videoconferencia, el término empleado por el art. 222 es el de *podrán*. El Consejo Fiscal considera que en relación con las comunicaciones con las



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

fiscalías en determinados supuestos como la tramitación de determinadas medidas en tanto y en cuanto subsistan sedes desplazadas, debería realizarse como regla general a través de este sistema sin perjuicio de las excepciones que se establezcan reglamentariamente.

Capítulo V

Protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia

Con respecto a la protección de datos en el ámbito de la Administración de Justicia, se establece que la autoridad competente para la inspección y sanción es el Consejo General del Poder Judicial (arts. 229 a 240), régimen excepcional del establecido en la legislación sectorial respecto de la que el Consejo Fiscal no tiene nada que objetar.

Capítulo VI

Nulidad de los actos procesales y del régimen de nulidad de las actuaciones

El régimen de la nulidad de actuaciones vuelve a ser el existente hasta el año 2007 (arts. 241 a 248), al entender, según se expresa en la Exposición de Motivos, que la extensión del incidente de nulidad de actuaciones – pensado como una especie de filtro previo al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional- no sólo ha aumentado inútilmente la carga de trabajo de los Tribunales ordinarios, sino que en la práctica no ha añadido, en la mayoría de los casos, ninguna auténtica garantía para los particulares.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Sin embargo, este Consejo Fiscal discrepa de tales apreciaciones, significando que la parca fundamentación que acompaña a la modificación legal, acaba con seis años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el incidente de nulidad de actuaciones posterior a L.O. 6/2007 que ha destacado siempre la labor de los jueces como adelantados en la defensa de los derechos fundamentales. Así se expresaba en la STC 40/2010 en su FJ 5: *Como afirmamos en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, en el citado requisito "se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su 'especial trascendencia constitucional', frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo". "De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTC)".*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Tal trascendencia ha sido posteriormente remarcada por SSTC 107/2011, 153/2012, entre muchas otras.

No es baladí, por tanto, el argumento de que la defensa de los derechos fundamentales deba adelantarse a la fase jurisdiccional ordinaria, lo que unido a la nueva concepción del recurso de amparo, muy restrictiva en cuanto a la admisión impedirá que puedan ser depurados en los Tribunales la lesión de los derechos fundamentales cuando la sentencia o resolución judicial sea firme, lesione un derecho fundamental y el caso no revista especial trascendencia constitucional (art. 50.1.b LOTC). En estos supuestos los justiciables carecerían de protección de sus derechos fundamentales ante los Tribunales, ya de la jurisdicción ordinaria, ya del Tribunal Constitucional.

De otro lado, los supuestos contenidos no son puramente hipotéticos, pues es normal que la última resolución, que ahora se deja desprotegida, contenga lesiones de derechos fundamentales sustantivos como, a título de ejemplo, el derecho fundamental a la intimidad, o imagen, lesión a la presunción de inocencia (condena en apelación tras absolución en la instancia por falta de inmediación), derecho a la libertad (prisión ilegal acordada en apelación por recurso de la acusación particular), o legalidad (art. 25.1 CE) en supuestos de sanción administrativa o penal vulneradora del citado art. 25.1. Asimismo quedarían desprotegidos los derechos procesales contenidos en el art. 24.1 de la CE, como ocurriría con el derecho a la tutela judicial en supuestos no generadores de indefensión o incongruentes. Los supuestos indicados a título de ejemplo, son numerosísimos y la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

utilización del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, en la forma actualmente regulada, supondría un importante remedio y pronto restablecimiento de los derechos conculcados.

Tampoco se puede argüir, como se hace en el Anteproyecto, que la reparación en vía ordinaria de los derechos fundamentales suponen una *"inútil carga de trabajo"*, habida cuenta de la simplicidad de trámites que abarca solo: una solicitud de nulidad, el traslado a las otras partes y una resolución judicial en forma de auto o providencia, no recurrible. Por último el hecho de que *"no ha añadido ninguna garantía para los particulares"*, como también se dice en la Exposición de Motivos, habría que decir que los fallos del sistema no obedecen a la regulación legal ni a la naturaleza del medio reparador ya que la practica procesal. Lo único que nos ha mostrado es que la quiebra proviene de una deficiente utilización del mismo, tanto por las partes, que pretenden que el incidente sea un instrumento para la revisión del pleito ante el Tribunal Constitucional, como por el Juez o Tribunal, llamado a resolver, que están condicionados y renuentes a modificar una resolución tomada por ellos existiendo, a nuestro juicio, una parcialidad objetiva, que, aquí sí, cabría remediarla con la atribución de la resolución del incidente a Tribunal distinto del previsto actualmente en el art. 240.1 LOPJ o el en art. 247 del Anteproyecto, es decir, el que conoció en primera instancia.

También cabe mencionar que el art. 248 no establece el plazo en el que deben complementarse las resoluciones judiciales.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Capítulo VII

Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia

Se adapta la actual regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de prisión provisional no seguida de sentencia condenatoria, a un reciente giro jurisprudencial, que es consecuencia de la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, manteniendo la posibilidad de reclamar indemnización en los supuestos de absolución o de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado, se añade que, si la medida cautelar adoptada fue manifiestamente errónea o desproporcionada atendidas las circunstancias del momento de su adopción o mantenimiento, cabrá acudir al procedimiento de responsabilidad por error judicial (arts. 249 a 252). El Consejo Fiscal valora positivamente esta adaptación a la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado.

TÍTULO IV

El Gobierno interno de los Tribunales.

El Anteproyecto introduce en el Libro II las normas sobre Gobierno interno de los Tribunales, por entender que se trata de una cuestión básicamente organizativa, regulando la composición y funcionamiento de las Salas de Gobierno, adecuándolas a la nueva organización judicial y, en particular, a la introducción de los Tribunales Provinciales de Instancia.

Este Título IV tiene la siguiente estructura:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Capítulo I.- Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia

Sección 1ª.- Composición de las Salas de Gobierno y designación y sustitución de sus miembros (arts 256 a 260)

Sección 2ª.- Atribuciones de las Salas de Gobierno (art. 261)

Sección 3ª.- Funcionamiento de las Salas de Gobierno y régimen de sus actos

Capítulo II.- (arts. 270 a 272) se regulan las funciones del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial y Vicepresidente del Tribunal Supremo.

Capítulo III.- (arts. 273 a 279) se regulan las funciones de los Presidentes de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Tribunales Provinciales de Instancia.

Capítulo IV.- (arts. 281 a 286) las funciones de los Presidentes de las Salas.

Capítulo V.- (art. 287) se establece la existencia una Secretaría de Gobierno en el Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia.

Capítulo VI.- (arts. 288 a 293) se regula la Inspección de los Tribunales, correspondiendo la de carácter superior al Consejo General del Poder Judicial, y la inspección ordinaria de los Tribunales corresponde a sus



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Presidentes. Además, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia dirige también la inspección ordinaria de los Tribunales Provinciales de Instancia.

Llama la atención la supresión del contenido del Capítulo IV de Título III de la vigente LOPJ “De los Jueces Decano y de las Juntas de Jueces” (arts.166 a 170), toda vez que constituyen órganos de funcionamiento democrático que ahora se silencian, siendo absorbidas las atribuciones de aquellos, que eran elegidos democráticamente por los Jueces, por las que ahora se otorgan a los Presidentes de los Tribunales que son designados por el Consejo General del Poder Judicial.

Las cuestiones de Gobierno interno de los Tribunales no son del todo ajenas a las funciones jurisdiccionales, y aunque se trata de materia organizativa, que dada la interrelación con la organización y funciones del Ministerio Fiscal, cabe afirmar la conveniencia de la integración de esta Institución en dichos órganos organizativos.

De hecho la integración del Ministerio Fiscal en las Salas de Gobierno funcionó satisfactoriamente hasta que la LOPJ en 1985 suprimió esta integración, presumiblemente en el mal entendido de que con ello se salvaguardaba la independencia judicial. Sin embargo, no siendo funciones jurisdiccionales las que se ventilan en las Juntas de Gobierno, la integración del Ministerio Fiscal, en atención a los principios por los que se rige esta Institución pueden ser muy útiles en aras a una gestión eficaz de dichos asuntos.

Por otro lado, la lectura del art. 265 merece otra precisión: no puede dejarse al arbitrio del Ponente de un asunto de la Sala de Gobierno respectiva, la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

decisión sobre la conveniencia de pasar el mismo al informe del Ministerio Fiscal antes de decidir. Sería preferible en este punto que la intervención del Fiscal viniera prefijada por un catálogo de más o menos cerrado de supuestos.

Por lo que se refiere a la Inspección de Tribunales, el art. 291 obvia cualquier posible intervención del Ministerio Fiscal, estableciéndose que el expediente de inspección se completará con informes de diversos colegios profesionales, pero olvidando al Ministerio Fiscal, que es de suponer que, teniendo en cuenta la competencia cuasi-universal que sufre la Institución, algo tendrá que decir respecto de los órganos inspeccionados, sea cual sea el orden jurisdiccional al que pertenezcan. Esta exigencia deriva de la primera función del Ministerio Fiscal, prevista en el art. 3 del EOMF, esto es, *velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes.*

Por otra parte, debería considerarse la posibilidad de realización de inspecciones conjuntas como en la práctica se vienen realizando al amparo de los convenios suscritos en la actualidad.

TÍTULO V

Régimen de organización y funcionamiento de la administración al servicio de los Tribunales

Este Título se divide en dos Capítulos: en el primero, se regula la “Oficina Judicial”, en el segundo las “Unidades administrativas”. La Oficina Judicial se estructura en unidades de apoyo directo a los jueces y servicios comunes



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

procesales. En las primeras habrá un Letrado de la Administración de Justicia, pudiendo haberlos también, cuando se estime necesario, al frente de las secciones y equipos.

Dado la organización de la Oficina Judicial, así como la nueva denominación y funciones de los Letrados de la Administración de Justicia, pueden considerarse cuestiones ajenas a las funciones consultivas del Consejo Fiscal, baste señalar que pese a arrojar algunas sombras, en estos momentos han de considerarse un instrumentos para la modernización de la Administración de Justicia.

LIBRO TERCERO

De los Jueces

TÍTULO I

La carrera judicial (arts. 304 y 305)

La inveterada clasificación de las categorías judiciales de Jueces Magistrados y Magistrados del Tribunal Supremo son reconducidas en el Anteproyecto a una sola, al disponer el apartado primero del artículo 304 que podrán ejercer funciones jurisdiccionales en los Tribunales que regulan esta Ley los Jueces que integran la Carrera Judicial, sin hacer mención a la existencia de categorías judiciales.

El propio prelegislador se plantea en la Exposición de Motivos las posibles objeciones que, desde el punto de vista constitucional, podría plantear la reducción a una sola categoría judicial. Ciertamente, el artículo 122 CE



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

citado en la Exposición de Motivos menciona a Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales como electores de los miembros del Consejo General del poder Judicial.

El artículo 117 CE establece que la justicia se administra por Jueces y Magistrados. Dicho precepto no emplea el término “Judicatura” o “Magistratura”, sino Jueces y Magistrados individualmente. La expresión Jueces y Magistrados alude, en una primera aproximación, a los integrantes de la Carrera Judicial, a los que se atribuye, en los términos del artículo 117.1 CE, la potestad de administrar justicia.

Es cierto que el Título VI de la Constitución no utiliza la expresión Jueces y Magistrados de manera uniforme y con la precisión y el rigor que sería deseable en un texto constitucional. El propio artículo 117, en su párrafo 3, dispone que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (no a los Jueces y Magistrados), mientras que, por ejemplo, el artículo 118 habla de la obligación de cumplir las resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales.

No obstante, el constituyente abandona tal imprecisión al referirse a la regulación orgánica de la carrera, diferenciando claramente entre Jueces y Magistrados. En efecto, el propio artículo 117.2 dispone que los Jueces y Magistrados no podrán ser separados ni suspendidos sin garantías, y el apartado primero sitúa a Jueces y Magistrados como integrantes del poder judicial. La expresión “Jueces y Magistrados” se diferencia claramente de la expresión genérica “miembros del poder judicial” que el artículo 159.4 CE utiliza para referirse a las incompatibilidades de los miembros del Tribunal Constitucional, e igualmente se distingue de la voz “Jueces” utilizada para



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

regular las incompatibilidades de los miembros del Tribunal de Cuentas en el art. 136.3 CE.

Por otra parte, la existencia de categorías judiciales no tiene una acusada connotación jerárquica como se expone en la Exposición de Motivos. Es verdad que tan Juez es quien administra Justicia en primera instancia, como quien lo hace en apelación o casación; y, por tanto, idénticas son su independencia y su responsabilidad, y en este sentido cabe decir que idénticas funciones ejerce un Juez de Instrucción en un partido judicial pequeño que en una gran capital. Pero también hay que resaltar que la Constitución señala en su artículo 123 al Tribunal Supremo como superior en todos los órdenes jurisdiccionales y en el artículo 152.1 sitúa a los Tribunales Superiores de Justicia en la cúspide de la organización jurisdiccional en el ámbito autonómico. Por lo tanto, la existencia de categorías judiciales debe desvincularse del pretendido carácter jerárquico a que alude el prelegislador. Debe traerse a colación aquí la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces, aprobada por el Consejo de Europa el 8 de julio de 1998, que en su apartado cuarto proclama que es perfectamente compatible con la independencia e imparcialidad judiciales, que los países miembros contemplen y asuman un sistema de promoción de los Jueces basado en los principios de cualificación y méritos, los cuales deben ceñirse a la propia función judicial, debiendo adoptarse la decisión de promoción con audiencia del interesado, y en todo caso, con reserva de acción judicial en caso de lesión de los derechos del afectado.

La existencia de categorías judiciales obedece a la necesaria y legítima promoción de los miembros de la Carrera Judicial y, por ende, de la Carrera Fiscal, así como a la distribución de los recursos retributivos y la adecuación



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

entre el nivel profesional y el destino superior, en orden a asegurar la excelencia de la función pública.

La Exposición de Motivos alude igualmente a que los miembros de la judicatura tienen una significación institucional y social sustancialmente igual. Difícilmente la significación social de los Jueces puede ser un criterio válido para regular la estructuración de la una carrera profesional, máxime cuando dicha afirmación se enuncia huérfana de cualquier argumento que pueda justificar su formulación.

Igualmente, no puede afirmarse que todos los Jueces tienen la misma significación institucional. Así, los miembros del Tribunal Supremo, que es el órgano superior en todos los órdenes (salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales) tienen una relevancia institucional que se sitúa por encima de los demás Jueces.

Ya en el contexto de la Carrera Fiscal, la regulación simétrica de ambas Carreras, la Judicial y la Fiscal, en la Constitución (artículos 70.1, d, 127.1 y 159.4), tiene uno de sus máximos exponentes en el artículo 34 EOMF que proclama la equiparación absoluta de las tres categorías (Abogado Fiscal, Fiscal y Fiscal de Sala) con las correspondientes a la Carrera Judicial (Juez, Magistrado y Magistrado del Tribunal Supremo). Tal supresión de categorías en la Carrera Judicial tendría el efecto colateral irremediable de reconducir a una sola las tres categorías de la Carrera Fiscal, y así la Disposición Adicional Segunda otorga al Gobierno el plazo de dos años para la presentación del proyecto de reforma de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en cuanto a la unificación de categorías.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Como señala el Libro Blanco del Ministerio Fiscal recientemente publicado: “La distribución por categorías en la Carrera Fiscal prevista en el artículo 34 EOMF entre Fiscales y Abogados-Fiscales, no se corresponde con una distribución real de funciones dentro de las Fiscalías y su impacto en la estructura salarial de los miembros del Ministerio Fiscal no responde a una real y distinta asunción de responsabilidades por unos y otros.

La introducción en el esquema organizativo del Ministerio Fiscal de cuadros directivos intermedios y del principio de especialización ha hecho que sea la asunción de responsabilidades y no la pertenencia a una determinada categoría la que verdaderamente marca las diferencias entre las funciones asumidas por unos y otros.

Sin embargo, el nuevo modelo organizativo no ha venido acompañado de un cambio en la estructura salarial, que sigue manteniendo antiguos conceptos retributivos que no tienen en cuenta la nueva realidad del Ministerio Fiscal. La política retributiva se ha mantenido así ajena los cambios organizativos del Ministerio Fiscal”.

Concreta a continuación el Libro Blanco una serie de propuestas sobre este aspecto, que se centran en la superación del actual sistema de categorías, en tanto responde sólo a criterios económicos. Dicho sistema –se dice– debería especificar las funciones y cargas de trabajo en relación con cada categoría, debiendo tenderse a la homogeneidad en los ratios de Fiscales de segunda y tercera categoría en las distintas Fiscalías.

Por lo tanto, las disfunciones que refleja el Libro Blanco en esta materia no pueden servir de excusa para la supresión de las categorías, sino para una



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

racionalización de las mismas en función de los criterios que se acaban de exponer.

La supresión de las categorías en la Carrera Fiscal que prevé la Disposición Adicional Segunda comportaría el establecimiento de una sola categoría, siendo de suponer que su denominación sería la de Fiscal. Se plantea así la cuestión de que si los Jueces pueden utilizar a efectos honoríficos la denominación de Magistrado cuando alcancen la antigüedad de seis años (art. 341), ¿cuál sería el tratamiento que podrían utilizar los Fiscales con tal tiempo de servicios en la Carrera Fiscal?

El artículo 51 EOMF establece que Los miembros del Ministerio Fiscal tendrán derecho al cargo y a la promoción en la Carrera, lo cual ha venido entendiéndose como el derecho de los Fiscales a ejercer sus funciones en un determinado puesto de trabajo acomodado a su categoría, el derecho al ascenso a las categorías superiores, al cambio de destino conforme a los mecanismos legales previstos y a no ser removidos forzosamente del cargo que sirven.

En definitiva, se considera desacertada la supresión de las categorías en las Carreras Judicial y Fiscal.

Una carrera profesional no puede ser plana y alejada de toda expectativa de promoción. Además, en relación a la primera categoría, hay que añadir que si bien los Magistrados del Tribunal Supremo no perderán dicha categoría salvo decisión voluntaria del concursar a otra plaza, los Fiscales de Sala que pertenecen a la categoría primera de la Carrera Fiscal, perderían la misma a los 5 años de no procederse a su renovación.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

TÍTULO II

Ingreso en la carrera judicial

El Título II regula el ingreso en la Carrera Judicial, dividiéndose en cinco capítulos (artículos 306 a 328).

Capítulo I Disposiciones comunes

Con carácter general cabe señalar que la sentencia dictada en el recurso 644/2012 de la sección séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, ha puesto en cuestión la parca regulación del contenido básico de las normas por las que se regula la oposición para ingreso en la Carrera Judicial y Fiscal. Aunque es cierto que debería ser reglamentariamente donde se establecieran esos principios básicos, la urgencia de la regulación haría aconsejable que algunos de los principios que en la sentencia se citan como necesitados de regulación se incorporaran al Anteproyecto. Más concretamente, como el Tribunal Supremo apunta, las pautas objetivas discernibles para su regulación reglamentaria, ya que en la Ley Orgánica no hay previsión ni directa ni indirecta del sistema de puntuaciones ni de la homogenización de puntuaciones en el caso de constitución de varios tribunales.

En el artículo 306 se propone que, como en la redacción actualmente vigente (art. 301.1), se especifique que la capacidad de los aspirantes para el ingreso en la Carrera Judicial lo sea para el ejercicio de la función jurisdiccional.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Refunde el art. 307, como requisitos para el ingreso en la Carrera Judicial, parte de los requisitos previstos en los art. 302 y 303 actuales que diferenciaban los requisitos para concurrir a la oposición y los supuestos de incapacidad para el ingreso en la Carrera Judicial.

En este artículo no se incluyen como motivos incapacitantes para el ingreso en la Carrera Judicial los impedimentos físicos y psíquicos para el desempeño de la función judicial. Respecto de estos últimos, parece que no resulta lógico que existiendo la previsión de una prueba psicotécnica (art. 316) a la que se dota de un carácter eliminatorio -de manera que la no superación de la misma impide el acceso a la Carrera- no se incluyan las deficiencias psíquicas que invaliden para el ejercicio de la función jurisdiccional entre los presupuestos para el ingreso en la Carrera.

Por otra parte, resulta evidente que determinadas deficiencias físicas impiden el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional, si bien otras podrían ser soslayadas con conocimientos específicos, por lo que se precisaría mayor concreción y una profunda y detallada regulación de esta materia para evitar que el CGPJ tenga que resolver cada caso concreto que le sea sometido.

Capítulo II

Ingreso en la carrera judicial mediante oposición

En el art. 308.1 debería establecerse expresamente que el curso de selección debe ser teórico- práctico, tal y como se recoge en la actual LOPJ.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Artículo 308.2 equipara, a efectos de concurrir a la oposición libre, la licenciatura en Derecho y el Grado en Derecho u otro título universitario de Grado equivalente. Se considera favorable la equiparación del Grado en Derecho a la Licenciatura. Frente a algunas tesis que optaban por exigir, además del Grado, la titulación de un máster de contenido jurídico, parece razonable considerar suficiente la obtención del Grado, más la superación de las pruebas selectivas, que por su rigor, especificidad, exigencias de preparación y dedicación, son en realidad mucho más que un máster.

Sin embargo, resulta de gran inconcreción y de cierta inseguridad jurídica la equiparación con el título de Licenciado en Derecho y Graduado en Derecho, la posesión de otro título universitario de Grado equivalente, ya que se exige acreditar la titulación después de superar el periodo de oposición, antes de ingresar en la Escuela Judicial, y sería en ese momento cuando habría que valorar la citada equivalencia.

De la redacción del apartado primero del artículo 310 se deduce que las oposiciones para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal pueden desarrollarse de forma separada, apartándose así de la obligatoriedad de la convocatoria conjunta de ambas oposiciones que se contiene en la actual redacción del art. 301.4. Dicha posibilidad se desliza en otros preceptos del articulado proyectado y así, en el art. 311.1 al regular la Comisión de Selección o en el art. 312. 1 al regular las funciones que corresponden a dicha Comisión.

En cualquier caso, la convocatoria separada en un mismo año de las dos oposiciones puede llevar, como en otros tiempos quedó acreditado, a situaciones altamente perjudiciales, por coincidencia de los candidatos que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

optaban a una y otras plazas. Sin embargo, la celebración conjunta ha supuesto una reducción de costes, una homogeneización en la preparación de ambas oposiciones y una reducción de las plazas que quedaban vacantes por la superación de ambos procesos por las mismas personas.

Por otro lado en el Anteproyecto no se regula cual sería el sistema por el que se desarrollarían aisladamente las pruebas para ingreso en la Carrera Judicial, ya que toda la regulación contempla el desarrollo conjunto.

Por lo tanto, resulta aconsejable el mantenimiento en todo caso del actual sistema de oposición conjunta.

En relación al art. 310 estimamos que la supeditación de las plazas a convocar a los presupuestos Generales del Estado deja sin asegurar la cobertura de las vacantes que se produzcan, por lo que debería establecerse obligatoriamente las reposiciones de esas plazas, limitando a criterios económicos sólo las de nueva creación.

Con el fin de evitar la convocatoria de plazas por encima de lo establecido en el artículo 310.1, así como la existencia prolongada de Jueces sin plaza, convendría añadir un segundo párrafo del siguiente tenor: *Para cada convocatoria se acompañará un estudio justificativo del número de plazas convocadas de acuerdo a lo indicado anteriormente, descontando la cuarta parte de las plazas que se reservan para el concurso de méritos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 322, y un número igual al de los Jueces de la anterior oposición que todavía estén sin plaza.*

El artículo 311 regula la definición y composición de la Comisión de Selección, estableciendo que forman parte de la misma un Juez con destino



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

en el Tribunal Supremo y un Fiscal de Sala junto con el resto de vocales que el precepto menciona. No parece en principio que exista una razón clara que justifique la pertenencia a la primera categoría de los miembros de la Comisión de Selección, por lo que se propone que dichos vocales sean un Juez y un Fiscal. En caso de optar porque sea un Juez del Tribunal Supremo el Fiscal podrá ser Fiscal del Tribunal Supremo o Fiscal de Sala.

Se propone mejorar la definición de la Comisión de Selección que se contiene en el apartado primero y sustituir el término de órgano creado “para la gestión de las Carreras Judicial y Fiscal” por el de “para la gestión de la oposición de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal”.

Se establece la competencia del Consejo General del Poder Judicial y del Fiscal General del Estado para la designación del Juez y del Fiscal que forman parte de la Comisión de Selección, pero nada se dice acerca de a quien corresponde la designación del Vocal del Consejo o al Fiscal de Sala que han de presidir la citada Comisión de Selección. Tampoco se especifica quien ha de designar al Letrado del CGPJ y al funcionario del Ministerio de Justicia que han de intervenir como secretarios.

Se observa un error material en el apartado segundo de este artículo, pues en el mismo se menciona el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, que es la denominación de dicho organismo con anterioridad al actual estatuto aprobado mediante Real Decreto 1276/2003, pasando desde entonces a denominarse Centro de Estudios Jurídicos.

Regula el artículo 312 las funciones de la Comisión de Selección, dentro de las cuales llama la atención la que se contempla en el apartado cuarto,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

relativa a la proposición del contenido y modo de realización de la prueba psicotécnica a la que se refiere el artículo 316. Sin perjuicio de abordar más adelante la oportunidad y conveniencia de tal prueba, sí resulta interesante llamar la atención acerca de la atribución de una función que excede claramente de las funciones de la Comisión de Selección. La razón es clara: los miembros de la Comisión de Selección no son expertos en psicología ni en la técnica de elaboración de pruebas psicotécnicas, por lo que difícilmente pueden elaborar una prueba con el debido rigor científico. El auxilio de profesionales sobre la materia se impone a todas luces. La Comisión deberá estar debidamente asesorada por un grupo de expertos en Psicología, estableciendo la metodología para el desarrollo de la prueba psicotécnica, orientada a detectar aquellas patologías incompatibles con el ejercicio de las funciones judiciales y fiscales.

Por lo tanto, este precepto debe completarse en el sentido de que la proposición de la prueba psicotécnica por la Comisión de Selección deberá realizarse con el debido asesoramiento técnico de profesionales de la Psicología.

En el apartado 6 de este mismo artículo 312, se advierte el mismo error detectado en el artículo anterior, en cuanto a la correcta denominación del Centro de Estudios Jurídico.

Asimismo debe suprimirse la previsión de convocatoria al menos bianual "siempre que exista previsión en la ley de presupuestos generales del Estado" dado que en caso contrario no existirá obligación alguna de convocatoria y por tanto la previsión legal bianual devendría ilusoria y



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

quedaría a expensas de dicha previsión. La convocatoria al menos bianual debe ser obligatoria.

La aprobación del temario de la oposición debe incluir a la Fiscalía General del Estado. La aprobación por parte del Ministerio de Justicia no puede suponer la preterición de la Fiscalía General del Estado. Es absurdo que para seleccionar a los jueces y fiscales el temario debe aprobarlo el Ministerio de Justicia y el Pleno del CGPJ y la FGE no tenga ni voz ni voto para seleccionar a los integrantes de la carrera fiscal.

No existe razón alguna a la aprobación por el Ministerio de Justicia pero menos aún para la exclusión de la FGE.

El artículo 313 regula el régimen de los acuerdos que adopte la Comisión de Selección y las decisiones del Ministerio de Justicia y del Consejo General del Poder Judicial, así como el sistema de recursos. Consideramos que en el apartado 3 de este precepto debe hacerse referencia a la FGE.

Queda sin resolver uno de los puntos más relevantes de la cuestión y es qué ocurre cuando las decisiones del Ministerio del Justicia y del Consejo General del Poder Judicial no son conjuntas y sobre todo cuando son discrepantes, lo que puede provocar un bloqueo en el funcionamiento de la Comisión de Selección y del conjunto del proceso selección.

A la hora de regular el Tribunal calificador de la oposición, el artículo 314 señala que dos de los vocales Jueces estén destinados en el Tribunal Superior de Justicia. No parece que la condición de Juez del Tribunal Superior de Justicia por sí sola justifique la participación en el Tribunal



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

calificador, siendo más acorde la redacción del actual artículo 304 al exigir que dichos vocales ostenten la categoría de Magistrado.

Por todo lo cual, se propone que los vocales del Tribunal calificador de la oposición sean Jueces sin mención al órgano jurisdiccional al que pertenezcan.

El artículo 314.2 modifica el nombramiento de los miembros del Tribunal para establecer que el Presidente se designará a propuesta de quien presida la Comisión de Selección, mientras que los Jueces y Fiscales se designarán a propuesta del Consejo General del Poder Judicial y del Fiscal General respectivamente. Parece más razonable mantener que la designación del Presidente se siga residenciando en la Comisión de Selección a propuesta conjunta del Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Fiscal General del Estado.

En relación con el artículo 315.3 cabe señalar que en la actualidad el curso de selección tiene una duración cercana a los dos años, claramente excesiva, por lo que se considera conveniente dejar a criterio del CGPJ y de la Escuela Judicial la duración, pero fijando legalmente no solo un plazo mínimo de 15 meses sino también un plazo máximo (que podría ser de 18 meses). De igual modo debe reducirse el periodo de formación teórica dado que de dicha formación teórica está suficientemente garantizada con la superación de la fase de oposición.

Asimismo sería conveniente establecer la necesidad de formación conjunta, con materias troncales y la necesidad de efectuar practicas en Juzgados (los fiscales) y en Fiscalías (los jueces).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El apartado 5 del artículo 315 atribuye a los Jueces durante el período de la Escuela Judicial la condición de Jueces en prácticas. El vigente artículo 306.3 establece que los que hubiesen superado la oposición como aspirantes al ingreso de la Carrera Judicial tendrán la consideración de funcionarios en prácticas.

Parece aconsejable mantener la redacción vigente que atribuye a los aspirantes una condición jurídica que contempla el estatuto de la función pública. Su supresión conllevaría a una situación personal en el período de la Escuela marcada por la indefinición. En relación a la Carrera Fiscal, al guardar silencio en este punto la Ley, resulta aconsejable que se contemple una referencia a la situación jurídica que correspondería a los aspirantes en el período teórico-práctico y de prácticas tuteladas, así como si resulta aplicable o no en dicho período el Estatuto Básico de la Función Pública.

El artículo 316 bajo el título de prueba psicotécnica, dice:

- 1. Una vez superada la oposición y el curso de selección en la Escuela Judicial, los alumnos se someterán a una prueba psicotécnica con la exclusiva finalidad de permitir la detección de trastornos psicológicos, de la personalidad o de la conducta que les incapaciten para el ejercicio de la función jurisdiccional.*
- 2. A la misma prueba psicotécnica se someterán quienes habiendo superado la oposición pretendan el ingreso en la Carrera Fiscal.*
- 3. El contenido y modo de realización de las pruebas psicotécnicas se determinará, a propuesta de la Comisión de Selección, por decisión conjunta del Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia. Esta*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

regulación será incluida en la convocatoria de la oposición, junto con la composición y normas de funcionamiento del Tribunal que deba evaluar dichas pruebas. En la composición de este Tribunal se garantizará la presencia de expertos cualificados en la materia.

4. *El resultado de las pruebas se comunicará por el Tribunal a la Escuela Judicial, cuyo Director propondrá a la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial la exclusión del ingreso en la Carrera Judicial de aquellos alumnos que no hayan superado las mismas.*

Se trata de una novedosa prueba sin precedentes en nuestro tradicional sistema de selección de Jueces y Fiscales. Reclamada por algún sector doctrinal, la posibilidad de introducir una prueba de tales características sólo se había planteado desde un punto de vista teórico. El planteamiento “oficial” de la misma no tiene lugar sino hasta que el Grupo de estudio de los modelos de acceso a la Carrera Judicial del Consejo General del Poder Judicial elaboró en diciembre de 2010 un estudio que pretendía analizar en profundidad el actual sistema de acceso a la Carrera Judicial. Dicho grupo de trabajo, integrado por Magistrados, Jueces, Fiscales, Catedráticos de Universidad y representantes del Ministerio de Justicia formuló varias propuestas, dentro de las cuales se incluía la posibilidad de introducir una prueba psicológica, en los siguientes términos: *Antes del ingreso en la Escuela Judicial o en el Centro de Estudios Jurídicos, podrá realizarse una prueba sobre personalidad y aptitud para el desarrollo de las funciones judiciales o fiscales, mediante un sistema que se definirá reglamentariamente.*

La realización de una prueba de tales características, a la que se otorga un carácter decisorio, pues la no superación de la misma impide el acceso a la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Carrera Judicial y Fiscal, puede provocar una reacción inicial de rechazo. No obstante, un análisis pausado de los efectos que la misma puede producir en el proceso de selección, permite llegar a una valoración positiva de la misma, siempre que se lleve a cabo con las debidas cautelas.

Si en la mayoría de las profesiones existe una prueba psicotécnica para acceder a ellas, la de Juez o Fiscal no puede ser una excepción. Es más, al estar en juego derechos fundamentales como la libertad, el honor, etc, se hace más acuciante que quien decide sobre tales cuestiones esté en pleno uso de sus facultades mentales. Y es que tanto en el caso del Juez como del Fiscal el deber de razonar sus resoluciones en el primer caso y de sus informes en el segundo, exige una plenitud de facultades mentales. Ciertas patologías que en otras profesiones no incapacitarían para su ejercicio, sí adquieren dicho efecto invalidante para el desempeño de la función jurisdiccional. Y es aquí precisamente donde se debe acentuar la orientación de la prueba psicotécnica: la misma debe estar orientada a detectar, no cualquier patología, sino aquella que sea incapacitante para el ejercicio de la función jurisdiccional en el caso de los Jueces. En este sentido, el Libro Blanco de la Justicia elaborado por el Consejo General del poder Judicial en 1998 sugería que la valoración de la capacidad de Jueces y Magistrados no se atenga a criterios generales, sino que sea *siempre analizada en relación con la función jurisdiccional*.

Parece que el prelegislador, en una decisión de última hora, decide extender el carácter obligatorio de dicha prueba a los Fiscales y los Letrados al Servicio de la Administración de Justicia, pues al establecer la prueba psicotécnica para dichas Carreras omite que la misma esté orientada a la detección de trastornos psicológicos, de la personalidad o de la conducta



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

que les incapaciten para el ejercicio de las funciones que respectivamente tienen encomendadas.

La objetividad y la imparcialidad deben garantizarse en la realización de dicha prueba, desterrando la posibilidad de que se convierta en un filtro ideológico. Por ello, resulta acertada la previsión normativa de que debe ser un tribunal al que le corresponde realizar la evaluación, el cual deberá estar integrado por expertos cualificados e impuestos de las funciones a desempeñar por sus examinandos. No obstante, la trascendencia de las decisiones que tome el tribunal parece requerir alguna precisión mayor sobre su composición, así como el método de designación de los mismos.

La existencia de no solo una, sino de varias pruebas que incluyan entrevistas personales, contribuirá a reforzar dichos principios rectores de objetividad e imparcialidad. Finalmente, resulta fundamental articular un procedimiento para la revisión de la evaluación que realice el tribunal médico en el supuesto de que su dictamen sea desfavorable para el candidato, revisión que debería realizarse ante un tribunal distinto.

Con el sistema de ingreso en la Carrera Judicial se garantiza adecuadamente el mérito y la capacidad del aspirante en la selección del modelo de Juez constitucional, desde el momento en el que la fase de la Escuela Judicial es también selectiva, como dispone el artículo 315.

En relación al apartado tercero del art. 316, debe darse participación a la Fiscalía General del Estado en la toma de decisión del contenido y modo de realización de las pruebas psicotécnicas



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Se establece además que en la convocatoria se fijará la composición del Tribunal de Evaluación, por lo que su composición podrá variar en cada convocatoria, lo cual puede resultar arbitrario y contraproducente. Debería concretarse expresamente en la LOPJ su composición. Además la expresión “expertos cualificados en la materia” es imprecisa, adoleciendo el texto de un inconcreción no deseable, por lo que debería determinar qué tipo de expertos y en qué materias.

Resulta perfectamente posible sin embargo, que un candidato pueda superar la fase de oposición con unos conocimientos jurídicos incompletos o unas capacidades o aptitudes intelectuales inadecuadas, dado que en esta fase los tribunales no pueden detectar siempre y en todo caso dichas deficiencias. De manera que la Escuela Judicial debe paliar estas insuficiencias y servir de filtro, esto es, el lugar donde se acrediten adecuadamente el mérito y la capacidad exigibles para el ejercicio de la función jurisdiccional. Por tanto, se considera oportuno que el precepto incluya la necesidad de informe previo a la realización de la prueba por parte de la Escuela Judicial.

Por lo expuesto, resulta acertado el momento fijado para la realización de la prueba psicológica, que es una vez superada la oposición y *el curso de selección en la Escuela Judicial*. El carácter selectivo de la Escuela Judicial así lo impone, como se ha señalado. Por otra parte, el curso de la Escuela Judicial puede ser el ámbito idóneo donde la existencia de determinadas patologías puedan ser detectadas.

Y la misma ubicación temporal debería tener la realización de la prueba psicotécnica de los aspirantes a ingreso en la Carrera Judicial mediante el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

concurso de méritos, pues injustificadamente el artículo 327.3 la sitúa antes del ingreso en la Escuela Judicial, por lo que se propone que, al igual que en el sistema de oposición libre, se realice después del período de estancia en la Escuela Judicial.

Respecto a los aspirantes a ingresar en la Carrera Fiscal, el Anteproyecto guarda silencio al respecto, señalando el apartado 2 del artículo 316 que *A la misma prueba psicotécnica se someterán quienes habiendo superado la oposición pretendan el ingreso en la Carrera Fiscal*, por lo que debe entenderse que se realizará después del período formativo del Centro de Estudios Jurídicos.

Pero la existencia de la prueba psicotécnica de poco sirve cuando las patologías invalidantes para el ejercicio de la profesión debutan durante el ejercicio de la misma. Por ello, sería necesario articular un sistema propio de causas de incapacidad para Jueces y Fiscales, con unidades evaluadoras específicas y con un período transitorio en el que la repercusión en sus retribuciones tenga un impacto menor en el caso de que sean declarados incapacitados.

Una breve incursión en los países de nuestro entorno permite ver que en algunos de ellos se articula una prueba de tales características. Así en Francia, antes del ingreso en la Escuela Judicial existe una entrevista personal del candidato con un jurado en la que se realiza una prueba elaborada por un psicólogo, el cual emite una nota complementaria sobre las aptitudes y que se notifica al candidato, quedando abierta la posibilidad de una segunda prueba.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En Portugal, también está prevista la prueba psicológica, tras la cual se emite un informe que puede ser favorable o desfavorable con la posibilidad de una revisión en este último caso.

En Bélgica está prevista una prueba cognitivo-analítica y un cuestionario de personalidad.

En Holanda las pruebas psicotécnicas consisten en una entrevista con un psicólogo, junto con otro tipo de pruebas orientadas a evaluar la inteligencia, el comportamiento y las habilidades sociales, integridad, capacidad de expresión, así como el tiempo en la toma de decisiones.

Igualmente en Austria se regula una prueba psicológica y un examen escrito antes de dar comienzo a la formación inicial.

En relación a los art. 317 y 318, carece de sentido y utilidad tras el ingreso en la carrera obligar a los jueces a pasar una fase de un año como juez adjunto. El anteproyecto no hace sino consagrar de forma legal y obligatoria la penosa situación de los nuevos miembros de la carrera judicial que se ven abocados únicamente al nombramiento como Jueces adjuntos. Si, de acuerdo con el art. 310 la convocatoria debe incluir las plazas vacantes, al finalizar el proceso de selección y el curso teórico práctico existirán los órganos judiciales vacantes, por lo que no tiene sentido no ofertar dichas plazas vacantes directamente a los jueces salidos de la Escuela Judicial. Esta posibilidad sólo debería aplicarse cuando no existieran plazas vacantes.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Capítulo III

Otras formas de ingreso en la carrera judicial

El Capítulo III, que comprende los artículos 319 y 320, aborda el ingreso de los miembros de la Carrera Fiscal mediante las pruebas selectivas de excelencia y de especialización en los distintos órdenes jurisdiccionales, exigiéndose el requisito de cuatro años de antigüedad, frente a los dos años que establece el actual artículo 311.2, que es el mismo requisito temporal exigido para los Jueces (Art. 329.4). La superación de las pruebas comportará el reconocimiento de tres años de antigüedad. Sin embargo, el borrador de la LOPJ establecía en su artículo 306.6 que los miembros de la Carrera Fiscal que superaren dichas pruebas se les reconocerá la antigüedad que tuvieran reconocida en la Carrera Fiscal. Se propugna esta solución como más acorde. En efecto, si una parte de los Jueces especialistas se nutre de miembros de la Carrera Fiscal, cuya oposición es la misma que para la Carrera Judicial, no existen motivos para que el tiempo transcurrido durante el ejercicio de las funciones de Fiscal no se computen tras el ingreso en la Carrera Judicial.

Se propone por lo tanto la redacción original del borrador, a cuyo tenor *Los Fiscales que superen las pruebas selectivas ingresarán en la Carrera Judicial y se les reconocerá en ésta la antigüedad que tuvieran reconocida en la Carrera Fiscal.*

Capítulo IV

Ingreso en la carrera judicial mediante concurso de méritos

El capítulo IV abarca los artículos 321 a 327.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Se mantiene el acceso colateral a la Carrera Judicial para profesionales del Derecho que superen el correspondiente concurso de méritos (el denominado cuarto turno). La regulación contenida en el Anteproyecto es sustancialmente igual a la vigente en esta materia con la salvedad, claro está, que actualmente esta vía de acceso a la Carrera Judicial está prevista para el ingreso con la categoría de Magistrado.

La LOPJ de 1985 recuperó en su artículo 311 la incorporación de juristas de reconocido prestigio a la categoría de Magistrado, como vía de incorporación de abogados y profesores universitarios, con más de diez años de ejercicio profesional e instaurando la modalidad del concurso de méritos. Las sucesivas reformas introducidas por las leyes 16/1994 y 19/2003 introdujeron cambios de calado en esta materia.

La relación de méritos para acceder a la Carrera Judicial por este método se mantiene. No obstante, se suprime el mérito de haber aprobado alguno de los ejercicios que integren las pruebas de acceso por el turno libre a la Carrera Judicial (art. 313.2, apart. j), entendiéndose que carece de justificación la supresión del reconocimiento oficial de la superación de uno de los ejercicios que integran la oposición.

Se reproducen aquí las consideraciones expuestas acerca de las pruebas psicotécnicas.

El curso de formación en la Escuela Judicial para los aspirantes a ingreso por concurso de méritos al que se refiere el art. 327 no dispone de un mínimo ni un máximo de duración; debe incluirse expresamente la previsión



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

legal que el curso para los mismos tendrá la misma duración que para el sistema de oposición libre y que será teórico- práctico. Por otro lado no tiene justificación que la persona que ingresa por oposición libre tenga que realizar las pruebas psicotécnicas al finalizar el proceso de selección y el que ingresa por este turno con anterioridad al ingreso en la Escuela Judicial.

Resulta positiva la supresión del denominado turno autonómico que contempla el vigente artículo 330.4 para el nombramiento de una de cada tres plazas vacantes que se produzcan en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Los redactores del Anteproyecto, haciéndose eco de las críticas que tal sistema de nombramiento había provocado -de intromisión del poder legislativo autonómico en el poder judicial estatal llegó a calificarse- deciden suprimirlo.

Capítulo V

Ingreso en la carrera judicial mediante nombramiento directo entre juristas de prestigio

El capítulo V está integrado por un solo artículo, el 328.

Las novedades estriban en la exigencia de veinte años de ejercicio profesional, en lugar de los quince actuales para acceder a la Carrera Judicial con destino en el Tribunal Supremo y, por otra parte, en el requisito de superación de la prueba psicotécnica que ha sido tratado anteriormente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

TÍTULO III

En el art. 329, relativo a las pruebas de excelencia y especialización, ha desaparecido la especialidad de Menores y, al igual que en civil, se regula la especialidad mercantil y en contencioso, la de tributario. En penal se entiende que debería subsistir la de Menores ya que ninguna otra podrá encontrar mayor justificación por la materia que trata y porque siguen existiendo los Jueces de menores. No solo no debería desaparecer la especialidad sino que debería haberse creado en civil la de Juez de familia. Por las materias tratadas parece que al prelegislador solo le afectan criterios económicos, tan repetidos en la Exposición de Motivos.

En relación al art. 330, y consonancia con la naturaleza de las pruebas selectivas y con la presidencia del tribunal calificador por el Presidente de la Sala del TS correspondiente al orden de las pruebas, el Fiscal debe ser Fiscal de Sala o Fiscal del Tribunal Supremo y preferentemente Fiscal adscrito a la Sala del TS correspondiente al orden de las pruebas.

TÍTULO VI

Provisión de plazas en los Tribunales

El Título VI se divide en siete capítulos y comprende los artículos 342 a 376.

Art. 342 apartado 7, aunque mantiene idéntica redacción al actual texto, consideramos que debe suprimirse. Es injustificable que las plazas vacantes no se saquen a concurso entre los miembros de la carrera y que se cubran por medio de suplentes.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Debe suprimirse, en lógica consonancia con lo propuesto, la expresión *"salvo lo dispuesto en el artículo 342.7"* del art. 343.2 y consagrar así la obligatoriedad de ofertar todas las plazas vacantes a la carrera sin excepción.

El artículo 350 prevé la posibilidad de que los Jueces candidatos a presidir cualquier Tribunal puedan ser convocados ante el Pleno del Consejo General del Poder judicial a una comparecencia pública con el fin de explicar y defender su currículum y, en su caso, su programa de actuación.

Se establece en el art. 351.1.e como causa de cese de los Presidentes de los Tribunales la pérdida de confianza, lo que viene a confirmar el carácter discrecional de su cargo; por tanto, sería conveniente que se clarificara en qué consiste esa pérdida de confianza pues puede afectar sus funciones jurisdiccionales y el concepto de juez natural.

Los artículos 355 a 360, consagrados a la provisión de plazas en el Tribunal Supremo, contienen una regulación más detallada y garantista del procedimiento para el nombramiento de los Jueces del Tribunal Supremo.

En el Capítulo V la Sección relativa a los concursos figura como segunda, debiendo en realidad figurar como primera.

Sobre el art. 368, lamentamos que el número de plazas que se cubren discrecionalmente aumente de modo considerable, acabando con el único supuesto de manifestación "democrática" en los nombramientos, la figura de los Decanos desaparece y en su lugar los Presidentes, tanto de los Tribunales Provinciales como de sus Salas, se nombran discrecionalmente y



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

no olvidemos que en aquellos lugares de menos de 20 miembros el nombramiento es automático a favor del más antiguo. Se denota una mayor jerarquización, en contra de lo que la propia Exposición de Motivos recoge como un deseo, acabar con rasgos de jerarquización.

Por su parte, en el último precepto de este Título, artículo 376, al regular los refuerzos, permite la adjudicación de un refuerzo a uno de los componentes del Tribunal de instancia, sin hacer mención a su voluntad, y además se puede fijar el refuerzo con carácter permanente, lo que casa mal con la garantía de inamovilidad que debe regir la actuación judicial.

TÍTULO VII

Situaciones administrativas de los Jueces

El Título VII (artículos 377 a 402) está dedicado a regular las situaciones administrativas de los Jueces. Dicha regulación no difiere sustancialmente de la vigente.

No se encuentra justificación alguna al apartado f del art. 380 como un supuesto de situación de servicios especiales, por lo que se debe optar por su supresión.

Conviene reseñar que de manera acertada, tanto el nombramiento para cargos políticos o de confianza como la presentación como candidato en elecciones para acceder a cargos públicos representativos en elecciones parlamentarias o municipales, da lugar a la excedencia voluntaria (artículo 386.1,f), pues en la regulación vigente el nombramiento para cargo político provoca la situación de servicios especiales (artículo 351, apart. f), mientras



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

que la presentación de candidatura a las elecciones conducía a la situación de excedencia voluntaria (art. 356, f).

Por otra parte, no se incluye aquí, ni tampoco dentro de las causas de abstención de los artículos 185 y 186, el motivo de abstención que de manera contundente establece el vigente art. 351, f), que señala que *En este caso, así como en el supuesto previsto en la letra f) del artículo 356, los Jueces y Magistrados, y los funcionarios de otros Cuerpos, que reingresen en la Carrera correspondiente, deberán de abstenerse de conocer de los asuntos concretos vinculados con su actividad política.*

Se propone por lo tanto la inclusión de tal causa de abstención. Por razones sistemáticas su ubicación natural debiera ser dentro de las causas de abstención.

Asimismo se propone la supresión del apartado f/ del art. 380 por no tener justificación alguna.

Por otro lado la excepción del artículo 381.2 que supone en algunos supuestos la pérdida de plaza en el Tribunal Supremo puede ser discriminatoria respecto a los miembros de otros Tribunales. No se comprende por qué un Juez del Tribunal Supremo pierde su plaza en dicho Tribunal si pasa a situación de servicios especiales para realizar una misión internacional de un año y en cambio un Juez de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior no. Igualmente en el apartado 2 del art. 383 se afirma que los jueces en situación de servicios especiales tendrán derecho a reserva de plaza en el Tribunal en el que estén destinados al pasar a dicha



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

situación o a la que puedan obtener durante su permanencia en la misma, pero sin recoger excepción alguna, lo que provoca una antinomia legal.

Se advierte un error material en el artículo 386, ya que el mismo comienza con el ordinal 1., siendo así que no existe en su redacción ningún otro ordinal, por lo que debería suprimirse el mismo.

El reingreso en el servicio activo de los Jueces en situación de excedencia voluntaria exige, según el artículo 391, la correspondiente declaración de aptitud en todo caso. Se estima más conforme que dicha declaración de aptitud se aplique solo en aquellos casos que, como en la actual regulación, el período de excedencia voluntaria se haya extendido por más de diez años.

Puede asimismo en el art. 393 existir una contradicción entre los apartados 2º y 4º ya que según el apartado 2º la reserva de puesto de trabajo puede llegar hasta los 18 meses por prórrogas justificadas, pero parece que el apartado 4 no lo permite; por tanto se propone que al final del apartado 4º se añada..”con la excepción prevista en el párrafo 2º”.

Se detecta en el artículo 394.1 una errónea remisión al artículo 409, cuando en realidad dicho artículo debiera ser el 413, que es el que regula los casos en se puede acordar la suspensión.

Las licencias y permisos son objeto de regulación en el Título VIII, que comprende los artículos 403 a 408.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Los cuatro días de permiso para asuntos propios que se prevén en el art 405.4 son claramente insuficientes. Debería volverse al sistema anterior de seis permisos de tres días, incluyendo tanto días de asuntos propios como para el estudio de causas de complejidad previsto en el art. 405.8

El inciso final del Art. 405.5 “en cuyo caso será de cinco días hábiles” debería suprimirse, ya que existe un defecto de redacción, pues se repite en dos ocasiones que el plazo será de cinco días hábiles.

Tan sólo cabe destacar la ampliación del permiso de paternidad por nacimiento, acogimiento o adopción por un período de cuatro semanas, frente a los quince días que se contemplan en el actual artículo 373.6.

En este punto conviene hacer una referencia a la necesidad de regular las licencias y permisos para participar en actividades internacionales, toda vez que cada vez es más habitual la participación de Jueces (y Fiscales) en actividades de cooperación al desarrollo, -consultorías o asistencias internacionales-. La frecuencia de estas actividades y la dificultad de encaje adecuado en alguna de las previsiones actuales de licencias, aconsejarían una regulación más concreta y específica y sobre todo adecuada desde el punto de vista retributivo.

La participación en estas actividades, como se deduce de su propio nombre, no son propias de una licencia para realizar estudios prevista en el art. 407.2. Estas licencias parecen tener un límite general de 20 días en el art. 405.3, sin embargo el 407.2 permite una mayor duración sea cual sea la materia de estudio. Desde el punto de vista retributivo estas licencias mantienen exclusivamente el derecho a las retribuciones básicas cuando se



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

trate de estudios no relacionados con la función y ninguno cuando se trate de otro tipo de estudios o cuando superen los 20 días previstos en el art. 405.3.

No parece tampoco que estas actividades internacionales deban autorizarse mediante de comisión de servicio, ya que la regulación de las comisiones de servicio está prevista en el *RD 462/2002 de 24 de mayo sobre indemnización por razón de servicio* y debería por tanto entenderse restringidas a la regulación de los traslados para actos relacionados con el ejercicio de la función y solo cuando ello supone un desembolso económico por parte del Ministerio de Justicia a quien corresponde abonar todos, o una parte al menos, de los gastos del transporte, alojamiento, manutención o dietas.

La cuestión no es en absoluto baladí desde el punto de vista económico y presupuestario además del puramente ético. Sin embargo, debe repararse que la importante cantidad de las actividades en que se actualmente se participa en este ámbito internacional, especialmente consultorías en el área de cooperación al desarrollo, están financiadas completamente por la Institución española o extranjera, organismo internacional o incluso empresas que han obtenido la licitación de los organismos internacionales. Estas abonan al Juez consultor, no solo los gastos sino además honorarios más que suficientes para retribuir la tarea realizada. La situación que actualmente se produce es que el Juez se desplaza un mes o más, con una comisión de servicio, que le permite seguir percibiendo el sueldo completo por un trabajo que obviamente no está realizando además de los honorarios por la consultoría de que se trate. Más oneroso aun supone para la administración española cuando las ausencias para la realización de estas



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

actividades se suplen con sustituciones, internas o externas. El Ministerio de Justicia en realidad estaría pagando dos veces por el mismo puesto de trabajo y el Juez o Magistrado que participa en la actividad de consultoría internacional estaría percibiendo retribuciones por la actividad que efectivamente realiza y por aquella que corresponde al puesto que no se encuentra ejerciendo en ese periodo de tiempo.

Por ello, parecería necesario prever un nuevo tipo de licencia específica para la participación en consultorías o asistencias internacionales que permitiera al Juez o Magistrado (y en lo que sea aplicable al Fiscal) participar en estas misiones internacionales que, cuando sean de duración superior a 20 días y que cuando estén debidamente remuneradas, no deberían suponer percepción de haberes o, en todo caso, la percepción exclusivamente del salario básico, sin perjuicio obviamente del mantenimiento de todos los derechos relativos a la seguridad social.

Bajo el enunciado *Garantías de la independencia judicial y régimen de formación y asociación de los Jueces* del Título IX, se regulan las situaciones que provocan la pérdida de la condición de Juez, las incompatibilidades y prohibiciones, la inmunidad judicial, el régimen de asociación profesional, la independencia económica, la formación continua y el Centro de Estudios Jurídicos, dividiéndose en un total de siete capítulos, entre los artículos 409 a 438.

Sería necesario añadir en el art. 413, apartado b), al regular los supuestos de suspensión, el dictado de auto de procesamiento” o cualquier otro que produzca similar efecto”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Conviene destacar que se excluye la intervención del Ministerio Fiscal en trámite del expediente en que se acuerde la pérdida de la condición de Juez, intervención ésta que sí contempla el vigente artículo 379.2. Resulta incongruente esta exclusión, pues por ejemplo, en el procedimiento de suspensión se prevé la audiencia del Ministerio Fiscal (artículo 414.1). Por lo tanto, se propone que se incluya la intervención del Ministerio Fiscal en la tramitación del expediente relativo a la pérdida de la condición de Juez.

En lo concerniente a las incompatibilidades, resulta novedosa la prohibición al Juez consignada en el artículo 423, relativa al desempeño de la función jurisdiccional en las Salas de Tribunales donde ejerzan habitualmente como *Graduado Social* su cónyuge o persona con la que mantenga una situación de hecho equivalente, o un pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad (apart. 1), así como en un Tribunal de Instancia en que hayan ejercido de Graduado Social en los dos años anteriores a su nombramiento. Debe valorarse positivamente tal incompatibilidad. Los Graduados Sociales son profesionales directamente vinculados con los Tribunales en el orden jurisdiccional social y, por lo tanto, con una posición similar a la de Abogado, al permitirse en los procedimientos laborales y de Seguridad Social el otorgar la representación técnica a dichos Graduados Sociales (Art. 545.3 de la vigente LOPJ).

Por otra parte, no se incluye entre las prohibiciones la de pertenecer a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos, que de manera terminante recoge el actual art. 395, lo que debe ser interpretado como un olvido del prelegislador, pues la garantía de imparcialidad e independencia de los Jueces exige que tal prohibición se recoja expresamente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En el artículo 424 se sustituye la voz Gobierno (art. 394.2 de la actual LOPJ) *por autoridad competente* para referirse al órgano al que puede dirigirse el Consejo General del Poder Judicial para el traslado del Fiscal incompatible en virtud de circunstancias sobrevenidas.

En relación al régimen de las asociaciones profesionales, el art. 431. 2ª ha recogido únicamente como fin lícito de las mismas la defensa de los intereses profesionales de sus miembros. Entendemos que debe incluirse la defensa de los intereses profesionales de sus miembros y *del funcionamiento de la administración de justicia en general*.

Resulta además oportuno en el art. 432.1 sustituir el término “*imprescindible*” por el de “*necesario*”.

En el párrafo segundo de dicho precepto sería aconsejable que, en relación a las subvenciones privadas, se recogiera la necesidad de hacer pública la persona o entidad que prestó la financiación y la concreta actividad financiada.

Asimismo en el art. 433 resulta excesivo y no justificado que los directivos de una asociación profesional no puedan ser patrono o fundador de una fundación y los miembros sí.

Se valora positivamente el contenido del artículo 435.6, en el sentido de incluir a la Carrera Fiscal junto con la Judicial en la previsión del desarrollo de una Ley que regule las retribuciones de sus miembros.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El artículo 438 está dedicado al Centro de Estudios Jurídicos.

Hay que advertir en primer lugar el error material que se detecta en cuanto que las letras iniciales de estudios y jurídicos deberían estar en mayúscula. La redacción contenida en dicho precepto elude cualquier tipo de referencia a la personalidad jurídica del Centro de Estudios Jurídicos (en adelante, CEJ), lo cual se contempla no sin preocupación en el actual contexto de reforma de las administraciones públicas, pues la ausencia del reconocimiento de dicha personalidad podría dejar expedita la vía para la refundición del CEJ con otros centros formativos de distinta naturaleza y perder así su carácter específico de centro de formación de Fiscales, Secretarios Judiciales y Médicos Forenses.

Resulta necesario por lo tanto mantener la actual redacción que reconoce la personalidad jurídica del CEJ.

Por otra parte, los miembros del Ministerio Fiscal deben estar dotados de una sólida formación, tanto inicial -en el período previo a su ingreso en la Carrera Fiscal- como posteriormente -a lo largo de su trayectoria profesional.

Los cambios legislativos se suceden con demasiada frecuencia y en no pocos de ellos se detecta una presencia cada vez más expansiva del Ministerio Fiscal, lo que exige una constante puesta al día de sus conocimientos.

De manera que se propone la introducción en el texto de este precepto que el diseño de la formación inicial y continuada de los miembros del Ministerio Fiscal corresponde a la Fiscalía General del Estado, con la colaboración del



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

CEJ, en los términos que se determinen en el Estatuto del Ministerio Fiscal. La necesaria autonomía funcional del Ministerio Fiscal así lo impone.

Igualmente, el precepto señalado omite la referencia a la regulación reglamentaria de la organización del Centro y del personal directivo. No hay razones que justifiquen tal supresión en la LOPJ.

TÍTULO X

Responsabilidad disciplinaria de los Jueces

El Título X está dedicado a la responsabilidad disciplinaria de los Jueces y comprende los artículos 439 a 455.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto ya anuncia que no ofrece otras novedades a la normativa orgánica de los miembros de la Carrera Judicial que las que ya introdujo la Ley Orgánica 4/2013 en la Ley de 1985, esto es la creación de la figura del Promotor de la Acción Disciplinaria y las funciones encomendadas a la Comisión Disciplinaria.

Los únicos aspectos novedosos que encierra el Anteproyecto aluden, de una parte, a la estructura sistemática de la materia, que en esta ocasión se enmarca en un Título, a diferencia de la normativa vigente, que se recoge en un capítulo (Capítulo III del Título III dentro del Libro IV); y, de otro lado, a que proporciona una rúbrica a los diferentes artículos que la integran. Es decir, se trata de meras modificaciones formales que no afectan al contenido.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Se observa que en el artículo 443.11 la falta disciplinaria grave debe incluir el retraso en la *resolución* de procesos o causas, a semejanza de lo que dispone el artículo 442.9 para la falta disciplinaria muy grave.

En materia procedimental, únicamente reflejar como novedad que el plazo de caducidad del procedimiento disciplinario para faltas leves queda limitado a tres meses a contar desde la fecha de su incoación (artículo 449.2), lo que ofrece una mayor garantía de seguridad jurídica para el Juez sometido al mismo y al mismo tiempo, obedece a mayor racionalidad temporal en la duración de los expedientes, teniendo en cuenta la menor entidad de la infracción y presumiblemente su menor exigencia temporal de tramitación, lo que resulta aceptable pero incomprensiblemente no marca plazo máximo alguno en el resto de expedientes para los cuales entendemos que se debe fijar un plazo máximo superior y proporcionado a la naturaleza de la infracción.

Como observaciones a destacar de cara a su toma en consideración para eventuales modificaciones a introducir en el texto, el Consejo Fiscal entiende que la rúbrica de los artículos 451 y 452 se compadece escasamente con el contenido de tales preceptos, puesto que si lo que se pretende con aquéllas es ofrecer un apunte de su contenido, el primero de los preceptos debería aludir a la suspensión provisional del expedientado, que es a lo que realmente atiende aquél; y, en lo que atañe al segundo bastaría con indicar como rúbrica la del desarrollo del procedimiento.

En la redacción del art. 451.1 la expresión “pudiera verse seriamente comprometido el interés de la administración de justicia”, es un concepto



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

jurídico indeterminado no deseable por lo que debería suprimirse del texto legal.

En el planteamiento de la denominada tesis del art. 452.5 se establece que el CGPJ o la Comisión Disciplinaria podrá proponer al Promotor, al Juez o al Ministerio Fiscal misma, pero sería adecuado que la preposición “o” sea sustituida por “y”.

Finalmente, poner de manifiesto que la cancelación de las sanciones, regulada en el artículo 455 del Anteproyecto, modifica el procedimiento hasta ahora en vigor, toda vez que pasa a impulsarse de oficio y se articula de modo automático, sin que sea necesaria la solicitud del interesado, procediéndose a la cancelación automática de las sanciones una vez transcurridos los plazos que se establecen en dicho artículo. Se entiende que la nueva regulación es mucho más acorde con el artículo 25 de la Constitución y con la idea de reinserción que debe inspirar el régimen sancionador, al igual que sucede con el la cancelación de las penas en el ámbito del Derecho Penal.

Al art. 455 debería imprimírsele una mejor redacción, ya que parece lógico que no interrumpirá el plazo de cancelación la simple incoación de otro expediente sino que será necesario la imposición de otra sanción, por lo que dicha redacción pudiera dar lugar a confusión.

Se observa que en el artículo 443.11 la falta disciplinaria grave debe incluir el retraso en la resolución de procesos o causas, a semejanza de lo que dispone el artículo 442.9 para la falta disciplinaria muy grave.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El tratamiento del régimen disciplinario olvida la figura de las diligencias informativas: su incoación tras la presentación de denuncias para esclarecer los hechos sin tener que abrir expediente disciplinario y su trascendencia para interrumpir la prescripción (actuales artículos 416.3 y 423.2). Su regulación se considera necesaria, previendo el Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios de la Administración del estado la apertura previa de una información reservada (art. 28).

LIBRO CUARTO **DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

1. Introducción.

El Anteproyecto dedica su Libro IV al Consejo General del Poder Judicial. Comprende los arts. 456 a 535 y se estructura en seis títulos referidos a: atribuciones del CGPJ, los Vocales, el Presidente, el Vicepresidente del TS, los órganos del CGPJ, los órganos técnicos y el personal del CGPJ y el régimen de los actos del Consejo.

El Anteproyecto recoge con variaciones mínimas, la actual regulación del Consejo General del Poder Judicial que se incorporó a la LOPJ vigente, tras la reforma introducida por la LO 4/2013, de 28 de junio, conforme a la cual se designó y se conduce el nuevo Consejo.

El Consejo Fiscal en su sesión de fecha 21 de febrero de 2013 aprobó el informe al Anteproyecto de reforma de la LOPJ que culminó en la LO4/2013 de 28 de junio.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Habida cuenta de que el texto del Anteproyecto de LOPJ objeto del presente informe reproduce, como hemos señalado anteriormente el nuevo diseño del CGPJ vigente desde la entrada en vigor de la reforma de 2013, con alguna modificación, que no afecta ni a la estructura ni al sistema de funcionamiento, entendemos que las consideraciones y observaciones que el Consejo Fiscal puso de manifiesto en su anterior informe siguen siendo validas y se dan, por tanto por reproducidas en este informe. Si bien, consideramos oportuno reiterar algunas de ellas, pues el legislador tiene ahora la oportunidad de reconsiderarlas en el trámite parlamentario de la nueva LOPJ proyectada.

El Consejo Fiscal ya advertía en su informe que la mayor parte de la reforma pertenece al ámbito de libre configuración y resulta inocuo fuera de la esfera corporativa judicial, por lo que no será objeto de comentario en el presente informe.

2. Atribuciones del C.G.P.G.

2.1 Potestad reglamentaria.

La potestad reglamentaria prevista en el ordinal 16 del art. 458 del Anteproyecto redactado en los mismos términos que el vigente art.560.16 , fue uno de los puntos más controvertidos y criticados desde todos los ámbitos, pues la reforma diseñada en el Anteproyecto de 2013 implicaba una radical restricción de las facultades del CGPJ o como señalaban otros un verdadero desapoderamiento, en comparación con las que preveía el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

derogado por la LO art. 110 LOPJ, y así lo puso de manifiesto el Consejo Fiscal en su informe de 21 de febrero de 2013.

El Consejo Fiscal alertaba, que dos aspectos de esta ordenación generaban un impacto negativo, inmediato o potencial, sobre la integridad de las funciones de gobierno de este órgano constitucional que tiene encomendada la delicada tarea de preservar la independencia del Poder Judicial: “No se dice que el CGPJ pueda regular las condiciones accesorias del ejercicio de los derechos y deberes de los jueces y magistrados –el conocido como estatuto judicial-, lo que en un sistema de lista cerrada conlleva su exclusión, y en relación con los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aunque el art. 560.16ª mantiene formalmente la potestad del CGPJ, emplea una técnica de reenvío a leyes posteriores para la selección de los concretos aspectos que podrán ser objeto de complemento por el CGPJ, lo que conlleva un sustancial despojo de sus facultades normativas pues sólo las concretas actuaciones que se designen en tales leyes podrán ser reglamentadas desde el CGPJ, quedando las restantes reabsorbidas en la esfera reglamentaria del Gobierno, ex art. 97 CE”.

El Consejo Fiscal en su informe advertía que la potestad de normar los aspectos secundarios o accesorios del ejercicio de los derechos y deberes inherentes al estatuto judicial en ningún caso le puede ser hurtada al CGPJ, pues dicha potestad es un instrumento necesario para el cabal ejercicio de las funciones que dicho órgano constitucional tiene atribuidas en el art. 122 CE en garantía de la independencia judicial. La injerencia del Gobierno en estos aspectos menoscabaría el principio constitucional de separación de poderes, pues, en palabras de la citada STC 108/1986, las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

al Gobierno para intentar influir sobre los Tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos Jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado (FJ 7); siendo así que la propia existencia del Consejo es una garantía más de las que el ordenamiento establece para asegurar y garantizar la independencia del Poder Judicial (STC 45/1986, de 17 de abril, FJ 5).

El Consejo Fiscal afirmaba en su informe “que la amplia libertad de configuración que tiene el Poder Legislativo para determinar el sujeto titular de la habilitación reglamentaria para el desarrollo infralegal de sus determinaciones, no puede alcanzar al núcleo de las atribuciones constitucionales del CGPJ, que deben serle preservadas como parte inalienable de su competencia, pues la función de gobierno que al CGPJ corresponde lleva inherente el ejercicio de la correspondiente potestad normativa.

Estimamos necesario, por ello, que el actual art. 560,16ª incorpore de forma explícita entre las funciones del CGPJ la de efectuar el complemento reglamentario de las determinaciones de la LOPJ en lo que respecta al ejercicio de derechos y deberes de los jueces y magistrados en su condición de tales, así como en lo que afecte a las funciones que integran el núcleo de competencias del CGPJ previstas en los apartados 1 y 2 del art. 122 CE.

El apartado segundo del referido artículo 458 del Anteproyecto establece que “el Ministerio Fiscal será oído cuando le afecte la materia sobre la que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

verse el proyecto (de reglamento) y especialmente en los supuestos contemplados en las letras d) y f) a j) del apartado 1.16º de este artículo”. No se comprende el alcance de esta limitación.

Se considera que el Ministerio Fiscal debería ser oído en todos los proyectos de reglamento relativos a las actuaciones judiciales, excluyendo tan sólo los reglamentos a la organización y funcionamiento del propio Consejo y de su personal o a los órganos de Gobierno de los Tribunales o a las asociaciones judiciales.

2.2 Potestad de informe del C.G.P.J.

En relación a la potestad de Informe sobre las competencias del CGPJ, cabe añadir las siguientes observaciones:

El art 459 del Anteproyecto reproduce prácticamente el vigente art 108 en relación con la potestad de informe del CGPJ que atribuye a este órgano unas competencias para informar proyectos y Anteproyectos de disposiciones generales en materia procesal, orgánica, penal, etc.

Pues bien, huelga repetir nuevamente las implicaciones de la pertenencia de la UE y la enorme cantidad de disposiciones normativas que se generan en la UE también en las materias sobre las que el CGPJ tiene capacidad de informar. Cada vez con más frecuencia la UE determina a través de sus normas la armonización de la definición de delitos y penas y regula aspectos procesales muy relevantes tanto en lo que se refiere a derechos procesales de intervinientes en el proceso como al reconocimiento mutuo y ejecución de decisiones judiciales entre países de la UE.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Aunque sin duda la negociación de estos instrumentos normativos en la UE corresponde al Gobierno, debería encontrarse un mecanismo que permitiera al CGPJ informar previamente en el curso de estas negociaciones que crean normas obligatorias y respecto a las que una vez aprobadas, nada podría hacer cualquier observación del CGPJ que, se realice posteriormente en el momento de desarrollo o trasposición – cuando es necesario- de esa norma en el ordenamiento interno.

Ya el Consejo de Estado en el informe mencionado anteriormente del año 2008 observa que en España se da una escasa participación en los primeros estadios de gestación de las iniciativas de aquellos órganos que deberían informar esta normas y también dice que *“se acusa una cierta pasividad en relación con las tareas preparatorias desarrolladas por la Comisión, aun cuando ésta busca expresamente la colaboración externa mediante procesos de consulta o Libros Verdes, en los que la participación española es, en muchos casos, manifiestamente mejorable”*.

“Tanto en uno como en otro caso, la acción estatal ha de venir impulsada desde los Ministerios, como órganos responsables de la acción sectorial en España y conocedores de los problemas y necesidades existentes”. Por ello, la LOPJ – igual que el EOMF- debería prever la remisión de informes al Ministerio de Justicia y al MAEC en relación con el contenido de aquellas normas en tramitación en la UE que afecten a algunos de los aspectos relacionados en el art 459.

De alguna forma la creación de grupos de expertos que asesoren al Ministerio en la materia a regular, debería plasmarse también en este texto



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

como una competencia del CGPJ (y también de la FGE) para evitar que la mayor o menor colaboración dependa del talante o la voluntad de las personas a quienes corresponde la representación de España ante el Consejo de la Unión Europea.

Si la LOPJ considera necesario que el Poder Judicial emita estos informes ello se debe a la relevancia de la opinión de quien aplica estas normas y la misma razón existe para conocer esta opinión y comentarios cualquiera que sea el lugar de donde provenga iniciativa , tramitación y aprobación de estas normas, sea este la UE o el Gobierno español. Se han encontrado formulas para lograr la participación de las Comunidades Autónomas en asuntos de su competencia, similares soluciones deberían arbitrarse para obtener la opinión del GGPJ y la FGE.

3. El Estatuto de los miembros del C.G.P.J.

En este punto El Anteproyecto tampoco presenta grandes novedades con respecto a la normativa vigente desde la entrada en vigor de la ley 4/2013 de 28 de junio de reforma del CGPJ, se consolida así el modelo diseñado por el legislador tras la reforma de 2013. Dos son las novedades más significativas introducidas en este apartado: la desaparición de la figura del vicepresidente del CGPJ y la posibilidad de reelección de cuatro vocales por un nuevo mandato.

El artículo 464 del Anteproyecto al igual que el vigente 566 introducido por la reforma de LO4/2013 de 28 de junio como no podía ser de otra manera, se atiene a lo dispuesto en el artículo 122.3 de la Constitución, estableciendo que el CGPJ estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo que lo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

presidirá, y por veinte Vocales, de los cuales doce serán Jueces en servicio activo en la Carrera Judicial y ocho juristas de reconocida competencia.

Se introduce un nuevo párrafo en el artículo 466 del Anteproyecto que prevé la reelección de un máximo de cuatro vocales por un nuevo mandato.

El nombramiento de los vocales del CGPJ, como ya puso de manifiesto el Consejo Fiscal en su informe del pasado mes de febrero de 2013 (Capítulos I y II, Título II, Libro IV) experimentó una reforma parcial que afectó principalmente al régimen de presentación de candidaturas de los miembros del turno judicial, sin abordar la cuestión más debatida: la designación parlamentaria de la totalidad de sus componentes instituida en la LO 6/1985, de 1 de julio. El Anteproyecto mantiene el sistema, lo que constituye una opción aceptable toda vez que el mismo superó el filtro del TC, aunque con expresa advertencia de los riesgos que entrañaba, en la histórica STC 108/1986, que estableció que la verdadera garantía de que el Consejo cumpla el papel que le ha sido asignado por la Constitución en defensa de la independencia judicial no consiste en que sea el órgano de autogobierno de los Jueces sino en que ocupe una posición autónoma y no subordinada a los demás poderes públicos, y consideró que la independencia de sus miembros no sufría merma alguna por este sistema de nombramiento, que no les convierte en delegados o comisionados del Congreso o del Senado en tanto que la posición de los integrantes de un órgano no tiene por qué depender de manera ineludible de quienes sean los encargados de su designación sino que deriva de la situación que les otorgue el ordenamiento jurídico. En el caso del Consejo, todos sus Vocales, incluidos los que forzosamente han de ser propuestos por las Cámaras y los que lo sean por cualquier otro mecanismo, no están vinculados al órgano



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

proponente, como lo demuestra la prohibición del mandato imperativo (art. 119.2 de la LOPJ) y la fijación de un plazo determinado de mandato (cinco años), que no coincide con el de las Cámaras y durante los cuales no pueden ser removidos más que en los casos taxativamente determinados en la Ley Orgánica (art. 119.2 citada).

Igualmente señalar que, ni el Anteproyecto, ni la LO 4/2013 aclaran el criterio seguido en la distribución de puestos, que no guarda proporcionalidad alguna con el número de miembros de cada categoría. Llama la atención, especialmente, la sobrerrepresentación de la categoría primera, que ocupa tres puestos, y la diferenciación que en la categoría de Magistrados se efectúa entre los que tienen una antigüedad superior a 25 años y los que no la tienen. Quizá sería más conveniente que la distribución de puestos por categorías se ajustase de manera proporcional al número de miembros que tiene cada una de ellas.

En cuanto al estatuto de los vocales, el Anteproyecto no ha introducido cambios ni respecto a la regulación vigente fruto de la reforma de 2013, que como señaló el Consejo Fiscal en su informe mantenía asimismo los rasgos esenciales del estatuto de los vocales del CGPJ en lo que se refiere a su inamovilidad, plazo de ejercicio y prohibición de mandato imperativo, aunque modifica profundamente el régimen de dedicación e incompatibilidades.

La cuestión es delicada y así lo puso de manifiesto el Consejo Fiscal en su informe, por lo que entiende que dicha cuestión debería ser objeto de amplia reflexión en el Parlamento con ocasión de la tramitación del presente Anteproyecto, pues aunque está fuera de cuestión que los jueces y magistrados en razón de su profesionalidad y dedicación serán imparciales



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

al dirimir estos pleitos, se resentirá no obstante su imagen de imparcialidad frente a las partes adversas y quizá frente al público en general.

A pesar de ello, la prudencia demanda un análisis más reposado de la oportunidad de la reforma en este punto, pues el ejercicio asiduo por un vocal del CGPJ de una profesión que entrañe la asunción de una posición procesal de parte, así como el manejo de intereses particulares al mismo tiempo que se participa en el gobierno de uno de los poderes del Estado, es una situación francamente indeseable, que empaña la imagen de la Justicia y genera un arriesgado juego de influencias cruzadas.

En consecuencia, el Consejo Fiscal considera que, la compatibilización del cargo de vocal con el ejercicio de la potestad jurisdiccional o de una profesión liberal compromete seriamente la imparcialidad del vocal como miembro del órgano de gobierno de uno de los poderes del Estado, resultando gravemente dañada la visión ciudadana de la Administración de Justicia, a pesar del sistema de abstención y recusación diseñado en el Anteproyecto.

4. Procedimiento para eliminar situaciones de bloqueo en la constitución del C.G.P.J., su incidencia en el Estatuto del Vocal

La LO 4/2013 diseñó un sistema de designación de los vocales del CGPJ que, con el fin declarado de evitar retrasos en la constitución del órgano, autoriza su renovación parcial por mitades, posibilidad inédita hasta entonces en que la renovación se hacía en unidad de acto.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Anteproyecto recoge íntegramente este mecanismo de desbloqueo parlamentario (art. 468) que ya en su día fue ampliamente criticado desde todos los sectores, también el Consejo Fiscal en su informe puso de manifiesto sus reticencias constitucionales que ahora reproducimos con la esperanza de que en sede parlamentaria sea reconsiderada esta fórmula que tiene mal encaje constitucional:

Dejando de lado la extrañeza que suscita que la norma pretenda establecer una suerte de mecanismo cuasicoercitivo para estimular la acción política de los representantes de la soberanía popular, su aplicación generaría consecuencias inadmisibles, pues el mero incumplimiento por una de las Cámaras legislativas del plazo previsto en el art. 569.2 –cinco días después de la expiración del mandato del anterior CGPJ- abocaría a la constitución de un nuevo CGPJ compuesto por los diez vocales de nueva designación y otros diez vocales que, pese a estar en funciones, se integrarían en el órgano colegiado y conformarían con su voto de manera irrevocable los actos inaugurales del CGPJ, entre ellos, la presentación de candidaturas para la designación del Presidente, que se verifica precisamente en la sesión constitutiva (art. 586.2) y su votación, a celebrar en un plazo entre tres y seis días posterior a dicha sesión (art. 586.3).

Pese a lo insólito de esta situación, el art. 570.1 (art. 468 del Anteproyecto) es categórico y no admite interpretación alguna que permita suavizar su abrupta irrupción en el nuevo modelo institucional: si el día de la sesión constitutiva del nuevo Consejo General del Poder Judicial no hubiere alguna de las Cámaras procedido aún a la elección de los Vocales cuya designación le corresponda, se constituirá el Consejo General del Poder Judicial con los diez Vocales designados por la otra Cámara y con los Vocales del Consejo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

saliente que hubieren sido designados en su momento por la Cámara que haya incumplido el plazo de designación, pudiendo desde entonces ejercer todas sus atribuciones.

De este modo los vocales designados tardíamente quedarían definitivamente apartados de los actos constitutivos del órgano, que ni tan siquiera podrían revisar pues tal y como prevé el Anteproyecto la mera circunstancia de que la designación de Vocales se produzca una vez constituido el nuevo Consejo no servirá de justificación para revisar los acuerdos que se hubieren adoptado hasta ese momento (art. 570.6 vigente); estos vocales se limitarían a suplir, con estrecha perspectiva funcional inconciliable a todas luces con las atribuciones del órgano de gobierno de un poder del Estado, las vacantes dejadas por los cesantes en las Comisiones legales: Una vez que se produzca la designación de los Vocales por la Cámara que haya incumplido el plazo de designación, deberá procederse a la sustitución de los Vocales salientes que formasen parte de alguna de las Comisiones legalmente previstas. Los nuevos Vocales deberán ser elegidos por el Pleno teniendo en cuenta el turno por el que hayan sido designados los Vocales salientes, y formarán parte de la Comisión respectiva por el tiempo que resta hasta la renovación de la misma (art. 570.4).

Esta previsión degrada, más allá de lo admisible, las facultades estatutarias de los vocales de designación tardía, lo que probablemente sea inconstitucional por vulneración del art. 23.2 CE, que reconoce el derecho fundamental al acceso y ejercicio de las funciones públicas, pues no se les puede hurtar la facultad de participar en la conformación de la propuesta a S.M el Rey de la designación del Presidente del Tribunal Supremo en los términos del art. 123.2 CE. No es concebible que una parte del CGPJ –la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

mitad de sus miembros-queda marginada de una decisión de tal trascendencia constitucional.

El procedimiento, por lo demás, es claramente inútil para conseguir el fin que se propone, pues el bloqueo institucional será inevitable si vencido el perentorio plazo de cinco días desde la expiración del mandato del anterior Consejo ninguna de las dos Cámaras ha procedido a la designación de vocales. Así lo reconoce el vigente art. 570.2 (468.2 del Anteproyecto). Si ninguna de las dos Cámaras hubieren efectuado en el plazo legalmente previsto la designación de los Vocales que les corresponda, el Consejo saliente continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo, no pudiendo procederse, hasta entonces, a la elección de nuevo Presidente del Consejo General del Poder Judicial.

Este sistema colisiona también con el art. 122.3 de la Constitución que establece que los veinte vocales del CGPJ serán “nombrados por el Rey por un periodo de cinco años”.

En consecuencia y con independencia de la anomalía constitucional que implica la no renovación en plazo de un órgano como el CGPJ, el legislador debe de buscar otra fórmula para resolver esta situación.

5. Autonomía presupuestaria

El Anteproyecto de 2013 suscitaba dos cuestiones, el Consejo Fiscal en su informe entendía que debían ser oportunamente clarificadas en ulteriores trámites de elaboración de la norma pues pueden afectar, al menos potencialmente, a la autonomía presupuestaria del órgano constitucional: no



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

determinaba con claridad a quién correspondía resolver los posibles reparos que efectuare el Interventor, facultad que hasta ese momento según el ROF residenciaba en el Pleno, es decir, en el ámbito interno del Consejo, pero con la regulación, que preveía el Anteproyecto de 2013 al atribuir la función del control previo del gasto a la Intervención General del Estado (art. 565.3) podría entenderse remitida al ámbito del Gobierno; tampoco se clarificaba quién había de designar al Interventor, pues se determinaba la procedencia profesional del posible nombrado, pero no el órgano que debe nombrarle; el art. 611.5 establecía que” La función interventora se llevará a cabo por un Interventor al servicio del Consejo General del Poder Judicial. Dicho interventor, que deberá pertenecer al cuerpo de interventores generales del Estado, quedará adscrito a la Comisión Permanente. Este precepto se ubicaba sistemáticamente en el Título V del Libro VIII, introducido por la LO4/2013 de 28 de junio que regula los órganos técnicos del CGPJ, por lo que cabía interpretar que se entendía que el Interventor formaba parte de los mismos, pero de todos modos advertía el Consejo Fiscal en su informe de 2013 que la normativa no estaba exenta de ambigüedad en este punto, y que debía de clarificarse en el trámite parlamentario.

Y efectivamente en sede parlamentaria el último párrafo del art. 611 fue modificado y se optó por una fórmula genérica “El Interventor al servicio del Consejo del Poder Judicial quedará adscrito a la Comisión Permanente. La modificación introducida por el legislador como queda reflejado en la vigente regulación, es relevante en cuanto que lo configura como un órgano técnico del CGPJ, lo cual cohonesta con su marco de autonomía presupuestaria reflejada en los artículos 114 a 116 del ROF. Estableciendo en este último precepto “que el ejercicio de esta función será realizado por un Interventor al



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

servicio del Consejo cuya designación se efectuará por el Pleno, y deberá recaer en persona que posea la adecuada calificación profesional”.

6. Improrrogabilidad del plazo para la emisión de informes.

Al regular la facultad de informe del CGPJ el art. 561.2 del Anteproyecto de 2013 disponía que “El Consejo General del Poder Judicial emitirá su informe en el plazo improrrogable de treinta días y, si en la orden de remisión se hiciere constar la urgencia del informe, el plazo será de quince días”. El Consejo Fiscal destacaba en su informe que el carácter improrrogable del plazo constituía una novedad del Anteproyecto, pues el derogado art. 108.2 LOPJ no incluía tal determinación. Aunque entendíamos que la opción prelegislativa es legítima, advertíamos que la improrrogabilidad del plazo podía resultar contraproducente en aquellos anteproyectos que por su extensión y complejidad requieran de un análisis más detallado y preciso y que la exigencia estricta del plazo, aunque sea útil como medida de agilización, también puede redundar en una menor profundidad de los estudios y contenidos del informe, por lo que se estimaba oportuno que se reconsiderase esta opción.

Pues bien en el trámite parlamentario esta cuestión fue reconsiderada por el legislador que aceptó que con carácter excepcional pudiera ampliarse el plazo y que el órgano remitente concediera una prórroga atendiendo a las circunstancias del caso, y así quedó recogido en el vigente art. 561-2, que en los mismos términos reitera el Anteproyecto (art.459-2).

7. El Ministerio Fiscal en la reforma.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Comoquiera que la reforma se centra en los aspectos organizativos internos del CGPJ, las alusiones que encontramos en el texto al Ministerio Fiscal son muy escasas. Pero algunas de ellas merecen especial consideración, por ello y dado que los aspectos normativos que el Consejo Fiscal abordó en su informe de 2013 siguen vigentes en el Anteproyecto que se informa, consideramos necesario se tenga en consideración el referido informe, por su especial transcendencia para profundizar en el análisis desde la perspectiva de la afectación al Ministerio Fiscal.

LIBRO QUINTO

Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia

El Anteproyecto dedica el LIBRO QUINTO a los actuales Secretarios Judiciales, que pasan a denominarse Letrados de la Administración de Justicia.

Como señala la Exposición de Motivos, “este cambio de denominación es la novedad más destacada, con el que se da satisfacción a una reclamación reiterada, y que tiene por objeto adecuarse de forma más precisa a las funciones que actualmente realiza este Cuerpo Superior Jurídico, en relación con la fe pública judicial y el impulso, ordenación y dirección del proceso, funciones que fueron reforzadas con la reforma del año 2003”.

Así según la RAE un letrado es un jurista de una institución pública encargado de estudiar y preparar sus dictámenes o resoluciones (véase el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Letrado del Consejo de Estado, Letrado del Tribunal Constitucional, Letrado del Tribunal Supremo...).

Partiendo por lo tanto, del significado de dicho término, letrado, se puede concluir que el mismo no se acomoda a las funciones que los secretarios judiciales tienen encomendadas, entre las que no se encuentra la de estudiar y preparar informes que sirven de base a las decisiones que toma el juez.

Por ello, si bien el cambio de denominación pudiera ser una reivindicación del colectivo, lo cierto es que el prelegislador no ha acertado en cuanto a la expresión utilizada.

Por otro lado, el propio texto es incoherente con el cambio que propone por cuanto que sigue refiriéndose como “secretarios” respecto de los secretarios de gobierno y secretarios coordinadores, de modo que debería proceder a unificar la denominación para unos y otros.

El Libro Quinto que se intitula Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, se subdivide en cuatro Títulos.

El Título I del Anteproyecto regula las funciones en los artículos 536 a 547.

El artículo 536, dedicado al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, refunde las funciones y principios de actuación que aparecían recogidos en diversos preceptos de la LOPJ. Se observa que aparecen reforzadas las funciones de los Letrados de la Administración de Justicia al tiempo que también se resalta el principio de dependencia jerárquica.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El apartado 1 define su misión, en tanto que las funciones concretas se recogen en el artículo 538.

“El cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia tiene por misión velar por el buen funcionamiento de los tribunales y responder del estricto cumplimiento de las decisiones judiciales, ejercer la fe pública judicial, documentar las actuaciones judiciales, ordenar y dirigir la tramitación de los procesos y desarrollar cuantas otras funciones les atribuyan las leyes”

Dentro de sus misiones se encuentra la de velar por el buen funcionamiento de los Tribunales. A la que debería añadirse también la de velar por el buen funcionamiento de la oficina judicial ya que los secretarios judiciales pueden desarrollar su labor en exclusiva en el servicio común.

También se recoge como misión la de “responder” del estricto cumplimiento de las decisiones judiciales; no obstante la palabra “responder” en su significado más literal puede llevar aparejada una cierta exigencia de responsabilidad personal del Letrado, entendiéndose que resulta más adecuada la regulación actual que se expresa en los términos de *“cumplir y velar por el cumplimiento de las decisiones que adopten los jueces o tribunales en el ámbito de sus competencias”*.

El apartado 2 les reconoce el carácter de autoridad en el ejercicio de las mismas, reconocimiento que se efectúa en el vigente art. 440 LOPJ, y establece los principios de legalidad e imparcialidad a los que deberán sujetarse en su actuación.

El apartado 3 se dedica nuevamente a los principios que deben regir el ejercicio de sus funciones (legalidad, jerarquía y unidad de actuación), y que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

están recogidos en el actual art. 452 LOPJ. Se estima que, para evitar la redundancia, podrían refundirse en uno solo ambos apartados.

Los principios de jerarquía y unidad de actuación se intensifican, ya que el apartado 3, después de mencionarlos, establece “pudiendo recibir instrucciones generales y particulares de sus superiores jerárquicos, a fin de garantizar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia”. En concordancia con lo expuesto se suprime el inciso segundo del apartado 8 del art. 465 LOPJ que, al tratar de las competencias de los Secretarios de Gobierno, decía:” Tampoco podrán 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”.

En el mismo sentido, el párrafo tercero del apartado 3 dispone: “En el ámbito procesal, los órganos de gobierno establecidos en el artículo 560 podrán promover o adoptar, en el marco de sus respectivas competencias, criterios generales que permitan homogeneizar las actuaciones y resoluciones dictadas por los Letrados de la Administración de Justicia”.

Únicamente se les reconoce la independencia de criterio respecto de sus superiores cuando dieren fe pública, según se establece en el párrafo segundo del apartado 3, como ya se contempla en el apartado 1 del art. 452 LOPJ.

Como consecuencia del reforzamiento del principio de jerarquía, el párrafo cuarto del apartado 3 examina el supuesto de que el Letrado de la Administración de Justicia recibiere una orden o instrucción que considerare contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo, estimare improcedente. En tal caso, se lo hará saber así, mediante informe razonado a su superior



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

jerárquico, que si se ratifica, lo hará también por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento.

La intensificación del principio de jerarquía, que permite recibir instrucciones, no resulta compatible con sus facultades de decisión en determinadas materias.

El apartado 5 y último establece que “Sus funciones no podrán ser objeto de delegación ni habilitación”. No se prevé excepción alguna, sin embargo, la LOPJ en su art. 451.3 permite que excepcionalmente, cuando no hubiera suficiente número de secretarios judiciales, puedan intervenir en calidad de fedatarios los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, en sustitución del secretario judicial, en los supuestos de entradas y registros en lugares cerrados acordados por un único órgano judicial de la Audiencia Nacional y que deban ser realizados de forma simultánea.

El artículo 537 relativo a la fe pública judicial, reproduce prácticamente el art. 453 LOPJ, refundiendo, en algún caso el contenido de sus apartados, y modificando el orden de los mismos.

Cabe detenerse en lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 2 que establece “Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, las vistas se podrán realizar sin su intervención aunque deberán garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido”.

En relación al uso de los citados medios técnicos ya tuvo ocasión de pronunciarse el Consejo Fiscal al informar sobre el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. Sin embargo, sus sugerencias no fueron acogidas. Entendemos, al



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

igual que se expuso en aquel momento, que la presencia del Letrado de la Administración de Justicia durante la vista, no puede excepcionarse por la utilización de medios tecnológicos, toda vez que su función de fedatario podría verse menoscabada.

Por otro lado, se obliga al fedatario a responder de la autenticidad e integridad de lo grabado, cuando el sistema tecnológico no ofrece las necesarias garantías, imprescindibles para el buen funcionamiento de la fé pública a través de medios tecnológicos. Para que pueda garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado, los medios tecnológicos utilizados deberán contar con firma electrónica reconocida y otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías.

El artículo 539 regula la dación de cuenta. Su contenido se corresponde con el del art. 455 LOPJ, pero añade un inciso.

Dice el nuevo artículo:

“Será responsabilidad de los Letrados de la Administración de Justicia la dación de cuenta a los Jueces, que se realizará en los términos establecidos en las leyes procesales, incluyendo en su caso una calificación jurídico-procesal en la dación efectuada”.

Se estima que el término “calificación jurídico-procesal” no resulta acertado, sería más clarificador hablar de “valoración técnico-procesal”.

El artículo 540 se refiere a las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia. Su contenido se corresponde con el art. 456



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

LOPJ, si bien se incluyen nuevos apartados, observándose una falta de concordancia entre los mismos, pues a veces se refiere a los Letrados de la Administración de Justicia en plural y otras en singular.

Consideramos que debería utilizarse el plural para armonizarlo con los demás artículos. Así el apartado 2 debiera decir “dictarán las resoluciones” y el apartado 3 “que dicten los Letrados de la Administración de Justicia”.

En cuanto a la competencia en materia de “jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer” el valor de esta cláusula genérica queda muy desvirtuada por el camino legislativo emprendido en el Anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria. .

Una de las nuevas funciones encomendadas a los letrados de la administración de justicia es la de “*colaboración en las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal*”. Se trata de una cláusula muy genérica que debería ser objeto de mayor delimitación ya que no se precisa en qué actos de investigación se llevará a cabo dicha colaboración o si la misma se prestará desde los tradicionales Juzgados en los que sirven los Letrados o si existirá un letrado en cada Fiscalía, pudiendo generarse algún conflicto de no estar debidamente resuelta esta colaboración que se enmarca en las diligencias de investigación.

Finalmente, podría aprovecharse este texto legal para incluir un reclamación unánime del cuerpo de secretarios judiciales y que no es otra que la asignación del Registro Civil como Encargados del mismo, dando salida a la paralizada Ley del Registro Civil de 2011 cuyo plazo de entrada en vigor se produce en julio de este año sin que se haya podido desplegar la misma por no encontrar el ejecutivo quién asuma su llevanza.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El art 544 recoge “Los letrados de la Administración de justicia colaborarán con la administración tributaria en la gestión de los tributos que les sea encomendada en la normativa específica”

El artículo habla de “colaboración” si bien en la práctica en materia de tasas judiciales los letrados han pasado a la gestión completa del tributo yendo más allá de la mera colaboración a la que alude el texto.

El artículo 545, relativo a la Estadística judicial, contiene 6 apartados que se corresponden con el contenido art. 461 LOPJ. Sin embargo, en el apartado 1 del texto del Anteproyecto se introduce el inciso “teniendo en cuenta la perspectiva de género y la variable de sexo”, quedando redactado como sigue:

“1. La estadística judicial, que se elaborará conforme a los criterios que se establezcan y teniendo en cuenta la perspectiva de género y la variable de sexo, será responsabilidad de los Letrados de la Administración de Justicia. Los Secretarios de Gobierno respectivos velarán por su cumplimiento contrastando la veracidades de los datos”.

Únicamente cabe reseñar, como error material, que el Anteproyecto, al igual que el texto vigente, en el apartado 1 se refiere a la “estadística judicial” utilizando la minúscula, mientras que en los apartados 2 y 3 lo hace con mayúscula “Estadística Judicial”. El artículo se intitula “Estadística judicial”. Debiera unificarse la nomenclatura utilizada.

El artículo 546, que contempla la colaboración con las Comunidades Autónomas, se corresponde con el apartado 3 del art. 452 LOPJ. El



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Anteproyecto recoge de forma independiente esta función de colaboración, diferenciándola de las que son propiamente procesales.

Cabe efectuar dos consideraciones. Por un lado se refiere a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, precisando “en materia de Justicia”. Por otro lado, en el precepto vigente se establece, con carácter facultativo, la constitución de Comisiones Mixtas de Secretarios Judiciales y de representantes de las comunidades autónomas. El Anteproyecto incorpora la obligatoriedad de su constitución, que, además, deberá hacerse mediante Convenio, quedando redactado en los siguientes términos:

“Los Letrados de la Administración de Justicia colaborarán con las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia para la efectividad de las funciones que éstas ostentan en materia de medios personales y materiales, dando cumplimiento a las instrucciones que a tal efecto reciban de sus superiores jerárquicos. Para una mejor coordinación deberán constituirse, mediante Convenio, Comisiones Mixtas de Letrados de la Administración de Justicia y representantes de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia, en sus respectivos ámbitos territoriales”

Se valora positivamente la introducción del carácter obligatorio de la constitución de las Comisiones Mixtas al reforzar y asegurar la coordinación.

El Título II regula el Estatuto profesional, abarcando los artículos 548 a 559.

El artículo 548 define su Estatuto profesional en los siguientes términos:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

“Los Letrados de la Administración de Justicia se integran en un Cuerpo Superior Jurídico único de funcionarios públicos, de carácter nacional, dependiente del Ministerio de Justicia, y ostentarán la dirección de la Oficina Judicial”.

Su contenido viene a corresponderse con la definición que de los Secretarios Judiciales se recoge en el art. 440 vigente, que dice:

“Los secretarios judiciales son funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad”.

Consideramos que el texto del Anteproyecto es menos preciso e induce a confusión, pues al decir que se integran en un Cuerpo Superior Jurídico único de funcionarios públicos, parece dar a entender que a este Cuerpo pueden pertenecer otros funcionarios públicos. Debiera decir “integran un Cuerpo Superior Jurídico único de funcionarios públicos”.

Por otro lado, al decir que “ostentarán la dirección de la Oficina Judicial”, indica una previsión de futuro que no concuerda con el tiempo verbal utilizado con anterioridad. Sería más conveniente que dijera que “ostentan la dirección de la Oficina Judicial”.

El artículo 549 se refiere al ingreso en el Cuerpo.

El segundo párrafo del apartado 3 contiene la novedad relativa a la prueba psicotécnica, quedando redactado en los siguientes términos:

“Asimismo, deberán someterse a una prueba psicotécnica con la exclusiva finalidad de permitir la detección de trastornos psicológicos, de la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

personalidad o de la conducta que les incapaciten para el ejercicio de sus funciones. La no superación de esta prueba impedirá el ingreso en el Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia”

La introducción de esta prueba, junto a la supresión de las categorías, de modo análogo a lo establecido para los Jueces, constituye una de las principales modificaciones.

Respecto a las mismas cabe trasladar las consideraciones efectuadas para los jueces, a las que nos remitimos para evitar reiteraciones.

La supresión de las categorías profesionales debería preverse en una Disposición Transitoria por las consecuencias que tendría a efectos de fijar el escalafón de este Cuerpo.

El artículo 552 referente a los derechos y deberes, al igual que el art. 444 vigente, remite a los derechos y deberes establecidos en el Libro VI, si bien el Anteproyecto prevé que regirá con carácter supletorio lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público y el resto de la normativa estatal sobre función pública.

El artículo 557, al tratar de la remuneración de los funcionarios en prácticas, en su apartado 1 habla de los cursos selectivos a los que se refiere el artículo 582. La referencia a este artículo es errónea, debe ser al artículo 586 que regula los procesos de selección, ya que el artículo 582 se refiere al Registro de personal.

El Título III se dedica a la ordenación jerárquica del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, regulada en los artículos 560 a 564.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El artículo 560, que establece la ordenación jerárquica, en su apartado 2 incluye un nuevo órgano de Gobierno que es el Secretario General de la Administración de Justicia.

Se mantiene la terminología de Secretarios de Gobierno y Secretarios Coordinadores Provinciales en clara discordancia con la nueva denominación del cuerpo.

El Título IV se ocupa de la responsabilidad disciplinaria, que regula en los arts. 565 a 570.

Como novedad, se incorpora el catálogo de las faltas y las sanciones. El vigente artículo 468 remite al establecido en el Libro VI para los funcionarios de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia.

En el artículo 565, cuando se refiere a “este libro”, debiera poner la inicial con mayúscula “este Libro”.

El artículo 566, que contiene la relación de las faltas, en los apartado a) 6 (“La utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función”) y 10 (“El incumplimiento de las decisiones judiciales cuya ejecución tengan encomendadas”) utiliza el plural para atribuir la conducta a los Letrados de la Administración de Justicia. Consideramos que la referencia debería hacerse siempre al Letrado de la Administración de Justicia, en singular, en concordancia con los demás apartados.

Deberán delimitarse mejor las conductas descritas como falta grave y muy grave con la finalidad de conseguir mayor certidumbre y seguridad jurídica y



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

evitar que conductas iguales puedan según los casos sancionarse de forma diferente.

Así, se sugiere que se realicen las siguientes matizaciones en las faltas muy graves:

1.- El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la función pública.

6.- La utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función, cuando se cause perjuicio grave al interés público o se lesionen derechos fundamentales de los ciudadanos con la finalidad de diferenciarlo de la conducta descrita en el número 4 del apartado b) del art. 566

7.- La negligencia en la custodia de documentos que dé lugar a su difusión o conocimiento indebidos, cuando se cause perjuicio grave al interés público o se lesionen derechos fundamentales de los ciudadanos con la finalidad de diferenciarla de la conducta descrita como falta grave

8.-El retraso, la desatención o el Incumplimiento grave y reiterado de las funciones inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas con la finalidad de diferenciarla de la falta grave

10.- El incumplimiento consciente, grave y reiterado de las decisiones judiciales cuya ejecución tengan encomendada, con la finalidad de diferenciarla de la falta grave



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

11.- La desobediencia grave “y” reiterada a las órdenes o instrucciones verbales o escritas de un superior emitidas por éste en el ejercicio de sus competencias, referidas a funciones o tareas propias del puesto de trabajo del interesado, salvo que sean manifiestamente ilegales.

El mismo comentario respecto a que la referencia debe hacerse siempre al Letrado de la Administración de Justicia en singular cabe efectuar respecto del apartado b) 4 (“La negligencia en la custodia de documentos, así como la utilización indebida de los mismos o de la información que conozcan por razón del cargo, cuando tales conductas no constituyan falta muy grave”).

Con carácter novedoso se ha introducido como falta leve en el apartado c) 6 la siguiente:

“El incumplimiento del deber de vestir y comportarse con el decoro adecuado a la función”.

Dicha falta no tiene equivalente en el catálogo de las establecidas en el régimen disciplinario de los Jueces. Tampoco está contemplada en el Estatuto Básico del Empleado Público que rige con carácter supletorio (artículo 552 al que ya hemos hecho referencia). De otra parte, el incumplimiento del deber de comportarse con el decoro adecuado a su función, supone redundar en la falta prevista en el apartado 1c) que contempla “La falta de consideración con los superiores, iguales o subordinados, así como con los profesionales o ciudadanos, cuando no constituya una infracción más grave”, por lo que puede considerarse incluida en aquel comportamiento. Por todo ello estimamos que debiera suprimirse.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El artículo 568, al establecer las clases de sanciones, incorpora en su apartado 1b) la multa de hasta 6.000 euros.

Esta nueva sanción pecuniaria está prevista en la actual LOPJ únicamente para los Jueces. Llama la atención que la cuantía establecida en el Anteproyecto para las faltas leves es superior a la fijada para los Jueces.

En efecto, el apartado 2 del artículo 568, en su párrafo tercero dispone: “La sanción de multa será de hasta 600 euros para las faltas leves y de 601 a 6.000 para las faltas graves”. El artículo 445, que contempla las sanciones para los jueces establece que “Las faltas leves sólo podrán sancionarse con advertencia o multa de hasta quinientos euros; las graves con multa de quinientos uno a diez mil euros (...)”.

Se aprecia una contradicción en el último párrafo del art. 568 cuando señala que “las faltas leves sólo podrán ser corregidas con apercibimiento” y lo previsto en el párrafo 3º del art. 568.2 cuando establece “la sanción de multa será de hasta 600€ para las faltas leves” que debe ser salvada.

El artículo 569, relativo a los órganos competentes para la imposición de sanciones, en su apartado 1 dispone:

“Son competentes para la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios a los funcionarios del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, el Ministerio de Justicia, el Secretario de Gobierno y los Secretarios Coordinadores Provinciales. La tramitación de los mismos corresponde al Ministerio de Justicia”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Estimamos que la competencia de los órganos que señala en el primer inciso, debe ser únicamente para la incoación de los expedientes, pero no para su tramitación, ya que el segundo inciso atribuye esta competencia en exclusiva al Ministerio de Justicia. Pensamos que se trata de un error al transcribir, en parte, el contenido del art. 539 vigente.

También cabe hacer una observación respecto del título del artículo 570 “Prescripción de las sanciones”. Entendemos que sería más acertado el de “Prescripción de las faltas y de las sanciones”, ya que su contenido se refiere a ambas.

LIBRO SEXTO

Restantes cuerpos de funcionarios al servicio de la administración e Justicia y de otro personal.

Se observa un error material al mencionar a la “administración” con minúscula.

Se divide en nueve Títulos.

El Título I contiene las Disposiciones comunes, en los artículos 571 a 582.

El artículo 580, se dedica a los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses. En su apartado 3, como novedad, prevé la incorporación a los mismos de las unidades de valoración forense integral y del resto de equipos psicosociales que prestan servicios a la Administración de Justicia, lo que se valora positivamente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Como error material, al señalar las funciones de las unidades de valoración forense integral dice: "la asistencia especializada a las víctimas de violencia de género. y el diseño (...)", debería quitarse el punto que aparece después de "violencia de género".

El apartado 4 que relaciona las funciones de los Médicos Forenses, en su apartado a) dice: "La asistencia técnica a Tribunales, Fiscalías (...)"

En el b) "La asistencia o vigilancia facultativa de detenidos, lesionados o enfermos, que se hallaren bajo la jurisdicción de Tribunales, Fiscalías (...)"

Consideramos que debería decir "Tribunales y Fiscalías".

El CAPÍTULO II lleva por título Registro de personal, sin embargo el enunciado del artículo 582 es Registro de Personal. Debería unificarse el uso de la mayúscula o de la minúscula.

El Título II Oferta de empleo público, ingreso y promoción profesional, contiene los artículos 583 a 591.

El artículo 586 regula los procesos de selección del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia. Su contenido se corresponde con el previsto en el art.485 vigente, pero introduce modificaciones que suponen una mayor facilidad para los aspirantes.

Así, por un lado, se incorpora el carácter potestativo de la inclusión en dichos procesos de selección de la realización de un curso teórico-práctico o de un periodo de prácticas. El texto vigente establece la obligatoriedad de su inclusión.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por otro lado, el Anteproyecto dispone que “si tuviesen carácter selectivo, los aspirantes que no superen el mismo podrán repetirlo en el siguiente, al que se incorporarán con la nueva promoción. Si tampoco superaren este curso perderán el derecho a su nombramiento como funcionarios de carrera”.

Esta posibilidad de repetición supone una novedad frente al texto vigente que establece que “los aspirantes que no superen el mismo perderán el derecho a su nombramiento como funcionarios de carrera”.

El Título IV Derecho, deberes e incompatibilidades, abarca los artículos 596 a 606.

El artículo 598 introduce una obligación nueva con los siguientes términos:

II) Vestir y comportarse con el decoro adecuado a la función que desempeña.

Conviene precisar que debiera decir “función que desempeñan” en plural, pues el artículo 598 impone las obligaciones a los funcionarios de la Administración de Justicia, o bien, decir únicamente “vestir y comportarse con el decoro adecuado a la función”, tal como se expone al describir la falta en el artículo 637 c) 6.

Esta obligación también cabe referirla a los Letrados de la Administración de Justicia en virtud de la remisión que el artículo 552, anteriormente mencionado, efectúa a los derechos y deberes establecidos en el Libro VI. Estimamos que debería suprimirse por las consideraciones que hemos relatado al tratar de la falta.

El artículo 602.2 en su apartado 1, al hablar de las “Comunidades Autónomas con competencias asumidas”, al igual que lo hace en otros



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

preceptos, debiera decir “Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia”.

El artículo 605 contiene las mismas licencias que están previstas en el art.504 vigente. Sin embargo, el apartado 5, que se refiere a las licencias por enfermedad, no hace alusión al periodo de la licencia inicial ni a su prórroga. No obstante, el texto proyectado, en el párrafo tercero del apartado 5 sí se refiere a las mismas al disponer: “Tanto la licencia inicial como las prórrogas, se concederán (...)”.

Nos planteamos si podría tratarse de una omisión del contenido previsto en el texto vigente que dice:

“La licencia inicial se concederá por el tiempo que el facultativo haya considerado como previsible para la curación y, en ningún caso, por período superior a 15 días. Si el estado de enfermedad persistiera, la licencia inicial se prorrogará automáticamente (...)”.

El título V Sustituciones administrativas, comprende los artículos 607 a 615.

El artículo 608 en su apartado 2c) contiene un error material al mencionar a las “asambleas legislativas” en minúscula.

El artículo 610 contempla una nueva situación de excedencia prevista para las funcionarias víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. Su inclusión resulta positiva ya que dicha situación estaba reconocida en la actual LOPJ para los Jueces y Secretarios Judiciales exclusivamente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El artículo 614 al tratar los cambios en situaciones administrativas, menciona erróneamente el art.578, pues la referencia debe hacerse al art.582.

Lo mismo cabe decir del artículo 621 relativo al lugar de prestación de servicios, pues la referencia al art. 300 debe hacerse al art. 303.

El artículo 622, relativo a las relaciones de puestos de trabajo, incluye como Centro de destino:

3º El Registro Civil Central y los Registros Civiles Únicos de cada localidad, donde los hubiese.

4º Cada una de las Fiscalías o Adscripciones de Fiscalías.

Respecto al ordinal 3º, este inciso ha sido suprimido en la actual LOPJ por el artículo único.5 de la Ley Orgánica 8/2011, de 21 de julio, *complementaria de la Ley del Registro Civil, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, aunque no entra en vigor hasta el día 22 de julio de 2014. No parece lógico que se vuelva a incluir.

En cuanto al ordinal 4º, dicha referencia supone una transcripción de la regulación contenida en el artículo 521 de la vigente LOPJ.

Entendemos que caben dos opciones: sustituir el término Adscripciones por el de Secciones Territoriales (si se considera oportuno que el Ministerio Fiscal conserve esa implantación territorial de ámbito menor al provincial), o bien suprimir la referencia a las Adscripciones (actuales Secciones Territoriales) de Fiscalías, si se quiere prescindir de las mismas, teniendo en cuenta que la estructura básica territorial prevista en el Anteproyecto es la del Tribunal de Instancia de ámbito provincial.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El artículo 623 que se refiere al Órgano competente para la aprobación de las relaciones de puestos de trabajo, en su apartado 4, contiene una remisión errónea al artículo 281, debe hacerse al 303.

El Título VIII Provisión de puestos de trabajo y movilidad, incluye los artículos 625 a 634.

En el penúltimo párrafo del artículo 628, relativo a las sustituciones, la referencia que hace al “municipio” debiera serlo a la “provincia”.

El artículo 629 apartado 1, cuando se refiere a la redistribución de efectivos, en el párrafo segundo remite por error al art.626.3, debiera hacerlo al art.630.3.

Igualmente, la remisión que efectúa el artículo 632 apartado 2 al art. 581.3, al regular el concurso de traslados, debiera ser al art. 589.3.

El artículo 633, que trata de los concursos específicos, contiene la referencia al art 619, que debe ser al art.627.

En el artículo 635, cuando se refiere a “este libro”, debiera poner la inicial con mayúscula “este Libro”.

El artículo 636, que regula el procedimiento disciplinario, en la primera línea contiene un error material, debería quitarse la preposición “a”, al decir “en desarrollo de esta Ley a deberá”.

El artículo 637, que relaciona las faltas, ha incorporado una nueva falta leve en el apartado C) 6:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

“El incumplimiento del deber de vestir y comportarse con el decoro adecuado a la función”.

Esta falta se introduce en concordancia con la nueva obligación prevista en el artículo 598 al que anteriormente nos hemos referido. Debería suprimirse por las razones ya expuestas.

En el artículo 640, regulador del procedimiento disciplinario, cuando se refiere a “este libro”, debiera poner la inicial con mayúscula “este Libro”.

Respecto del artículo 641, que lleva como enunciado “Prescripción de las sanciones”, cabe efectuar la misma observación que se hizo al tratar el artículo 570. Estimamos que sería más acertado el de “Prescripción de las faltas y de las sanciones”, ya que su contenido se refiere a ambas.

LIBRO SÉPTIMO

Ministerio Fiscal y demás personas e Instituciones que cooperan con la Administración de Justicia

Se subdivide en cinco Títulos: I.- “Ministerio Fiscal” (art. 642), II.- “Abogados, Procuradores y Graduados Sociales” (arts. 643 a 652), III.- “Policía Judicial” (arts. 653 a 656), IV.- “Representación y defensa del Estado y demás entes públicos” (arts. 657), V.- “Policía de estrados” (arts. 658 al 666).

El Consejo Fiscal reitera lo ya expresado al principio del presente informe respecto de la necesidad de que la futura LOPJ fije de forma clara e inamovible la inserción institucional del Ministerio Fiscal en el ámbito del Poder Judicial, de acuerdo con la fórmula que actualmente emplea el art.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

2º.1 EOMF, que debería encontrar acomodo en la futura LOPJ, tanto en su parte expositiva como articulada.

En efecto, el Anteproyecto desdibuja la relevancia constitucional del Ministerio Fiscal al contemplar su inserción en el Libro VII, donde según manifiesta la Exposición de Motivos se recoge el marco básico regulador de los órganos y de los cuerpos de funcionarios y profesionales que, sin integrar el Poder Judicial, colaboran en diversas formas con éste, haciendo posible la efectividad del ejercicio de sus funciones en los términos establecidos por la Constitución (pág. 17). Como se expone ut supra esta opción resulta a nuestro parecer errónea, pues desconoce una parte irrenunciable de la misión constitucional del Fiscal, en su calidad de defensor de la independencia judicial, y órgano imparcial de promoción de la acción de la justicia, al tiempo que proporciona a la sociedad una imagen desnaturalizada de su realidad institucional, que no puede ser homologada a ningún otro cuerpo profesional o funcional de los que ejercen sus funciones en el ámbito de la jurisdicción. Estimamos necesario por ello que tanto en la Exposición de Motivos como en el articulado, se haga la declaración explícita de que el Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial. La ubicación adecuada para tal precepto sería en el Libro I y no en el Libro VII.

La referencia al Ministerio Fiscal en el Anteproyecto se hace en el art. 642, en el que, reproduciendo en su apartado 1 el art. 124 de la Constitución, se establece que “Sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

interés público, y la de velar por la independencia de los Tribunales y la satisfacción del interés social...”, el Anteproyecto añade un inciso final en este apartado en los siguientes términos “... y cualesquiera otras funciones que les sean atribuidas por las leyes”. El Consejo Fiscal estima que este último inciso, además de estar redactado en plural cuando al referirse a una Institución debería estar en singular, es innecesario por redundante, pues obviamente una Institución regida por el principio de legalidad deberá asumir las funciones que le atribuyan las leyes, lo cual ya queda expresado en el artículo sin necesidad de esta nueva especificación.

El Título II regula los principio básicos de la función de los Abogados y Procuradores, a los que reserva la dirección y defensa y la representación de las partes, pues a ellos corresponde garantizar la asistencia jurídica al ciudadano en el proceso, de forma obligatoria cuando así lo exija y, en todo caso, como derecho a la defensa y asistencia letrada expresamente reconocido por la Constitución.

En el caso de los Procuradores, se potencia su función pública en materia de colaboración de los Tribunales en la realización o práctica de actos de comunicación procesal, así como en materia de ejecución. Se incorpora la previsión de la responsabilidad de los procuradores por actos para los que tuvieren atribuida capacidad de certificación o la condición de agentes de autoridad.

Junto a estos profesionales, se establece que los Graduados Sociales realizan las mismas funciones de dirección y defensa en los procesos del orden jurisdiccional social.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Titulo III se dedica a la regulación, también de principios básicos, de la Policía Judicial, como institución que coopera y auxilia a la Administración de Justicia, con unidades funcionalmente dependientes de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal.

En el Titulo IV se regula la representación y defensa del Estado, de sus organismos autónomos, de los órganos constitucionales, así como de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales.

Este Consejo Fiscal nada tiene que objetar a esta regulación básica, toda vez que tiene un carácter prácticamente testimonial, toda vez que la regulación de la funciones de estos profesionales y funcionarios se realiza en sus correspondientes estatutos o en la legislación específica al respecto.

Mención específica, en cuanto novedosa, merece el Titulo V “Policía de estrados” en el que se establecen normas para garantizar el orden en la Sala y amparar en sus derechos a todos los presentes en vistas, comparecencias y demás actuaciones judiciales, que viene a sustituir, adaptando su contenido a la estructura de los órganos judiciales establecida en el Anteproyecto, además de mejorar la técnica legislativa del vigente Titulo V (art. 552 al 557) “De las sanciones que pueden imponerse a los que intervienen en los pleitos o causas”.

El Consejo Fiscal valora positivamente el contenido de este Titulo, así como el sistema de correcciones y recursos que se articula, toda vez que la efectividad en la Administración de Justicia requiere el cumplimiento de unas normas mínimas de comportamiento, así como de respeto a todas las personas que se relacionan en el proceso.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

No obstante, poco acertada se considera la inclusión de la policía de estrados dentro de este Título, ya que no se corresponde con su contenido e induce a confusión, al no referirse a ninguna persona o institución que coopere con la Administración de Justicia, sino a una facultad del titular de la potestad jurisdiccional para mantener el orden en la Sala.

DISPOSICIONES ADICIONALES, TRANSITORIAS, DEROGATORIA ÚNICA Y FINALES

El APLOPJ, concluso su texto articulado, desenvuelve en doce Disposiciones Adicionales, catorce Transitorias, una Derogatoria y seis Disposiciones Finales una pluralidad heterogénea de materias que exigen un análisis particularizado.

Necesidad de regulación procesal de la actividad de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria:

Lo primero que revela una lectura conjunta de este aparato de disposiciones es la efectiva desaparición de la Disposición Adicional quinta LOPJ, cuyo contenido material no se renueva en ninguna de las meritadas disposiciones del anteproyecto y cuya vigencia formal tampoco queda salvaguardada mediante la técnica de la excepción expresa en la Disposición Derogatoria única, a la que en ocasiones recurre el legislador para garantizar la ultravigencia de determinadas piezas normativas insertas en textos de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

alcance general o de naturaleza cuasicodificadora, como el presente, cuando procede a su completa renovación.

La Disposición Adicional quinta LOPJ, como es sabido, constituye hasta la fecha la única ordenación procesal de la actividad de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, y a lo largo de sus diez apartados, en apretada síntesis deficitariamente regulados, de forma parcial y difícilmente comprensible al permitir interpretaciones que atribuyen el conocimiento de los recursos de apelación a órganos unipersonales (no superiores jerárquicamente y no especialistas) contempla, sin embargo, elementos tan esenciales para su normal desenvolvimiento como son la determinación de los recursos ordinarios que pueden interponerse contra sus resoluciones (reforma, apelación y queja), órgano competente en la segunda instancia para conocerlos en virtud de criterios de conexión basados en la materia y el territorio, partes legitimadas activamente para su interposición, delimitación de su efecto suspensivo, requisitos de postulación procesal, régimen de recursos aplicable a los órganos integrados en la Audiencia Nacional, y régimen propio del recurso de casación para unificación de doctrina.

La derogación tácita de esta microley procesal a la entrada en vigor del presente texto abocaría a los órganos judiciales que tienen encomendada la misión de aplicar la Ley Orgánica General Penitenciaria,(al menos en tanto no entrase en vigor el CPP o una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que se ocupase de la materia), a efectuar una penosa e insegura reconstrucción del sistema de recursos mediante la aplicación supletoria de la vigente LECrim, que supondría por lo demás la desaparición del recurso de casación para unificación de doctrina, que por su carácter extraordinario no podría reconfigurarse por vía interpretativa.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Con lo dicho estimamos que queda perfectamente encuadrado el problema que representaría, como consecuencia de la entrada en vigor de este anteproyecto, la desaparición sobrevenida y súbita de esta regulación, de imperioso mantenimiento si no se quiere desencadenar el caos de esta singular y trascendente subjurisdicción dentro del orden penal.

Por tanto resulta indispensable, al menos, el mantenimiento de tan parca y farragosa regulación, sin perjuicio de que el prelegislador aproveche la ocasión para realizar una sustancial mejora de la misma.

Disposiciones Adicionales

Disposición Adicional primera. Demarcación y planta judicial

Dispone que en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales el correspondiente Proyecto de Ley de Demarcación y Planta Judicial que materializará las previsiones de esta norma.

Esta disposición puede crear la apariencia de que la organización judicial no va a experimentar cambios relevantes hasta que se publique dicha Ley de Demarcación y Planta Judicial, pero lo cierto es que la modificación de la demarcación territorial de la totalidad de los órganos judiciales infraprovinciales se hará efectiva mucho antes, transcurrido el plazo de seis meses a que hace referencia la Disposición Transitoria segunda para la aprobación de las normas provinciales de reparto.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Es de temer que la provincialización de la justicia en tan breve lapso de tiempo generará importantes disfunciones.

Por otra parte, el Consejo Fiscal considera que la tramitación separada del presente anteproyecto de LOPJ y de la Ley de Demarcación y Planta Judicial constituye un manifiesto error. Ambos textos debieran haber sido elaborados simultáneamente, pues buena parte de los contenidos de este anteproyecto son difícilmente comprensibles si no se cuenta con el conocimiento de los aspectos de demarcación y planta que traerán consigo sus previsiones normativas.

Así mismo, se hace preciso incidir de nuevo en la crítica ya efectuada en el apartado dedicado al art. 81 del ALOPJ en relación al papel y competencia de las CCAA.

Disposición Adicional segunda. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

Establece que en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales el Proyecto de reforma de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por el que se regula el EOMF. La reforma deberá incluir las normas necesarias para la unificación de categorías de la Carrera Fiscal, para la provisión de plazas en las distintas Fiscalías y para la adecuación del contenido de aquél a lo dispuesto en la nueva Ley Orgánica.

La supresión de las categorías en la Carrera Judicial y en la Carrera Fiscal se realiza a través de instrumentos normativos distintos pues en una se remite a la entrada en vigor de la Ley de Demarcación y Planta Judicial y en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

la otra a la reforma del EOMF. Las disposiciones deberían prever y exigir que esta supresión de categorías en las dos carreras se produzca de forma simultánea manteniendo la equiparación general que actualmente existe entre ambas.

La desaparición de las categorías en la Carrera Fiscal producirá un efecto distinto, y más perjudicial, en la primera categoría que en el caso de los Jueces del Tribunal Supremo, pues éstos una vez nombrados son inamovibles, en tanto que en el caso de los Fiscales de Sala su categoría queda vinculada a un destino concreto, que es objeto de confirmación o renovación cada cinco años; lo que implicará que un Fiscal de Sala que no sea renovado se verá técnicamente desposeído de su categoría.

Por otro lado no puede justificarse el establecimiento del plazo de dos años para que el Gobierno presente una simple reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para la adecuación del mismo a la nueva LOPJ. Aspectos tan relevantes como el régimen sancionador, la adquisición y pérdida de la condición de Fiscal, incompatibilidades, incapacidad, prohibiciones, derechos y deberes están escasamente desarrollados en el actual EOMF, como también la provisión de determinados destinos que dan lugar a importantes problemas de plantilla. Debería de haberse presentado este anteproyecto a la par que un nuevo EOMF donde se regulasen definitivamente las materias indicadas, sin necesidad de acudir supletoriamente a lo dispuesto en la LOPJ.

El Consejo Fiscal exige que en esta Disposición Adicional se regulen, con criterios de estricta equiparación con la Carrera Judicial, la supresión de las categorías y la responsabilidad disciplinaria en la Carrera Fiscal.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Se anuncia que para ello se remitirá al Gobierno un borrador de reforma del EOMF en relación con ambos aspectos.

Disposición Adicional tercera. Jurisdicción militar

Establece que en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales el correspondiente Proyecto de reforma de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Nada hay que objetar a esta previsión.

Disposición Adicional cuarta. Leyes Procesales

Establece que en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de ley necesarios para la adaptación de las leyes procesales. Responde a la misma necesidad que la disposición anterior y es igualmente inobjetable.

Disposición Adicional quinta. Depósito para recurrir

Reproduce el contenido de la Disposición Adicional decimoquinta LOPJ, introducida por la LO 1/2009, de 3 de noviembre. No representa, por lo tanto, ninguna novedad.

Disposición Adicional sexta. Oficina de apoyo al Juez del Tribunal Supremo competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Organiza el soporte administrativo de este Juez, que se inserta orgánicamente en el Gabinete de la Presidencia del Tribunal Supremo, y establece medidas de precaución, con el apoyo técnico del Centro Nacional de Inteligencia, para preservar los secretos oficiales a los que tiene acceso dicho Juez.

Disposición Adicional séptima. Reglamentos del Consejo General del Poder Judicial

Declara la vigencia de los Reglamentos del CGPJ que sean compatibles con la nueva Ley.

Disposición Adicional octava. Procedimiento de selección de vocales

Remite a las Cámaras legislativas la regulación del procedimiento interno de selección de vocales del CGPJ de su competencia. Es inevitable consecuencia de la capacidad de autonormación de que disponen dichas Cámaras, mediante la aprobación de sus respectivos reglamentos.

Disposición Adicional novena. Actualización de multas

Se habilita expresamente al Gobierno para actualizar por vía reglamentaria con una periodicidad de cinco años la cuantía de las multas y sanciones previstas en la Ley. Es una previsión lógica, pues en ausencia de tal habilitación sería precisa una reforma legal para conseguir el mismo efecto.

Disposición Adicional décima. Convocatoria de pruebas de excelencia y especialización en materia tributaria



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Ordena al CGPJ que proceda en breve a la convocatoria.

Disposición Adicional decimoprimer. Referencias a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria

Dispone que las referencias a los Juzgados o a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria que se contengan en otras disposiciones legales o reglamentarias se entenderán hechas a los Jueces de Ejecución de Penas que se regulan en esta ley. La norma, sin embargo, no establece ninguna previsión sobre los recursos aplicables a las resoluciones que dicten estos Jueces de Ejecución de Penas en el ejercicio de las atribuciones específicas de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que no contiene una regulación procesal, lo que como ya se ha anticipado les obligará a aplicar supletoriamente las previsiones de la actual LECrim.

Disposición Adicional decimosegunda. Permiso de paternidad

Vincula la efectividad del permiso de paternidad previsto en el art. 405.6 a la entrada en vigor del establecido en la Ley 9/2009, de 6 de octubre para funcionarios públicos.

Disposición Transitoria primera. Régimen transitorio de Juzgados y Tribunales

Demora la constitución y puesta en funcionamiento de los órganos judiciales del Libro II de la Ley al momento que determine la futura Ley de Demarcación y Planta Judicial, con la salvedad de que a la entrada en vigor



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de la misma se podrán constituir ya las Salas de Asuntos Generales del TS, AN y de los TSJ, así como las Salas Especiales ya existentes del TS.

Disposición Transitoria segunda. Normas provinciales de reparto.

Anticipa la provincialización de la Justicia, al ordenar la aprobación de normas de reparto de ámbito provincial en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la ley. Dispone el apartado 4 que “A estos efectos, los órganos judiciales tendrán jurisdicción en todo el ámbito territorial de la provincia en la que radiquen, y asumirán la competencia para conocer de los asuntos que les corresponda en virtud de tales normas de reparto”. Esto significa que aprobadas las normas de reparto por el CGPJ se producirá ope legis la modificación de la circunscripción territorial de todos los órganos judiciales de rango infraprovincial determinados en la vigente Ley de Planta y Demarcación Judicial, sin necesidad de esperar a la entrada en vigor de la nueva Ley prevista en la Disposición Adicional primera.

La transición de la centenaria Justicia de partido judicial a la nueva Justicia de planta provincial se producirá de forma abrupta, desasistida de un verdadero régimen transitorio, sin ningún escalonamiento y sin un plan de implantación territorial mínimamente meditado. El Consejo Fiscal considera que esta forma de abordar tan trascendental mutación orgánico-judicial peca de superficial, pues parece desdeñar las consecuencias prácticas que dicha transformación va a imponer a la actividad de los juzgados y tribunales y a las expectativas del justiciable de recibir un servicio público mínimamente organizado. Se solicita por ello la supresión de la disposición y que la determinación del régimen transitorio se residence precisamente a la nueva Ley de Demarcación y Planta Judicial.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Disposición Transitoria tercera. Categorías

Prevé el mantenimiento de las actuales categorías de la Carrera Judicial y de Secretarios Judiciales hasta la entrada en vigor de la Ley de Demarcación y Planta Judicial.

Las categorías de la Carrera Fiscal se mantendrán por su parte hasta la entrada en vigor del nuevo EOMF.

Disposición Transitoria cuarta. Régimen transitorio de plazas en los Juzgados y Tribunales

Dispone la aplicación en período transitorio de las previsiones del art. 342 del nuevo texto, con algunas especialidades.

Disposición Transitoria quinta. Institutos de Medicina Legal

Mantiene las agrupaciones de forensías en el período transitorio.

Disposición Transitoria sexta. Procedimientos disciplinarios

Establece la adaptación a la nueva norma de los procedimientos ya incoados antes de su entrada en vigor, y la aplicación del principio de irretroactividad a los aspectos materiales de tipicidad y sanción en lo que fuere desfavorable, y de retroactividad en lo favorable.

Disposición Transitoria séptima. Doctrina legal del Tribunal Supremo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Ordena a los Presidentes de las Salas del TS remitir en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley al Presidente del TS y del CGPJ aquella jurisprudencia que deba ser considerada vinculante, para su publicación en el BOE.

Otorga asimismo valor vinculante a la doctrina legal fijada en las sentencias que, antes de la entrada en vigor de la ley, hayan sido dictadas en los recursos de casación en interés de la ley.

En relación con el primer aspecto, se impone al TS una tarea titánica de síntesis de toda su jurisprudencia histórica, de difícil ejecución. En cuanto al segundo, es consecuencia lógica de la desaparición del recurso de casación en interés de ley y de la proyección del carácter vinculante que se da a la doctrina legal emanada del mismo en los órdenes civil y contencioso-administrativo.

Disposición Transitoria octava. Magistrados y Fiscales eméritos

Regula la situación transitoria de quienes hubieran sido designados Magistrados eméritos antes de la entrada en vigor de la ley, quienes mantendrán su condición si bien se someterán a renovación anual, supeditada a las necesidades de refuerzo que existieran en la Sala en la que vinieran prestando servicio.

En lo que respecta a los Fiscales eméritos, establece que a partir de la entrada en vigor de la ley dejarán de nombrarse, y fija un régimen transitorio



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

a los ya nombrados igual al anterior. Igual régimen se establece para los Jueces en la Disposición Derogatoria única.

Aunque parece desprenderse de los preceptos del Anteproyecto que no podrán ser nombrados tras la vigencia de la norma más Magistrados eméritos, conviene dejar claro en el tenor literal de esta Disposición que la mención de la misma cuando dice: “A la entrada en vigor de la presente Ley no se nombrarán más Fiscales eméritos” alcanza a Fiscales y Magistrados por igual.

Disposición Transitoria novena. Jueces de adscripción territorial

Continúan en sus funciones y pasan a regirse por la nueva normativa.

Disposición Transitoria décima. Administración al servicio de los Tribunales

Hace una invocación genérica a la obligación de las Administraciones competentes de implantar el nuevo modelo de oficina judicial. La invocación es pura retórica, toda vez que las dificultades que conlleva la implantación de este nuevo modelo no se van a volatilizar en el período transitorio de la presente ley.

Disposición Transitoria decimoprimera. Reconocimiento de la condición de especialista. Preferencia para ocupar plazas de especialistas de menores



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Mantiene el reconocimiento de los actuales especialistas. Suprime la especialización en menores, que dejará de convocarse a la entrada en vigor de la ley, opción que sorprende al Consejo Fiscal, toda vez que el anteproyecto contempla unidades y secciones colegiadas de menores en las Salas Penales de los Tribunales.

Disposición Transitoria decimosegunda. Régimen transitorio de las funciones de los Juzgados de Paz y de las Agrupaciones de Secretarías de Juzgados de Paz

Regula el régimen transitorio de estos órganos en extinción.

Disposición Transitoria decimotercera. Funcionarios del Consejo General del Poder Judicial en servicio activo

Mantendrán dicha situación administrativa aunque pase a ocupar cargos que lleven aparejado el paso a situación de servicios especiales.

Disposición Transitoria decimocuarta. Ingreso por concurso de méritos

Reserva una de cada cuatro vacantes de la categoría de Magistrado al sistema de ingreso por concurso de méritos, hasta que se constituyan los Tribunales Provinciales de Instancia.

Disposición Derogatoria única

Contempla la derogación expresa de la LOPJ, con varias excepciones. También deroga expresamente la Disposición Adicional tercera EOMF.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Podría ser un lugar apropiado para conservar la vigencia de la Disposición Adicional quinta LOPJ (recursos contra resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria), aunque lo óptimo sería que se conservase su contenido como Disposición Adicional propia del anteproyecto.

Disposición Final primera. Rango normativo

Discrimina las partes del texto legal que tendrán rango orgánico y legal ordinario.

Disposición Final segunda. Título competencial

Determina los títulos constitucionales atributivos de competencia que habilitan el dictado de la ley.

Disposición Final tercera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de recurso de casación

Es preciso incidir nuevamente en la diversa regulación que se realiza del recurso de casación en los arts. 42 y 43 del ALOPJ que prevé el recurso de casación por razón de materia y por cuantía, motivos que no se prevén en la presente reforma de la LEC.

Deja sin contenido los arts. 466, 467, 482 a 493 y la Disposición Final Decimosexta LEC.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Suprime el recurso extraordinario por infracción procesal, y restablece el recurso de casación por infracción procesal. Nada hay que objetar al cambio, toda vez que este singular recurso no ha llegado a tener vida efectiva.

Modifica a su vez toda la regulación del recurso extraordinario de casación en los arts. 468 a 481. Cabe destacar los siguientes aspectos:

Desaparece el recurso de casación en interés de ley. Es una opción coherente con el nuevo diseño general que impone el valor vinculante de la jurisprudencia, y ordena su publicación en el BOE, así como con la extraordinaria ampliación de las condiciones de admisibilidad del recurso de casación, lo que convierte en superflua la casación en interés de ley.

Se amplía extraordinariamente el concepto de interés casacional (art. 470 LEC) como presupuesto de admisibilidad, que abarcará no sólo los conceptos clásicos de oposición de la sentencia de instancia a la jurisprudencia del TS, o de silencio de la doctrina legal, sino también casos en que el pleito “resuelva una cuestión en que sea necesario cambiar la jurisprudencia” o cuando “la cuestión litigiosa sea de interés general”, previsiones que por su evanescencia implican la evaporación de los límites materiales del recurso de casación.

La ampliación del ámbito del recurso se pretende compensar mediante el establecimiento de un cupo máximo de recursos que pueden admitirse por la Sala de lo Civil del TS, el cual se fijará por la Sala de Gobierno de dicho Tribunal para cada año. De lo que se sigue que la admisibilidad de los recursos no va a depender tanto de la trascendencia jurídica de la litis en términos de interpretación del derecho, sino de consideraciones de índole



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

administrativa que va a concretar un acuerdo emanado de un órgano gubernativo en atención a criterios meramente economicistas y de gestión de recursos. Se trata de un modelo extraño, contradictorio y difícilmente cohonestable con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

No parece justificable el establecimiento del sistema de cupo máximo anual como criterio legal de admisión del recurso de casación, sin que por otro lado se establezcan los criterios para la fijación de este cupo.

Disposición Final cuarta. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en materia de recurso de casación

Modifica la redacción de los arts. 96 a 101 de la LJCA, relativos al recurso de casación en este orden jurisdiccional. En la nueva regulación cabe destacar:

Desaparece el recurso de casación en interés de ley que, al igual que sucede en el orden civil, pierde su razón de ser al ampliarse considerablemente el ámbito de admisibilidad del recurso de casación para unificación de doctrina. Con seguridad también ha influido en esta decisión la institución de la jurisprudencia vinculante que el Anteproyecto introduce. Se mantiene el recurso de casación común y se modifica la regulación del recurso de casación para unificación de doctrina mediante una considerable expansión del concepto indeterminado de la conveniencia de unificar doctrina, implantando unos criterios muy similares a la idea del interés casacional que el Anteproyecto maneja en el orden civil.

El recurso de casación para unificación de doctrina se extiende ahora a cualquier Sentencia de cualquier órgano judicial de esta jurisdicción (Sala Audiencia Nacional; Sala Tribunales Superiores de Justicia; Juzgados contencioso-administrativo) contra la que no quepa ulterior recurso.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Las circunstancias que justifican la conveniencia de la unificación de doctrina se contienen en el art. 96.2, letras a) a k).

Algunos de los criterios resultan excesivamente laxos. Buena muestra de ello es el apartado a) que admite el recurso cuando *“no exista jurisprudencia, resulte insuficiente o imprecisa, o aun existiendo, necesite ser reconsiderada por existir en apariencia razones fundadas que aconsejen su modificación”*.

Otros, como los contenidos en los apartados j), k) y d) no fijan motivos casacionales y constituyen más bien fórmulas de apelación.

Es cuestionable el apartado h) que contempla el siguiente motivo: *“Que interprete o aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional”*. Supone atribuir a la Sala Tercera T.S. una específica función de intérprete de la doctrina del Tribunal Constitucional, fijando una jurisprudencia propia en materia constitucional que puede colisionar con lo previsto en la LOTC.

El apartado b), *“se aparte deliberadamente de la jurisprudencia anterior al considerarla errónea”*, confluye con la infracción de jurisprudencia (sea deliberada o no) que ya es motivo de casación ordinaria en el actual art. 88.1.d) de la LJCA.

Por otro lado, se suprime el actual art. 98 LJCA y los preceptos del Anteproyecto no precisan el alcance y contenido de la Sentencia en caso de estimación del recurso y si, como hasta ahora, no afecta a la situación jurídica individualizada que subyace en la Sentencia.

Al igual que en el orden civil, se prevé un cupo máximo de recursos admisibles, que se fijará antes de finalizar el año natural, si bien a diferencia de lo que se prevé para aquel orden, el cupo no lo fija la Sala de Gobierno, sino la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en reunión plenaria (art.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

100.1 LJCA). Reiterar lo dicho al respecto y subrayar que el art. 100.1 no proporciona ni un solo criterio o pauta para la selección de este cupo máximo.

Las restricciones afectan incluso a aspectos formales del recurso, pues conforme al art. 101 “La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, a propuesta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo, podrá regular, mediante acuerdo que se publicará en el Boletín Oficial del Estado, la longitud máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de preparación, interposición y oposición del recurso de casación para unificación de doctrina”.

Nuevamente tenemos la impresión de que prevalecen consideraciones de orden económico y de gestión sobre la necesidad intrínseca de crear un cuerpo homogéneo de doctrina legal en la regulación proyectada.

En definitiva, el Anteproyecto plantea una desmedida extensión del recurso de casación para unificación de doctrina. Por ello y por cuanto se acaba de exponer, el Consejo Fiscal propone una revisión íntegra de esta regulación.

Disposición Final quinta. Modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General

Modifica el art. 101 LOREG, única y exclusivamente en lo relativo a la autoridad destinataria de los sobres remitidos por las Mesas para el escrutinio electoral, de modo que dejan de ser los Juzgados de 1ª Instancia



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

para hacerse cargo el Secretario de Ayuntamiento o los miembros de la Junta Electoral de Zona.

Disposición Final sexta

Establece los distintos plazos de entrada en vigor de las diversas partes de la nueva Ley, de modo que ciertas partes entrarán en vigor al día siguiente de su publicación y otras en el momento de entrada en vigor de la nueva Ley de Demarcación y Planta Judicial.

-oOo-

Es cuanto el Consejo Fiscal tiene que informar sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial

Madrid, 25 de junio de 2014

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL

Fdo. Eduardo Torres-Dulce Lifante