

De la justicia a la ciberjusticia

Vicente Pérez Daudí

Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

De la justicia a la ciberjusticia

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2022 Vicente Pérez Daudí (perezdaudi@ub.edu)

© 2022 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibrosjuridicos.com
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18244-89-6

Depósito legal: B 1368-2022

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

A Sandra y a Nacho.

Índice

1. INTRODUCCIÓN	13
2. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. ANÁLISIS LEGISLATIVO	17
2.1. La Unión Europea y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso judicial	17
2.1.1. El Plan E-Justicia.	17
2.1.2. Sistemas judiciales europeos, edición 2010 (datos 2008): eficacia y calidad de la justicia, aprobada por el CEPEJ en octubre de 2010	18
2.1.3. La justicia y tecnologías de la información, del Consejo Consultivo de Jueces Europeos, opinión número 14 (2011)	18
2.1.4. Las líneas directrices sobre la conducta de cambio hacia la ciberjusticia aprobadas por el CEPEJ el 7 de diciembre de 2016.	19
2.1.5. Los estudios sobre los Sistemas Judiciales Europeos. Eficacia y calidad de la justicia, edición 2018	21
2.1.6. La Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno.	22
2.1.7. Inteligencia artificial para Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones	26
2.1.8. Estudio técnico sobre la regulación en línea de los litigios.	27
2.1.9. Decodificar la inteligencia artificial: 10 medidas para proteger los derechos humanos	29
2.1.10. Herramientas para implementar las directrices sobre Ciberjusticia	30
2.1.11. La conferencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de octubre de 2019, sobre la Justicia en Europa frente a los desafíos informáticos	32
2.1.12. Libro Blanco sobre la inteligencia artificial de la Comisión Europea	32
2.1.13. Las conclusiones de la Presidencia del Consejo de la Unión	

Europea sobre la Carta de los Derechos Fundamentales en el contexto de la inteligencia artificial y el cambio digital	33
2.1.14. La regulación europea	34
2.2. La ciberjusticia en la legislación española.	36
2.3. Conclusión: la preocupación de la Unión Europea y del Consejo de Europa sobre la ciberjusticia.	37
3. EL PROCESO JUDICIAL	41
3.1. La aplicación de los principios del proceso a la ciberjusticia. El respeto de las garantías procesales.	41
3.1.1. La independencia y la imparcialidad judicial	43
3.1.2. El principio de dualidad de posiciones	45
3.1.3. El principio de audiencia	46
3.1.4. El principio de igualdad	47
3.2. La distribución de funciones entre el Órgano Jurisdiccional y el Letrado de la Administración de Justicia	49
3.3. La incidencia de las TICS en la tramitación del proceso judicial. El proceso declarativo y la influencia en la oralidad del proceso judicial	52
3.3.1. El acceso a la justicia y la brecha digital	56
3.3.2. La adopción de decisiones no jurisdiccionales automatizadas	58
3.3.3. Los actos procesales de parte y la ciberjusticia.	61
3.4. La aplicación de las nuevas tecnologías al proceso de ejecución	67
3.4.1. Naturaleza jurídica del proceso de ejecución	68
3.4.2. El proceso de ejecución en el proceso civil	70
3.5. Las nuevas tecnologías y las medidas cautelares	73
4. LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS	75
4.1. Introducción.	75
4.2. Regulación legislativa.	77
4.3. Aspectos problemáticos	79
4.3.1. La constitucionalidad de la comunicación electrónica y el ámbito de la misma.	80
4.3.2. La no indicación del correo electrónico en el escrito de demanda	84
4.3.3. La negativa a recibir una comunicación electrónica	86
4.4. Las consecuencias procesales de los errores en las comunicaciones electrónicas	88
5. LA PRUEBA ELECTRÓNICA	91
5.1. Introducción.	91
5.2. Regulación legal	92
5.3. Naturaleza jurídica. Entre la prueba documental y la prueba electrónica autónoma	93
5.4. La aportación en formato digital de los documentos adjuntos a los escritos de alegaciones.	97
5.4.1. Regulación	97
5.4.2. La posibilidad de presentar los documentos digitalizados junto con los escritos de alegaciones	97

5.4.3.	La no posibilidad de admitir los documentos en un momento inicial	100
5.4.4.	Momento procesal para requerir la aportación del documento original.	101
5.5.	La impugnación del documento electrónico y de la prueba por instrumentos audiovisuales o electrónicos	101
5.5.1.	La impugnación	101
5.5.2.	La impugnación del documento electrónico y de la prueba por instrumentos audiovisuales o electrónicos.	104
6.	LA DECISIÓN AUTOMATIZADA DEL CONFLICTO	111
6.1.	Las aplicaciones informáticas como alternativa a la jurisdicción.	111
6.2.	Las aplicaciones informáticas y los ODR	117
6.3.	Las aplicaciones informáticas y la adopción de medidas cautelares.	122
7.	PREMISAS PARA LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA DECISIÓN JUDICIAL: LA VINCULACIÓN AL PRECEDENTE JUDICIAL	127
7.1.	La igualdad en la aplicación de la Ley por los órganos jurisdiccionales	127
7.1.1.	La jurisprudencia, la vinculación con la decisión de los Tribunales Superiores y la independencia judicial.	130
7.1.2.	La vinculación del órgano jurisdiccional a sus criterios jurisdiccionales previos.	134
7.1.3.	La vinculación de los Tribunales a las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	136
7.2.	La inteligencia artificial, el algoritmo y el silogismo judicial	139
7.2.1.	El silogismo judicial	141
7.2.2.	La relación hecho-derecho	148
7.2.3.	Especial referencia a los juicios de equidad	158
7.2.4.	La discrecionalidad judicial.	161
7.3.	Los ataques a la previsibilidad de las resoluciones judiciales	165
8.	LA FALTA DE PREVISIBILIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA LITIGIOSIDAD MASIVA	173
8.1.	La litigiosidad masiva y las cláusulas abusivas existentes en los contratos de préstamo hipotecario	173
8.2.	El fracaso de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo	175
8.3.	Los procedimientos testigo	178
9.	CONCLUSIONES	183
	BIBLIOGRAFÍA CITADA	189

1 | Introducción

Una de las revoluciones que ha sufrido la humanidad a lo largo de su historia es la aparición de la informática y su influencia en la vida diaria. Es sorprendente como en apenas treinta años hemos pasado de utilizar los ordenadores para realizar simples tareas de ofimática a ser imprescindibles en muchas facetas de la vida, tanto a nivel personal como profesional. Además, la tecnología nos sorprende con la capacidad de procesar datos en un escaso lapso temporal e identificar pautas en los mismos.

Así los ordenadores personales de uso limitado a la informática y que tan sólo podían almacenar unos megas se hayan convertido en máquinas con una capacidad ilimitada debido al almacenamiento en la nube y con unas posibilidades de procesar los datos inalcanzables para las personas. Todo ello ha provocado que se hayan creado programas y algoritmos que permiten predecir el comportamiento humano, que es lo que se denomina Inteligencia Artificial.

Actualmente en nuestra vida cotidiana nos relacionamos con otras personas a través de dispositivos electrónicos de una forma prácticamente inmediata y sin importar la distancia. Estos son capaces de predecir nuestros hábitos de consumo o el destino al que vamos cuando nos desplazamos, sugiriéndonos aquellos productos que nos puede satisfacer o la ruta más apropiada en función de nuestras costumbres y la situación del tráfico. Incluso hay aplicaciones informáticas de empresas de comercio electrónico que permite ofrecer una solución ante los conflictos generados por una transacción.

Todo esto era inimaginable a inicios de este siglo donde la preocupación era el colapso de los ordenadores por el efecto 2000, pero actualmente es una reali-

dad. En la práctica judicial ya se está utilizando lo que se denomina inteligencia artificial para facilitar a los Tribunales la adopción de decisiones judiciales¹.

Lo que he descrito tiene una incidencia directa en nuestra vida cotidiana, pero también en el ámbito del proceso judicial. Concretamente identifiqué seis instituciones a las que ha afectado o afectará directamente el uso masivo de las nuevas tecnologías: el acceso a la Justicia, las notificaciones, la tramitación del procedimiento, la prueba, la decisión judicial y el proceso de ejecución.

En el ámbito del proceso y la adopción de decisiones judiciales ya se están utilizando programas basados en la «inteligencia artificial» para facilitar la labor de los jueces al dictar sus resoluciones o incluso para sustituirlas. Así en Estados Unidos se está utilizando el programa COMPASS en el proceso penal para calcular el riesgo de reincidencia delictiva de una persona². Por otro lado, en países como China o Estonia ya se está aplicando la Inteligencia Artificial para la adopción de decisiones judiciales. Finalmente, en la 31 Reunión Plenaria de la Comisión Europea para la eficacia de la Justicia, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018, se adoptó la Carta ética europea de utilización de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales. Desde la perspectiva de la abogacía ya existen programas informáticos que informan de la estadística de resolución de un juez o magistrado concreto y determinado, los argumentos utilizados y aconseja la estrategia procesal que debe seguirse en el caso concreto³.

En España la transformación digital del proceso se ha tenido que iniciar precipitadamente por los efectos de la pandemia del COVID-19 en nuestra realidad social, lo que incluye a la Administración de Justicia. La paralización de la actividad judicial desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 2 de junio de 2020 y la necesidad de adoptar nuevas medidas sanitarias en el desarrollo de las actuaciones físicas ante los tribunales han provocado que se potencie la celebración telemática de las actuaciones ante los Tribunales. En este contexto el artículo 19 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19, en el ámbito de la Administración de

1. El Group of the Commission to Reimagine the Future of New York's Courts publicó en mayo de 2021 el Report and Recommendations of the Future Trials Working Group. Declara que las nuevas tecnologías ya se están aplicando en el proceso judicial en las siguientes actividades: que los abogados se comuniquen con personal de apoyo, otros abogados y expertos en el momento de la práctica de la prueba y acceder al proceso judicial y la documentación telemáticamente y a las bases de datos de la jurisprudencia.

Además, afirma que las tareas previsibles que puede realizar la Inteligencia Artificial en el proceso judicial son: realizar transcripciones en tiempo real, redactar documentos judiciales de rutina y comprobar que el resultado alcanzado por el juez es similar a otros casos idénticos o comparables.

2. Ver ampliamente el análisis que efectúa NIEVA FENOLL, en *Inteligencia artificial y proceso judicial*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 68 y ss.

3. Ver el análisis que efectúa NIEVA FENOLL, loc. cit.

Justicia prevé la celebración de actos procesales mediante presencia telemática durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su realización⁴.

La aplicación de las nuevas tecnologías al proceso judicial ha sido una de las preocupaciones de la Comisión Europea, del Parlamento Europeo, del CEPEJ y de otros organismos europeos⁵. Desde el entorno europeo se han elaborado varios documentos que tienen como nexo la preocupación por la ciberjusticia⁶, entendida como la aplicación de las tecnologías de la información a la resolución de conflictos, o la Resolución en Línea de Litigios (RLL)⁷.

En esta monografía analizo distintos aspectos de la aplicación de las tecnologías de la información al proceso judicial. En primer lugar, desarrollo la regulación legislativa y los trabajos realizados en el entorno de la Unión Europea y estatal. A continuación, planteo la influencia que ha tenido o que puede tener en el proceso judicial. Para ello desarrollo como afecta a las garantías procesales, las actividades que son susceptibles de automatización en el proceso declarativo, en el proceso de ejecución y en la adopción de medidas cautelares. Posteriormente planteo los efectos sobre instituciones concretas como las notificaciones, la prueba y la decisión del conflicto. En este último contexto me parece importante la relación con el precedente judicial y la vinculación del Tribunal a sus propias decisiones y la de los tribunales superiores. Finalmente expongo la problemática de la litigiosidad masiva.

4. Posteriormente el Consejo de Ministros ha aprobado tres anteproyectos de eficiencia procesal, dos de los cuales inciden de forma directa en la digitalización del proceso: el 15 de diciembre de 2020 aprobó el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, el 20 de abril de 2021 aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, y el 19 de octubre de 2021 aprobó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de Sociedades.

En el momento de revisar las últimas pruebas de esta monografía aún no se han aprobado los proyectos de ley para su remisión a las Cortes Generales.

5. Ver extensamente BONET NAVARRO, «La tutela judicial de los derechos no humanos, de la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos», en *Revista CEFLEGAL*, CEF, número 208, mayo 2018, pp. 68 y ss.

6. Este término es utilizado por el CEPEJ en el documento sobre «Las líneas directrices sobre la conducta de cambio hacia la ciberjusticia», adoptado en la 28 reunión plenaria, celebrada el 7 de diciembre de 2016. En el apdo. 2 justicia el uso de este término ya que incluye todas las situaciones en las cuales una aplicación o una tecnología de la información y de la comunicación, se integra en un proceso de regulación de litigios, sea jurisdiccional o extrajurisdiccional.

7. En la 93ª reunión plenaria del Consejo de Europa, celebrada en Estrasburgo el 14 y el 16 de noviembre de 2018, se aprobó el Estudio técnico sobre la Regulación en Línea de Litigios (RLL). El Consejo de Europa le dota de un contenido amplio y lo concibe como una regulación en línea de litigios, que incluye tanto la aplicación de las nuevas tecnologías a los procesos judiciales como a la tramitación electrónica de los sistemas extrajudiciales de resolución de los conflictos.

Quiero agradecer a todos los que me han ayudado y acompañado en la realización de este trabajo. Por un lado, a mis compañeros en el proyecto de investigación Imma, Nuria, Isabel. Chantal, Domenec, Antoni, Araya y Loreto. Por otro a Francisco, Manolo, Just, Manuel, Joan, Sonia y Verónica por los consejos y sugerencias que me realizaron durante la elaboración de este trabajo. A nivel personal a los amigos que han seguido la evolución del trabajo Jesús, Javier, Judith, Carmen, Victoria y Roser.

Finalmente, a aquellos que están más próximos a mi por las ausencias y la comprensión que han mostrado durante la elaboración de este trabajo. A Sandra, Nacho, mi madre, Rafa y Pau por las ausencias y la comprensión que han mostrado durante la elaboración de este trabajo. Y todo ello con el recuerdo de mi padre y mi hermano Alfonsito, que son una motivación y una referencia imprescindible en mi actividad diaria⁸.

8. Este trabajo se ha realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación PGC 2018-09620-B-C-21 del Ministerios de Ciencia, Innovación y Universidades.

2 | La aplicación de las nuevas tecnologías a la resolución de conflictos. Análisis legislativo

2.1. La Unión Europea y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso judicial

La aplicación de las nuevas tecnologías al proceso judicial ha sido una de las preocupaciones de la Comisión Europea para la eficacia de la justicia. Quiero destacar una serie de documentos elaborados por órganos vinculados con la Comisión Europea como la Comisión Europea para la eficacia de la Justicia (CEPEJ) y el Consejo Consultivo de Jueces Europeos, advirtiéndome que reseño los que he considerado más significativos para conocer la postura adoptada por el Consejo de Europa.

2.1.1. El Plan E-Justicia

El Plan E-Justicia tiene su antecedente en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 30 de mayo de 2008, con el título de «hacia una estrategia europea en materia de E-Justicia (justicia en línea)» Com (2008)329.

El apartado 2 de este documento define la e-Justicia como «el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para la eficacia de la acción judicial entendida como toda actividad consistente en resolver un litigio o sancionar penalmente una conducta».

Actualmente está en vigor el Plan de Acción 2019-2023 relativo a la Justicia en la Red Europea, que renueva la Estrategia europea relativa a la Justicia en la red⁹. Entre las acciones que persigue destaca la inteligencia artificial. En el pf. 15 afirma que «se ha considerado uno de los principales hitos logrados en los últimos años en las tecnologías de la información y la comunicación y debe seguir desarrollándose en los próximos años». Añade que «es necesario definir mejor sus implicaciones en el ámbito de la justicia en la red».

Los objetivos del proyecto de la Inteligencia artificial para la justicia es «definir el papel que podría desempeñar la inteligencia artificial en el ámbito de la justicia» y «desarrollar una herramienta de IA para el análisis de resoluciones judiciales».

2.1.2. Sistemas judiciales europeos, edición 2010 (datos 2008): eficacia y calidad de la justicia, aprobada por el CEPEJ en octubre de 2010

Una de las primeras veces que el CEPEJ se pronunció sobre las tecnologías de la información en el proceso judicial fue en el informe sobre sistemas judiciales europeos, aprobado en octubre de 2010 teniendo en cuenta los datos de 2008. En el capítulo 5.3 de este documento analiza tres aspectos:

- La necesidad de que el equipamiento informático sea utilizado para la asistencia al juez o al personal de los Tribunales.
- El sistema para registrar y gestionar los asuntos y el uso de bases de datos informatizadas.
- El uso de los medios de comunicación electrónica y los intercambios de información entre los Tribunales y su entorno.

2.1.3. La justicia y tecnologías de la información, del Consejo Consultivo de Jueces Europeos, opinión número 14 (2011)

El Consejo Consultivo de Jueces Europeos adoptó en la 12ª Reunión plenaria, celebrada en Estrasburgo del 7 al 9 de noviembre de 2011, la opinión número (2011), 14, sobre «Justicia y tecnologías de la información». En el párrafo 4 indica cuál es el objeto del documento, afirmando que «se concentra sobre las oportunidades que ofrecen las TICs, así como su impacto en el sistema y el proceso judicial. Analiza especialmente el acceso a la justicia, el Estado de De-

9. Plan de acción 2019-2023 relativo a la Justicia en la Red Europea (2019/C96/05), publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 13 de marzo de 2019, C96/9.

recho, la independencia del juez y del sistema judicial, el funcionamiento de los tribunales y los derechos y deberes de las partes».

En el documento el Consejo Consultivo de los Jueces Europeos muestra una especial preocupación del efecto sobre los derechos de las partes y la independencia judicial.

El apartado D del documento estudia las tecnologías de la información en el procedimiento judicial. Quiero destacar la preocupación que manifiesta sobre:

- Que la finalidad de la tecnología de la información aplicada al proceso judicial es ser concebida y percibida como una ayuda auxiliar al proceso de decisión del juez, permitiendo facilitar su trabajo (pf. 27).
- Que la utilización de la tecnología de la información no puede disminuir las garantías del proceso ni privar al justiciable de su derecho a un debate contradictorio ante el juez, a la producción de pruebas, a escuchar a los testigos o expertos y presentar cualquier incidente o contestación que estime útil (pf. 28).
- La finalidad es simplificar el procedimiento, pero no sustituir la función del juez de constatar y apreciar las pruebas, determinar la ley aplicable y tomar una decisión, sin otras limitaciones que las previstas por la ley (pf. 31).

El apartado E del documento analiza la administración de la tecnología de la información y advierte de los riesgos que pueden tener sobre la independencia judicial. Así afirma que no se puede diseñar una excesiva dependencia de las tecnologías de la información (pf. 34) y que no puede impedir a los jueces aplicar la ley de forma independiente e imparcial (pf. 8). El Consejo consultivo advierte que «los jueces no pueden estar sometidos, por razones de eficacia únicamente, los imperativos tecnológicos y a los que controlen la tecnología» (pf. 34). Para asegurar la independencia la gestión informática debe depender del Consejo de Justicia (pf. 36).

2.1.4. Las líneas directrices sobre la conducta de cambio hacia la ciberjusticia aprobadas por el CEPEJ el 7 de diciembre de 2016

A través de la aprobación «las líneas directrices sobre la conducta de cambio hacia la ciberjusticia»¹⁰, el CEPEJ ha pretendido «aportar una mirada crítica sobre la evolución de la informática aplicada a la justicia en los últimos años, así como los desafíos que impondrá, tanto a los profesionales de la justicia como

10. Este documento fue aprobado por la CEPEJ, en la 28 reunión plenaria, celebrada el 7 de diciembre de 2016.

a los órganos decisores». Justifica el uso del término ciberjusticia en que incluye todas las situaciones en las cuales una aplicación o una tecnología de la información y de la comunicación, se integra en un proceso de regulación de litigios, sea jurisdiccional o extrajurisdiccional¹¹.

Este documento me parece fundamental para establecer una guía sobre la aplicación de las nuevas tecnologías al proceso judicial y advierte de los riesgos que implica. El CEPEJ analiza el tratamiento en línea de los procesos judiciales y la resolución en línea de los litigios. Me parece esencial los capítulos del trabajo que incide en la posible afectación a los derechos fundamentales y a los principios del proceso.

En la exposición empezaré por el final del documento. El párrafo 82 afirma que:

«La implementación de un sistema de información requiere una auditoría de los procedimientos y procesos en el trabajo. en el sistema judicial. El desarrollo de la ciberjusticia es una oportunidad para revisar organizaciones y las reglas de procedimiento heredadas del pasado, respetando los principios fundamentales de derecho procesal y organización judicial. De hecho, los sistemas informáticos de justicia cuestionan el equilibrio entre el procedimiento en un lado, que es el conjunto de normas legales aplicables a una demanda, las prerrogativas de los diferentes actores del procedimiento de una manera, y los procesos del otro, que son las elecciones de diseño práctico de las reglas de procedimiento a través de una determinada organización del trabajo, mediante el uso de una serie de tareas.»

Así pone como ejemplo de actualización el planteamiento de la obligación de conservar copias en papel de los documentos.

A continuación, finaliza afirmando que:

«Dicha auditoría debería permitir una actualización, sino una simplificación, de las normas que rigen la actividad judicial cuando sea posible, mediante la adopción de nuevas reglas de procedimiento en su caso. En cualquier caso, debemos asegurarnos de que TI, a través de su proceso, no interfiere con los principios fundamentales del procedimiento reconocido por el derecho nacional y la legislación europea corre el riesgo de crear inseguridad jurídica.»

Este párrafo me parece importante porque incide en:

- La necesidad de auditar los procedimientos existentes.
- Obligación de respetar los derechos fundamentales del derecho procesal y de la organización judicial.

11. Líneas directrices, pf. 2.

- Analizar el equilibrio entre el procedimiento, las prerrogativas de los diferentes actores y el proceso.
- La finalidad es reactualizar, y en su caso simplificar las normas que rigen la actividad judicial.
- Finalmente advierte de nuevo la necesidad de respetar los principios esenciales del proceso y del procedimiento para no crear inseguridad jurídica.

En estas líneas directrices el CEPEJ, antes de llegar a esta conclusión, ha analizado el tratamiento en línea de los litigios (pf. 24), la implantación de las nuevas tecnologías en el procedimiento (pf. 25) y las nuevas tecnologías como facilitadora de la decisión judicial (pf. 48 y 51). También ha advertido de la necesidad de respetar la independencia judicial (pf. 49)¹² y garantizar el contradictorio y la igualdad de las partes (pf. 50)¹³.

2.1.5. Los estudios sobre los Sistemas Judiciales Europeos. Eficacia y calidad de la justicia, edición 2018

El CEPEJ publica de forma periódica un estudio en el que analiza los Sistemas Judiciales Europeos para la eficacia y la calidad de la justicia. En el año 2018 publicó uno con los datos de 2016¹⁴. Uno de los aspectos que expuso fue el Estado de desarrollo de las tecnologías de la información en los sistemas judiciales europeos.

En el informe distingue entre los sistemas electrónicos de gestión de los asuntos y las aplicaciones de predicción de las decisiones judiciales. Afirma que la totalidad de los Estados tienen sistemas electrónicos de gestión, salvo Chipre. También advierte de la obsolescencia de los sistemas implantados. Finalmente

12. El pf. 49 afirma que «sin embargo, el respecto del principio de independencia ordena que cada uno pueda y deba al final, tomar una decisión que sea personal después de realizar un razonamiento que debe poder asumir a títulos provisional, sin vinculación con el útil informático. La utilización de tramos y guías de razonamiento no puede tener como efecto privar al juez de su facultad de decisión, imponiéndolo una forma de razonamiento del que no pueda apartarse cuando lo desee, o implicando un volumen de trabajo que no le deje la posibilidad de replantearse la forma de razonamiento inducida por el útil informático». A continuación, hace propia la conclusión del Comité Consultivo de Jueces Europeos, opinión número 14, 2011, que declara que «la tecnología debe ser adaptada al proceso judicial y todos los aspectos del trabajo del juez. Los jueces no deben estar sometidos, por razones de eficacia, a los imperativos tecnológicos y a los que controlan la tecnología».

13. El pf. 50 se hace eco de la opinión número 14 del año 2011, del Comité Consultivo de Jueces Europeos y se preocupa por el respeto del principio de contradictoria e igualdad afirmando que «deben igualmente estar garantizados de la misma manera que en los procedimientos sin informática». Añade al final del párrafo que «el juez debe durante todo el proceso estar atento a que una parte no esté desfavorecida en relación con la otra por la sola razón que no tuviera los medios para acceder a la tecnología».

14. CEPEJ, «Systèmes judiciaires européens. Efficacité et qualité de la justice», *Études de la CEPEJ* n° 26, édition 2018 (données 2016).

hace la recomendación «de concentrar sus esfuerzos en la mejora y eficacia de sus sistemas electrónicos de gestión de asuntos, asociándolos con los usuarios finales, incluso antes de iniciar la oferta de sistemas más sofisticados»¹⁵.

El CEPEJ analiza a continuación el «open data, intelligence artificial, blockchains». El open data consiste en la publicidad de las resoluciones judiciales permitiendo la utilización integral de las resoluciones judiciales en las bases de datos, lo que denomina «carburante gratuito». De facto constituye el presupuesto necesario para la aplicación de la Inteligencia Artificial, que es el motor que alimenta este carburante.

En este informe no define lo que es la Inteligencia Artificial, sino que se limita a indicar que es el anuncio de «ciertas legaltech que afirman poder predecir el resultado judicial de un asunto». Al analizarlo concluye que su utilización por los jueces de los Estados del Consejo de Europa es inexistente en el año 2016. Sin embargo, advierte que los decisores públicos comienzan a estar seducidos por la potencialidad ofrecidos, «que imaginan incluso que puede responder a las antiguas preocupación como la transparencia, eficacia y previsibilidad de la Justicia, así como la homogeneización de la jurisprudencia»¹⁶.

2.1.6. La Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno

Otro elaborado por el CEPEJ y que considero esencial es la Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018¹⁷.

En la introducción ya advierte que cualquiera que sea su finalidad (aportar un soporte a una consulta jurídica, una ayuda a la redacción o a la decisión o a una orientación al justiciable) es esencial que el tratamiento sea efectuado «en las condiciones de transparencia, neutralidad y de legalidad certificada por un experto exterior al operador e independiente»¹⁸.

A continuación, enumera los 5 principios, que son:

15. CEPEJ, *Systèmes judiciaires...*, cit., p. 216.

16. CEPEJ, *Systèmes judiciaires...*, cit., p. 220.

17. En adelante citaré este documento como Carta ética de utilización de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno.

18. Carta ética..., cit., p. 5.

- El principio de respeto de los derechos fundamentales ya que debe respetar los derechos garantizados por la Convención Europea de Derechos del Hombre, y que no debe atentar contra las garantías de derecho de acceso al juez y de un proceso justo (igualdad de armas y respeto del contradictorio). También debe respetar los principios del Estado de Derecho y la independencia de los Tribunales en sus procesos de decisión.
- El segundo de los principios es el de calidad y seguridad, que debe tender a garantizar la no discriminación. Para ello advierte que «los actores públicos y privados deben asegurar que éstos no reproduzcan o agraven estas discriminaciones y que no conduzcan a análisis o usos determinados». Para ello propone que se realicen intervenciones correctivas para neutralizar estos riesgos.
- El tercero incide en la calidad y seguridad. En este el CEPEJ advierte de la posible manipulación de los datos por terceros.
- El cuarto es el de transparencia, neutralidad e integridad intelectual. Se plantea el equilibrio entre el derecho de la propiedad intelectual de las aplicaciones y el principio de transparencia, neutralidad y lealtad e integridad intelectual, primando el interés de la Justicia.
- El quinto es el de control por el usuario. Advierte la necesidad de que el usuario final tenga el control de la aplicación y garantice su independencia. Así afirma que «el justiciable debería ser informado igualmente de una manera clara del recurso a un tratamiento preliminar de un asunto por la inteligencia artificial antes o durante un proceso judicial y estar en disposición de ponerse para que su asunto sea conocido directamente por un tribunal en el sentido del artículo 6 del CEDH».

Los cinco principios son esenciales para el desarrollo de las aplicaciones informáticas que realicen el tratamiento de las resoluciones judiciales para prever o predecir¹⁹ el resultado final del litigio.

A continuación de los principios enumerados se aprueba un Anexo que es un «Estudio sobre la utilización de la IA en los sistemas judiciales, especialmente las aplicaciones de IA que aseguran el tratamiento de decisiones y de datos judiciales». En la introducción anuncia los riesgos que puede tener esta tecnología sobre la primacía de la ley y la compatibilidad con los derechos individuales consagrados en la CEDH, fundamentalmente en el derecho a un proceso

19. Tal como desarrollo posteriormente prever y predecir no son sinónimos. La RAE define prever como segunda acepción «conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder». Predecir lo define como «anunciar por revelación, conocimiento fundado, intuición o conjetura algo que ha de suceder» (consultado en www.dle.rae.es). Sobre esta distinción el CEPEJ afirma que «la predicción es el acto de anunciar anticipándose a acontecimientos futuros» y que la previsión «resulta de la observación de un conunto de datos con la finalidad de considerar una situación futura» (la Carta ética, cit., p. 32. Ya anticipo que en mi opinión estas aplicaciones informáticas no pueden predecir el resultado del proceso.

justo y de respeto a la vida privada y familiar. Además, informa de los experimentos llevados a cabo y de su fracaso.

Recomiendo su lectura ya que resume la posición del CEPEJ en esta materia. A continuación reseñaré aquellos aspectos que guardan relación con el objeto de este estudio.

Tras analizar la difusión de las decisiones judiciales, que es el presupuesto previo para que se puedan utilizar para prever o predecir el contenido de las que se dicten en un futuro, expone un problema ante el que nos podemos encontrar, que es el *fórum shopping*. Es decir, que el justiciable tendrán una herramienta adicional para decidir, con los límites legales que se establezcan, el Tribunal ante el que va a presentar la demanda. Con el *open data* de las resoluciones judiciales se permitirá tener un conocimiento previo de la doctrina de los distintos tribunales ante el que se puede presentar la demanda e interponerla en el que sea más beneficioso para sus intereses²⁰. Esta actuación no es nueva y la consecuencia no debe ser prohibir la difusión de las decisiones judiciales. La solución es fijar unos fueros imperativos para determinar la jurisdicción internacional y la competencia objetiva y territorial de los órganos jurisdiccionales, tal como ya se ha realizado por los distintos ordenamientos jurídicos.

El CEPEJ también advierte del riesgo de la imparcialidad del Juez²¹. Posteriormente afirma que el riesgo radica en el efecto indirecto de presión sobre los magistrados en la toma de su decisión y favorecer una uniformidad de magistrados²². Como comprobaremos al analizar el siguiente documento del CEPEJ, ésta es una preocupación continua de este organismo.

A continuación, la Carta ética analiza el razonamiento jurídico y el de los jueces y concluye que las aplicaciones actuales no permiten realizarlo.

La Carta ética también desarrolla una consecuencia que me parece interesante de las aplicaciones informáticas de la Inteligencia Artificial y es su relación con los ADR. Por un lado, al ser una herramienta que tendrán los abogados para analizar las posibilidades de éxito de una demanda, permitirá a las partes que puedan acudir a mecanismos de ADR como la conciliación, la mediación o el arbitraje²³. En este contexto analiza la aplicación que se realiza por algunas

20. Carta ética..., cit., p. 27.

21. La Carta ética lo anticipa en la página 29, y lo analiza en la página 51.

22. Carta ética, p. 51.

23. Carta ética, p. 44.

entidades de seguro francesas para el cálculo de baremos y los trabajos del laboratorio de Ciberjusticia de Montreal, afirmando que los resultados en términos de eficacia y claridad parecen según sus creadores excepcionales²⁴. Concluye que la evaluación de estos sistemas no puede ser considerado imparcial y fiable porque depende de las bases con las que se ha concebido, aconsejando la presencia de un tercero, como un mediador o un abogado²⁵.

Un segundo aspecto es la resolución de litigios en línea, analizando los casos de Gran Bretaña, Países Bajos y Letonia. El estudio analiza la experiencia llevada a cabo en las cortes de apelación de Rennes y de Douai durante la primavera de 2017 en que se utilizó de forma experimental un algoritmo, del que los creadores afirmaban que podía predecir la resolución judicial del conflicto. El resultado fue que daba soluciones «aberrantes o inapropiadas», por la confusión entre simples giros léxicos de las motivaciones judiciales y la ratio decidendi de las resoluciones judiciales²⁶.

Una variante de la resolución de litigios en línea es la posibilidad de acudir a un ODR que utilice algoritmos para la resolución del conflicto. En este caso recuerda que el artículo 22 del Reglamento de Protección de Datos prevé expresamente esta posibilidad y regula la posibilidad de que la persona afectada pueda rechazar este método de resolución²⁷. A continuación, el CEPEJ realiza unas advertencias sobre los ODR advirtiendo que no pueden inducir a confusión con la jurisdicción ordinaria y que debe respetar los derechos protegidos por el CEDH, especialmente por los artículos 6, 8 y 13²⁸. En el capítulo 8 del estudio analiza de nuevo el derecho de no someterse a una decisión automática que afecte de manera significativa a la persona. Concluye aconsejando que se articulen las forma de controlar por las jurisdicciones de los Estados este modo de resolución de conflictos²⁹.

De especial interés es el apartado 6.3 del estudio, que regula las principales garantías procesales que deben respetarse. En el mismo indica que en el proceso civil éstas son el derecho de acceso a un tribunal, el principio del contradictorio, la igualdad de armas, la imparcialidad e independencia de los jueces y el derecho a la asistencia de un abogado³⁰.

24. Carta ética, p. 47.

25. Carta ética, p. 69.

26. Carta ética, p. 45.

27. Carta ética, pp. 47 y 48, en especial nota 58.

28. Carta ética, pp. 48 y 49.

29. Carta ética, p. 69.

30. Carta ética, cit., pp. 50 y 51.

Finalmente advierte del carácter ambiguo y falaz del concepto de justicia predictiva porque «estas aplicaciones utilizan métodos de análisis de la jurisprudencia, apoyándose en métodos estadísticos que no reproducen en absoluto un razonamiento jurídico, pero que pueden intentar describirlo»³¹.

2.1.7. Inteligencia artificial para Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones

El 25 de abril de 2018 se aprobó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre Inteligencia Artificial para Europa (SWD 2018, 137 final).

Relacionado con el objeto de este trabajo quiero destacar el apartado 3.3 del documento. En éste analiza el marco ético y jurídico adecuado, incidiendo en la importancia del Reglamento de Protección de Datos³², que garantiza que:

- Los titulares de los datos tienen derecho a recibir información significativa sobre la lógica que subyace a una decisión (arts. 13.2.f, 14.2.g y 15.1.h).
- Las personas tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado (art. 22).

En el considerando 71 motiva estos dos puntos. Debo destacar que en todo caso se reconoce al interesado el respeto de las garantías apropiadas, la obligación de que se le facilite la información específica, el derecho a obtener la intervención humana, el derecho a expresar su punto de vista y a recibir una explicación de la decisión tomada y a impugnar la decisión.

Considero de especial interés dos aspectos. El derecho a recibir la información específica de los criterios que van a seguirse para adoptar la decisión automatizada y la posibilidad de impugnar la decisión. Ambos extremos están relacionados, ya que esta última incluye tanto la resolución final del conflicto o del expediente como el de los criterios seguido.

31. Carta ética, cit., p. 61.

32. Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

Otra cuestión distinta es el mecanismo de impugnación, que será distinto en función de la decisión de que se trate, y que en todo caso debe estar sometida al control jurisdiccional.

2.1.8. Estudio técnico sobre la regulación en línea de los litigios

En la 93ª reunión plenaria del Consejo de Europa, celebrada en Estrasburgo el 14 y 16 de noviembre de 2018, se aprobó el Estudio técnico sobre la regulación en línea de los litigios, subtítulo la regulación en línea de los litigios y el respeto del derecho a un juicio justo y a un recurso efectivo (art. 6 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos), realizado por Julia Hörnle, con la ayuda de Matthew Hewitson e Illia Cermohorenko.

En este estudio se analiza con carácter previo el concepto de regulación en línea de los litigios. Opta por darle un contenido amplio y lo define de una manera descriptiva incluyendo tanto la aplicación de las nuevas tecnologías a los procesos judiciales como la tramitación electrónica de los sistemas extrajudiciales de resolución de los conflictos³³. Así distingue hasta cinco técnicas de RLL³⁴:

- Los sistemas o plataformas de almacenamiento en línea directamente consultables y utilizables por las partes y/o sus abogados para archivar las alegaciones y documentos del proceso.
- El recurso a sistemas en línea para archivar, tratar, evaluar y presentar pruebas en formato electrónico.
- El recurso a la inteligencia artificial, a técnicas de análisis de big data y a la automatización para adoptar decisiones, que tradicionalmente han sido adoptadas por los jueces sobre la base de un razonamiento humano.
- El recurso a las plataformas de la comunicación, por ejemplo, para realizar audioconferencias o videoconferencias.
- El recurso a la inteligencia artificial, al análisis del big data y a sistema de consejos especializados con la finalidad de negociar, mediar, de delimitar el conflicto o dar consejo jurídico.

Como se puede comprobar son sistemas heterogéneos que tienen efectos distintos sobre el proceso judicial y su regulación.

El estudio también advierte que en ningún Estado miembro del Consejo de Europa se ha regulado un procedimiento ex novo que aplique las nuevas tec-

33. Estudio técnico, cit., p. 12.

34. Estudio técnico, cit., p. 14.

nologías³⁵. Sin embargo, hay que tener en cuenta que después de la realización de este se ha aprobado en el Reino Unido se ha puesto en funcionamiento una corte on line de resolución de conflictos denominada HM Online Court. El proceso se ha estructurado en tres fases: una primera en la que se evalúa el litigio y se dan consejos jurídicos; en la segunda se inicia una mediación o negociación; y en la tercera se adopta una decisión por los jueces³⁶. Este sistema que se ha implantado en el Reino Unido es similar al regulado en la Colombia Británica de Canadá.

A continuación, el estudio analiza la relación entre la regulación en línea de los litigios y los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, analizando concretamente³⁷:

- El derecho a un proceso justo.
- La independencia e imparcialidad.
- La igualdad de armas procesales.
- La contradicción en el proceso y la comunicación de pruebas.
- La transparencia y la audiencia pública.
- La efectividad de las decisiones judiciales.
- La obligación de motivar la decisión.
- El derecho a un recurso y/o control jurisdiccional.
- La protección de datos, a la vida privada, la seguridad de la información y la ciberseguridad.

Estos aspectos los iré analizando a lo largo de los distintos apartados de este trabajo.

Uno de los conceptos que introduce es el de la brecha digital. En la misma incluye tanto a los ciudadanos que no tienen conocimientos informáticos, por lo que no pueden acceder a este tipo de sistemas de resolución de conflictos, como a los abogados intervinientes que no tienen formación tecnológica o no disponen de los medios adecuados para acceder a los RLL³⁸. Para superarlo propone que se conserve en cierta medida un procedimiento en papel o emplear asistentes encargados de acompañar a los justiciables desfavorecidos. También advierte que este tipo de procesos pueden agravar las desigualdades

35. Estudio técnico, cit., p. 42.

36. El sistema lo analiza el estudio en la p. 45.

37. Estudio técnico, cit., pp. 49 y ss.

38. Estudio técnico, cit., pp. 64 y ss.

existentes, pero que el legislador no está obligado a remediarlas, pero sí garantizar que puedan participar efectivamente³⁹.

Finalmente, en el estudio se realizan hasta 25 recomendaciones a los Estados miembros del Consejo de Europa para regular en línea los litigios.

2.1.9. Decodificar la inteligencia artificial: 10 medidas para proteger los derechos humanos

En mayo de 2019 el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa publicó el trabajo titulado «decodificar la Inteligencia Artificial: 10 medidas para proteger los derechos humanos».

Una de las principales preocupaciones cuando se analiza la inteligencia artificial es el respeto de los derechos humanos, que incluye los reconocidos como derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este documento se analiza específicamente esta relación. Tal como indica el documento en la Introducción, parafraseando a Carnet, comisario de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, «es urgente encontrar el equilibrio entre el progreso tecnológico y la protección de los derechos humanos».

En el documento se proponen diez medidas para proteger los derechos humanos frente a la aplicación de la inteligencia artificial. Los que considero que afectan a la ciberjusticia son:

- La recomendación 4 sobre información y transparencia. En esta advierte que se debe informar a las personas que sea objeto de una decisión de una autoridad que se funde enteramente o de manera significativa en el resultado de un sistema de Inteligencia de cuáles son los criterios que se siguen de una forma clara y accesible, además de advertirles que pueden llamar a un profesional.
- La recomendación 5 sobre el control independiente de la Inteligencia Artificial, que debe realizarse a través de una ley que permita verificar de manera independiente y efectiva el desarrollo, el despliegue y la utilización de los sistemas de Inteligencia Artificial.
- La recomendación 6 tiene por objeto la protección de la no discriminación y la igualdad. Para ello aconseja: prestar una atención particular a la trans-

39. Estudio técnico, cit., p. 65.

parencia, el acceso a la información sobre los datos utilizados y reforzar el control cuando los sistemas de Inteligencia Artificial se utilicen en el contexto de la aplicación de las leyes y el respeto a la vida privada. Además debe realizarse una auditoría independiente antes de su aplicación.

- La recomendación 6 sigue analizando el respeto de la protección de datos y de la vida privada. Para ello aconseja a los Estados miembros aprobar un marco legislativo que regula las garantías apropiadas, prestando especial atención a la protección contra el tratamiento discriminatorio o distorsionado de los datos.
- En la recomendación 7 analiza otros derechos fundamentales que pueden resultar afectados por el desarrollo de los derechos fundamentales como la libertad de expresión, de reunión y de asociación y el derecho al trabajo.
- La recomendación 9 desarrolla la posibilidad del recurso. El afectado por la utilización de un sistema de Inteligencia Artificial debe poder interponer un recurso efectivo ante la instancia nacional. Ello incluye la garantía de que el afectado debe poder realizar alegaciones antes de una decisión fundada en la Inteligencia artificial se adopte como impugnarla fundándose en: los datos de aprendizaje y de test, las informaciones sobre la manera en que la Inteligencia Artificial ha sido utilizada, las informaciones útiles y comprensibles sobre la manera en que el sistema de Inteligencia Artificial ha llegado a una recomendación, a una decisión o a una previsión, así como las informaciones que expliquen cómo se han obtenido los resultados del sistema de Inteligencia Artificial. Finalmente, la resolución de la impugnación debe analizar con escepticismo la «apariencia objetiva» de la inteligencia artificial.

He expuesto las que considero más relevantes, atendiendo especialmente a la posibilidad del recurso. En relación con ésta el documento finaliza con una checklist de lo que debe hacerse y no.

2.1.10. Herramientas para implementar las directrices sobre Ciberjusticia

Otro de los documentos adoptados por el CEPEJ son las herramientas para implementar las directrices sobre Ciberjusticia⁴⁰, lo que demuestra la preocupación de este organismo por la implantación de las nuevas tecnologías en los procesos judiciales. El documento se divide en cinco apartados: las líneas directrices y principios clave sobre la manera de conducir el cambio hacia la ciberjusticia; la concepción y gestión de una estrategia sobre las tecnologías de la

40. Documento adoptado en la 32 Reunión plenaria de la CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de junio de 2019.

información en un sistema judicial; el esquema de elaboración de un sistema de gestión de procesos al servicio de los usuarios; la lista de verificación de las diferentes etapas y acciones a emprender en la concepción, desarrollo y puesta en marcha de un proyecto de justicia; y el patrón sugerido para evaluar los proyectos.

A continuación, analizaré los aspectos del documento que considero más relevante a efectos de este trabajo.

Considero acertado que en la primera herramienta declare que las tecnologías de la información no pueden ser un fin en sí mismo, sino que deben ser un medio para mejorar el funcionamiento de los sistemas judiciales. Una vez establecida esta premisa recuerda que los objetivos deben estar comprometidos con la promoción e los valores jurídicos y exento de toda consideración técnica. Para ello es necesario realizar una auditoria de los procedimientos y procesos judiciales en vigor, ya que considera que la ciberjusticia es la ocasión para revisarlo. Todo ello debe realizarse de conformidad con los principios fundamentales del derecho procesal y de la organización judicial. Considera fundamental la sincronización entre las reglas jurídicas y las prácticas y los procesos vinculados con las nuevas tecnologías⁴¹.

En el segundo apartado da una serie de consejos sobre la forma de implementar las nuevas tecnologías en el sistema judicial. así aconseja que los responsables no sean técnicos y que la duración media de la estrategia será de cuatro a cinco años.

Entre los objetivos destaco la gestión eficaz de los tribunales, facilitar el acceso a la justicia, la resolución y ejecución eficaz de los juicios y mejorar la seguridad jurídica. En este último apartado aconseja reforzar la autoridad de los precedentes porque «el cálculo de la información jurídica fundada en la jurisprudencia ayudará a las partes a evaluar su situación y decidir si ellas prefieren ir ante los tribunales o regular sus diferencias extrajudicialmente»⁴².

El último de los objetivos es ofrecer un sistema razonablemente previsible, de conformidad con los principios del CEDH sobre acceso a la justicia y la protección de un proceso justo⁴³.

41. *Herramientas...*, cit., pp. 5 y 6.

42. *Herramientas*, pp. 13 y 14. La cita es el objetivo que se incluye en la página 14.

43. *Herramientas...*, cit., p. 15.

El resto de las herramientas tienen un carácter técnico y siendo fundamentales para el desarrollo de la ciberjusticia, excede del ámbito de este trabajo.

2.1.11. La conferencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de octubre de 2019, sobre la Justicia en Europa frente a los desafíos informáticos

Finalmente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, celebrado en Estrasburgo el 14 y 15 de octubre de 2019 tuvo por objeto la Justicia en Europa frente a los desafíos informáticos, se ha pronunciado sobre esta cuestión. En la declaración de la presidencia francesa se informa que se llegan a cinco conclusiones a tener en cuenta para desarrollar los útiles e instrumentos del Consejo de Europa en materia de justicia e informática:

- El acceso al derecho y la justicia «numérica» debería completar el acceso «no numérico»; debe permitir especialmente una mejor comprensión del derecho, un mejor acceso a las decisiones de justicia, a un conocimiento en profundidad y su correcta comprensión por los ciudadanos y los profesionales del derecho.
- La utilización de las herramientas informáticas y los procedimientos algorítmicos en la justicia debe realizarse sin efectos discriminatorios en las partes y garantizar el respeto de la vida privada y la protección de datos.
- Incluso ofreciendo nuevas potencialidades de la regulación alternativa de litigios y de ayuda a la decisión, esta utilización de herramientas informáticas y procedimientos algorítmicos no debe impedir el derecho a un recurso efectivo ante el juez y su control, así como a la individualización de las decisiones de justicia.
- La utilización de las herramientas informáticas debe respetar el derecho a un proceso justo y el secreto de la investigación, y a satisfacer las existencias de transparencia y comprensión de la decisión judicial.
- La utilización de estas herramientas debe impedir la difusión de contenidos ilegales y la protección de noticias falsas, garantizando la libertad de expresión y de información.

2.1.12. Libro Blanco sobre la inteligencia artificial de la Comisión Europea

El 19 de febrero de 2020 la Comisión Europea publicó el Libro Blanco sobre inteligencia artificial (un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza). En este documento la Comisión Europea considera que la Inteligencia Artificial es una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y

capacidad informática y es esencial que se asiente en los valores y derechos fundamentales de la Unión Europea.

La finalidad de la Comisión Europea es crear un ecosistema de excelencia y de confianza. En el segundo se «debe velar por el cumplimiento de las normas de la UE, especialmente las normas de protección de los derechos fundamentales y los derechos de los consumidores, y en concreto con relación a los sistemas de inteligencia artificial que operan en la UE y presentan un riesgo elevado»⁴⁴.

Los principales riesgos que identifica son los que afectan a los derechos fundamentales, entre los que destaco a efectos de este trabajo el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo o a la protección de los consumidores. Los riesgos los detecta en defectos en el diseño de los sistemas de IA (especialmente en lo que se refiere a la supervisión humana) o en el uso de datos que pueden ser sesgados sin una corrección previa. Además las decisiones tomadas por la IA pueden resultar difíciles de entender o rebatir eficazmente.

Todo ello lo vincula con la opacidad de los datos, que unido a «la complejidad, la imprevisibilidad y un comportamiento parcialmente autónomo» puede hacer que sea difícil comprobar el cumplimiento efectivo de la legislación vigente de la UE sobre protección de derechos fundamentales. Esta evidencia incide finalmente en la dificultad de acceso a la justicia para rebatir las decisiones así adoptadas⁴⁵.

En el ámbito de la regulación pone de manifiesto la importancia de garantizar la protección del marco jurídico de la UE en materias como la protección de los consumidores, la lucha contra las prácticas comerciales desleales y la protección de los datos personales y la privacidad.

2.1.13. Las conclusiones de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea sobre la Carta de los Derechos Fundamentales en el contexto de la inteligencia artificial y el cambio digital

El 21 de octubre de 2021 se aprobaron las conclusiones de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea. Una de las principales preocupaciones de este documento es «afianzar los derechos y valores fundamentales de la Unión en la era de la digitalización». Al analizar las tecnologías (pf. 5), en especial la Inteligencia Artificial, identifica como retos para garantizar su compatibilidad

44. Libro Blanco sobre inteligencia artificial, p. 4.

45. Libro blanco... cit., pp. 12 a 15.

con los derechos fundamentales y facilitar la aplicación de las normas jurídicas los siguientes: la opacidad, la complejidad, el sesgo, cierto grado de imprevisibilidad y un comportamiento parcialmente autónomo.

El apartado II del documento se dedica exclusivamente al enfoque de la Inteligencia Artificial en los derechos fundamentales. Vuelve a reiterar que debe respetarlos, así como las normas jurídicas vigentes. Así afirma en el párrafo 10 que «en el mundo digital debe aplicarse el mismo grado de protección que en el mundo físico».

Para superar el escollo de la complejidad y la opacidad opta por imponer la supervisión humana y la transparencia (párrafo 11). Una de las preocupaciones recurrentes de la implantación de la Inteligencia Artificial es su afectación a los principios de igualdad y no discriminación. El Consejo de la Unión Europea es consciente de ello y le dedica el subapartado C en el apartado II del documento.

Los párrafos 27 y siguientes de las Conclusiones se dedican a analizar la Inteligencia Artificial y la justicia. Para superar los efectos adversos, entre los que destaca el empleo de algoritmo sesgados, afirma que «han de asegurarse vías de recurso efectivas para garantizar el derecho a un juicio justo, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa». En este contexto afirma que «seguirá siendo fundamental el acceso no digital a la legislación y la justicia».

2.1.14. La regulación europea

La Unión Europea también ha aprobado directivas y reglamentos en los que está latente la preocupación por esta materia. Así debo destacar el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta a la protección de datos personales y a la libre circulación de estos datos por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. En el artículo 22 prevé que las personas tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado. Además, los titulares de los datos tienen derecho a recibir información significativa sobre la lógica que subyace a una decisión (arts. 13.2.f., 14.2.g y 15.1.h.).

Otra norma que considero importante en este ámbito es la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento CE número 2006/2004, y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo). Ésta no contiene

ninguna previsión específica sobre la decisión automatizada de los litigios, pero sí sobre la tramitación electrónica.

El resultado del libro blanco sobre la Inteligencia Artificial de la Comisión Europea, aprobado el 19 de febrero de 2020, ha sido la aprobación por la Comisión Europea una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión⁴⁶. En esta califica los sistemas de IA destinados a ayudar a una autoridad judicial en la investigación e interpretación de hechos y de la ley, así como en la aplicación de la ley a un conjunto concreto de hechos como de alto riesgo. Lo que vincula a un mayor control en el desarrollo y aplicación del sistema de IA.

La finalidad de la propuesta de Reglamento es reforzar y promover los derechos salvaguardados por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, además la protección e los consumidores. Para ello impone una serie de obligaciones y pruebas ex ante y ex post (art. 6.2 de la propuesta).

Otra de las preocupaciones es exigir un cierto grado de transparencia para subsanar la opacidad y evitar riesgos para los derechos fundamentales y evitar la discriminación (art. 13 de la propuesta de Reglamento). Además, el sistema de IA debe estar vigilado por personas físicas (art. 14 de la propuesta de Reglamento).

La Unión Europea también ha aprobado una serie de directivas que regulan las ODR en ámbitos como el consumo. Una de las preocupaciones de la Unión Europea ha sido potenciar el comercio transfronterizo entre los Estados integrantes de la Unión. Para ello ha articulado un sistema de resolución de conflictos en torno a las ADR. La comunicación 161/2000 ya relacionaba la confianza en el comercio transfronterizo con las nuevas tecnologías y el acceso de los consumidores a la justicia.

Posteriormente el Reglamento UE número 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento CE número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE incide en este binomio. En el considerando 6 afirma que «es importante que los consumidores y los comerciantes pueden realizar transacciones en línea, por lo que resulta indispensable desmantelar los obstáculos existentes y potenciar la confianza de los consumidores. La

46. La propuesta fue aprobada el 21 de abril de 2021, COM (2021), 206 final, 2021/0106 (COD).

disponibilidad de un sistema de resolución de litigios en línea fiable y eficiente podría contribuir en grado importante al logro de este objetivo». Para ello el Reglamento canaliza las reclamaciones hacia la entidad competente en cualquier país mediante la plataforma, pero no utilizar herramientas interactivas para la resolución de conflictos⁴⁷.

2.2. La ciberjusticia en la legislación española

En la legislación española la adaptación de la Administración de Justicia a las nuevas tecnologías se ha realizado básicamente 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. Tal como indica el apartado I de la Exposición de motivos los objetivos de esta norma son:

«Los principales objetivos de esta norma, son: primero, actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones; segundo, generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia; tercero, definir en una norma con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales».

Esta norma regula el acceso a la justicia por medios electrónicos, tanto de las partes como de los profesionales y la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales. El título IV de esta ley desarrolla la tramitación electrónica de los procedimientos, que se divide en cuatro capítulos: uno de disposiciones generales donde se indican los criterios de la gestión electrónica; el segundo que desarrolla el expediente judicial electrónico; el tercero el registro de escritos, las comunicaciones y las notificaciones electrónicas, que se divide en dos secciones dedicadas al registro de escritos y a las comunicaciones y las notificaciones electrónicas; y el cuarto la tramitación electrónica.

El artículo 25, que es el único del capítulo dedicado a las disposiciones generales, tiene dos apartados: en el primero afirma que «la gestión electrónica de la actividad judicial respetará el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos en las normas procesales».

47. Ver BARRAL VIÑALS, «la resolución extrajudicial de conflictos con consumidores tras la ley 7/2017: la mediación de consumo y otros ADRs», en *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, edit. Atelier, Barcelona, 2019, p. 23.

El segundo apartado de este precepto tiene relación con el procedimiento y prevé que «la aplicación de los medios electrónicos a la gestión de los procedimientos, procesos y servicios irá siempre precedida de la realización por el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica de un análisis del rediseño funcional y simplificación del procedimiento, proceso o servicio». A continuación, indica cuáles son los aspectos que se tendrán en cuenta entre los que destaco la posible supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos y la reducción de los tiempos en la tramitación de procedimientos.

A pesar de la previsión legislativa lo cierto es que la implantación de las nuevas tecnologías al proceso judicial no ha implicado una reforma de éste. Es decir, éstas se han integrado en la regulación ya existente.

Del resto de la regulación destaco el capítulo III que tiene por objeto el registro de escritos, las comunicaciones y las notificaciones electrónicas, al que dedico un apartado independiente de este trabajo y el capítulo IV que desarrolla la tramitación electrónica. En éste el artículo 42 regula la actuación judicial automatizada, al que se hace una referencia genérica, pero sin indicar cuál puede ser su ámbito de aplicación.

El Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia el 15 de diciembre de 2020 y el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades⁴⁸.

2.3. Conclusión: la preocupación de la Unión Europea y del Consejo de Europa sobre la ciberjusticia

He expuesto los trabajos realizados por la Unión Europea y el Consejo de Europa sobre la ciberjusticia porque es una de las preocupaciones que ha tenido. Estas instituciones son conscientes del impacto que puede tener la aplicación de las nuevas tecnologías al proceso judicial y su efecto sobre los derechos fundamentales protegidos por los artículos 6 y 13 CEDH⁴⁹. Por ello han promo-

48. Estas leyes se integran en el plan justicia 2030, que se puede consultar en <https://www.justicia2030.es/inicio>.

49. Estos derechos fundamentales relacionados con el derecho a la tutela judicial efectiva también están previstos en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 24 de la

vido estudios y trabajos relacionados sobre esta materia para realizar recomendaciones a los Estados miembros para que en la aplicación de las nuevas tecnologías a la resolución de los conflictos se respeten los derechos fundamentales, especialmente los relacionados con el proceso judicial y el derecho a la igualdad. Sin embargo, en la práctica se constata como se prima la efectividad de estos sistemas sobre el respeto de los derechos fundamentales⁵⁰.

En la Unión Europea se ha iniciado la regulación de estas materias, especialmente a través del Reglamento de Protección de Datos. Éste no regula el proceso judicial ni su relación con las nuevas tecnologías, pero sí que lo hace con dos temas que considero fundamentales:

- Por un lado, la necesidad de que se informe a las partes de cuáles son los criterios que sigue el sistema de resolución informática del litigio.
- Y por otro que las partes se deben someter a un sistema automatizado de resolución de conflictos, aunque se prevén una serie de excepciones en el artículo 22 del Reglamento de la Unión Europea de Protección de Datos.

También tiene gran importancia la ciberjusticia en la resolución de conflictos de consumo transfronterizo, ámbito en el cuál es previsible un mayor desarrollo en un futuro próximo.

Las principales conclusiones de la Unión Europea en torno a la regulación de la Inteligencia artificial aplicada a la resolución de los litigios son:

- Que ésta debe respetar los derechos fundamentales y el derecho vigente, que debe ser idéntica al contexto físico.
- Que cualquier limitación de los derechos fundamentales se debe realizar aplicando el principio de proporcionalidad por el legislador.
- Entre los derechos fundamentales incide especialmente en garantizar los principios de igualdad y la no discriminación.
- También recuerda que la Inteligencia Artificial debe respetar la normativa de protección de los consumidores y de la competencia.
- Que la inteligencia artificial debe ser supervisada por humanos y garantizar las vías de recurso efectivo.
- Que debe asegurarse el acceso no digital a la legislación y la justicia para superar la brecha digital.

Constitución Española, así como por la totalidad de las Constituciones de los Estados miembros del Consejo de Europa.

50. En este sentido se pronuncia el Estudio técnico..., cit., p. 44.

A nivel estatal estamos en una fase inicial de la regulación. Lamentablemente el legislador español no ha aprobado la aplicación de las nuevas tecnologías al proceso judicial a pesar de que desde el año 2003 existe esta previsión en la LOPJ y el exhorto que realizó al Gobierno en la disposición final tercera 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 que prevé que «el Gobierno presentará un proyecto de ley que regule de manera integral el uso de sistemas de videoconferencia en la Administración de Justicia».

Esta reflexión no se ha realizado y nos hemos visto obligados a implantar la realización telemática de las vistas debido a la situación de urgencia sanitaria provocada por el COVID-19. La aplicación de las nuevas tecnologías al proceso judicial es una de las muchas asignaturas pendientes del legislador. Es necesario valorar la concurrencia todos los intereses y regularlo de una forma adecuada, auditando para ello los procesos judiciales y simplificarlos en la medida de lo posible.

A nivel europeo ya se ha realizado, pero lamentablemente no lo ha hecho el legislador español. Es la labor que nos queda pendiente si queremos asegurar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y evitar que la labor legislativa sea sustituida por los órganos jurisdiccionales, que se verán obligados a adaptar un proceso judicial a la aplicación de las nuevas tecnologías. La actividad de los Jueces y Magistrados que lo realicen es elogiable, pero el problema es que genera inseguridad jurídica. Por ello es imprescindible que se regule respetando las garantías procesales y los derechos implicados.

3 | El proceso judicial

El riesgo que se corre con la ciberjusticia es que estos principios esenciales no sean respetados en la resolución de las controversias judiciales. Esto ha provocado que, desde el CEPEJ, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos y la Comisión Europea se haya advertido de que la aplicación de las nuevas tecnologías al proceso judicial debe respetar las garantías esenciales del proceso, que se identifican con los derechos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que son el núcleo esencial del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵¹. En el ámbito de la Unión Europea deberá respetar el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en España el artículo 24 de la Constitución española y la interpretaciones que han realizado el TJUE y el TC.

Las nuevas tecnologías se pueden aplicar fundamentalmente a la tramitación del proceso judicial, pero también existen sectores que afirman que se puede aplicar a la resolución de los conflictos. A continuación, analizaré como puede influir en la tramitación del proceso judicial y si las aplicaciones informáticas pueden aportar la solución al conflicto planteado.

3.1. La aplicación de los principios del proceso a la ciberjusticia. El respeto de las garantías procesales

La aplicación de estas garantías exige que la resolución del conflicto a través de la ciberjusticia, aplicada bien a la tramitación procedimental o bien al auxilio de la decisión judicial, debe respetar estos principios esenciales.

51. Del mismo modo se pronuncia BARONA VILAR que advierte sobre el riesgo de la merma de garantías ante la aplicación de la mecanización judicial (en *Algoritmización...* cit., p. 661), afirmando que «nunca los avances de la robotización de la Justicia pueden hacerse a costa de los derechos y libertades de los ciudadanos» (op. cit., p. 662).

El proceso es el punto de encuentro de la acción y de la jurisdicción. Todo él se dirige a que el órgano jurisdiccional se forme un juicio. El proceso es necesario para formar el juicio jurisdiccional. Por ello es necesario que responda a una serie de garantías que aseguran la correcta formación del juicio jurisdiccional. De esta forma se respalda la autoridad de las personas que desempeñan la función jurisdiccional al tener un instrumento adecuado para formar correctamente la decisión. A éstas se les denominan principios del proceso. Sin embargo, no se puede afirmar que afecten a la eficacia del proceso pues la resolución que se adopte está respaldada por la *potestas* del Estado.

Entre los principios del proceso hay que distinguir dos clases: aquellos que informan directamente la estructura del proceso y que constituyen una garantía de acierto de la decisión jurisdiccional; y otros que son consecuencia del objeto del proceso. Los primeros tienen un carácter eminentemente técnico. Sin embargo, los segundos derivan del carácter instrumental del juicio, lo que obliga a que el proceso se acople al objeto de este. En concreto responden a la necesidad del proceso y a la actuación de las partes en el mismo. Al responder esta determinación a un momento histórico determinado deben considerarse eminentemente políticos⁵².

Los primeros son esenciales para que el proceso sea un instrumento eficaz para lograr el juicio. En caso contrario las partes no acudirían a él, sino a otros como la autotutela. Y esto implicaría un retroceso en la evolución de la sociedad.

Los principios esenciales del proceso judicial son el principio de dualidad de posiciones, de audiencia y de igualdad. En el ámbito del proceso civil tradicionalmente nos hallamos ante procesos de carácter dispositivo, que son los que se regulan en el libro II de la LEC. Sin embargo, también existen procesos en que se aplican materias reguladas por normas de carácter imperativa o en las que concurren un interés público que justifica una modificación de los principios rectores del proceso judicial. Los principios concurrentes son el de conveniencia contrapuesto al de necesidad, el de oportunidad al de legalidad y el dispositivo al de inmutabilidad.

52. Esta es una cuestión sobre la que se ha debatido doctrinalmente en España y depende del concepto que se tenga de la jurisdicción. Los que la concibe como creación del derecho en el caso concreto de forma irrevocable parten de un concepto absoluto, mientras que los que consideran que aplican el derecho en el caso concreto mantienen el carácter relativo del concepto. En mi opinión la jurisdicción crea el derecho en el caso concreto de forma irrevocable, por lo que debe analizarse su manifestación en el momento histórico actual y su adaptación a la ciberjusticia. A nivel doctrinal esta cuestión ha sido, pero considero esenciales las aportaciones de SERRA DOMÍNGUEZ («Jurisdicción», en *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 20 y ss.), GIMENO SENDRA (*Fundamentos del Derecho Procesal*, ed. Civitas, Madrid, 1981), ORTELLS RAMOS (*Introducción al derecho procesal*, Granada, 1999, pp. 15 y ss.) y RAMOS MÉNDEZ (*Derecho y proceso*, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1978).

Partiendo de estos principios rectores el procedimiento se puede elaborar en torno a dos sistemas: la oralidad y la escritura. Cada uno de ellos tiene unas consecuencias como es en el primer caso la inmediación, la concentración y la publicidad; mientras que el segundo implica la mediación, la dispersión y el secreto.

Con carácter previo analizaré cómo pueden resultar afectados la independencia y la imparcialidad judicial.

3.1.1. La independencia y la imparcialidad judicial

En primer lugar, hay que proteger la imparcialidad judicial. La cuestión se plantea es que si se impone un programa informático que sugiera la solución del conflicto, cuál sería la posición del juez que se apartase del mismo⁵³. A nivel teórico se puede defender que la aplicación se limita a proponer la resolución sin ser obligatoria para el juez. El problema es que si se aparta deberá justificar y motivar las razones de su decisión de una forma desproporcionada a si acepta la solución propuesta. Esta diferencia puede afectar a una eventual reclamación de responsabilidad⁵⁴.

Además, debe tenerse en cuenta que tanto el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como el artículo 24 de la Constitución Española proclaman como uno de los principios esenciales del proceso judicial la imparcialidad judicial. La cuestión que planteo es si la solución propuesta por la aplicación informática se puede asimilar a una orden o instrucción realizada por un tercero, en este caso el creador o controlador de la aplicación informática, al Tribunal. El cuál, además, tiene el riesgo de que se declare su responsabilidad si se aparta del criterio de ésta. Planteado en estos términos es indudable que influye a la imparcialidad subjetiva del Juez la implantación de este tipo de programas informáticos para solucionar conflictos.

Otro de los principios esenciales de la jurisdicción es la independencia del poder judicial, tanto respecto del resto de poderes del Estado como internamente en el poder judicial. Creo que la implantación de estas aplicaciones informáticas genera un problema de quién las crea y controla su aplicación. Se puede afirmar que debe ser el poder judicial, pero en un sistema jurídico en el que no

53. Otra perspectiva de este problema es la independencia y la imparcialidad aplicada a los robots judiciales. BARONA VILAR propone la creación de un estatuto jurídico del mismo (en *Algoritmización...*, cit., p. 659).

54. Tal como afirmaba CALAMANDREI «la independencia de los jueces...es un duro privilegio que se impone a quien lo disfrute el valor de responder de sus actos sin esconderse tras la cómoda pantalla de la orden del superior» (en *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, ed. Góngora, 1936, p. 127).

rige el sistema de los precedentes del derecho anglosajón no se puede defender este criterio. Por otro lado, atribuirle esta función sería ir más allá de sus funciones al convertirlo de facto en legislador.

Si defendemos que lo debe controlar otro de los poderes del Estado implicaría subordinar el poder judicial al que tuviera el control de la aplicación informática que aportase la solución jurídica. Es decir, supondría volver a la concepción original de la separación de poderes que se reflejaba en la noción que tenía MONTESQUIEU de la función jurisdiccional, para quien debía limitarse a ser la boca de la ley y su actividad debía reducirse a la mera subsunción del hecho a la norma⁵⁵. Es en este contexto en el que se desarrolla la teoría del silogismo judicial y que coincide con el auge del positivismo.

La última de las opciones sería que fuera controlado por un tercero no integrado en ninguno de los poderes del Estado. La realidad es que nos encontraremos ante una aplicación informática protegida por los derechos de propiedad industrial⁵⁶. Esta falta de control por los poderes estatales implicará delegar en las empresas privadas el desarrollo del programa y la determinación de los algoritmos, con sus sesgos y caracteres⁵⁷. El riesgo que se corre es evidente ya que supondrá privatizar la función legislativa y judicial. La solución no es crear mecanismos de control de los programas informáticos y su aplicación, sino que éstos sean diseñados por el poder público que tenga competencia sobre la actividad desarrollada⁵⁸. De forma complementaria su aplicación debería ser auditada por el órgano competente, que son los Jueces y Tribunales que son los responsables de la aplicación del derecho y de la resolución del conflicto individual.

Otro modo de afectar a la independencia judicial sería a través de la aplicación de estas aplicaciones informáticas al cálculo del riesgo para que las empresas aseguradoras valoren las decisiones de los jueces y magistrados y la probabilidad de que sus decisiones sean revocadas para decidir si contratan o no con

55. Ver PEDRAZ PENALVA, «La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, p.. 919.

56. Ver BARONA VILAR, en *La Algoritmización...*, cit., p. 656.

57. El riesgo de esta delegación se centra tanto en la pérdida de la imparcialidad del creador ya que serían los grandes poderes económicos, que son los que tienen la capacidad para crear el software necesario, y la sumisión a los sesgos en la programación, que además no se harían públicos generando una opacidad en la toma de las decisiones contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (ver por todos BARONA VILAR, *La Algoritmización...*, cit., pp. 666 y ss.).

58. En este sentido BARONA VILAR propone que debe regularse la operatividad de la máquina o máquinas que puedan llegar a sustituir al juez, que deberían basarse en unas normas protocolo que garantizaran qué tipo de máquina, quién diseño la máquina, cuál es el contenido de la misma y quien puede llegar a controlar la máquina (op. cit., p. 657).

ellos⁵⁹. Actualmente es una realidad que prácticamente la totalidad de los Jueces y Magistrados contratan un seguro de responsabilidad por su actividad profesional. Si las empresas aseguradoras aplicasen estos programas para determinar el nivel de riesgo de un juez o magistrado concreto atendiendo a si se aparta o no de la solución automatizada, éste podría ajustar sus resoluciones a este criterio. Lo cual implicaría un riesgo para la independencia judicial, que debe ser evitado.

3.1.2. El principio de dualidad de posiciones

El principio esencial del proceso es el de contradicción, lo cual implica que deben existir dos o más partes con posiciones contrapuestas entre sí. Su importancia se manifiesta en que el legislador ha creado el Ministerio Fiscal para garantizar la dualidad de posiciones en el proceso penal y, en general, en todos los procesos informados por el principio inquisitivo. Tradicionalmente se afirmaba que existían dos tipos de proceso: el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio. Pero MONTERO AROCA afirma que «el denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no es un verdadero proceso», mientras que «el llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existen realmente un juez imparcial y dos partes enfrentadas entre sí». Finaliza concluyendo que «los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que hoy no tienen ni siquiera valor pedagógico... y hay que proclamar como conquista de la civilización la garantía jurisdiccional entendida correctamente, esto es, asunción del monopolio del *ius puniendi* por los tribunales y exclusividad procesal de su ejercicio»⁶⁰.

En el proceso deben existir tres posiciones: las contradictorias de las partes y la del órgano jurisdiccional. El juez debe ser independiente e imparcial. Lo cual implica que el conocimiento que tenga del litigio le sea proporcionado por aquellos que han participado en ellos, es decir, las partes. Es un principio inherente a la noción de jurisdicción.

Pero no basta con que existan tres posiciones en el proceso para que podamos afirmar que nos encontramos ante un proceso jurisdiccional. Es necesario que una de ellas sea imparcial y las otras dos sean contradictorias. Éste ha sido ca-

59. En China es significativo que la Inteligencia Artificial se está aplicando al proceso judicial para supervisar a los jueces ya que están obligados a someter sus sentencias a revisión y aprobación por sus superiores, tal como informan MENG YU y GUODUNG DU (en *Why are Chinese Courts tuning to AI?*, en <https://thediplomat.com/2019/01/why-are-chinese-courts-turning-to-ai/>, consultado por última vez el 18 de septiembre de 2021).

60. MONTERO AROCA, *la Garantía procesal penal y el principio acusatorio*, «la Ley», 21 de enero de 1994, p. 2.

lificado como «la fuerza motriz, su garantía suprema»⁶¹. Y ello es así porque «el proceso no es un monólogo sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contraataques»⁶².

Es decir, la justificación de este principio es poder incluir a las partes en el método dialéctico que es el proceso. A través de él se logra la síntesis que debe realizar el órgano jurisdiccional para que pueda tener un conocimiento más preciso de los hechos y, a partir de ellos, elaborar su juicio.

Uno de los retos del legislador será adaptar el proceso judicial a las nuevas tecnologías. Es esencial que se respete el principio de dualidad de posiciones, respetando las garantías procesales de las partes. Uno de los riesgos es que se prescinda de la intervención de las partes. Esta tendencia está presente en las reformas legislativas que eliminan la intervención obligatoria del abogado en defensa de las partes. Considero esencial que se mantenga su intervención preceptiva ya que la parte, por sí misma, no puede intervenir correctamente en el proceso debido a la complejidad jurídica, tanto procesal como sustantiva. La asistencia técnica del abogado garantiza el principio de dualidad de actuaciones, además de tener implicaciones en el resto.

3.1.3. El principio de audiencia

La contradicción implica que en el proceso todas las partes tengan oportunidad de ser oídas. Es decir, que puedan intervenir en el proceso realizando las alegaciones que más convengan a sus intereses. Éste es un requisito para que el proceso sea un instrumento eficaz porque «no sería lógico ni mucho menos justo resolver un conflicto bilateral con audiencia unilateral»⁶³. Las partes, a través de su intervención, le facilitarán al órgano jurisdiccional una versión interesada de los hechos. Precisamente por ello es necesario que ambas tengan oportunidad para realizarlo. Así el Juez tendrá un conocimiento total de los hechos presentes en el proceso, ya que sabrá cuáles son los intereses en juego

61. CALAMANDREI, «El carácter dialéctico del proceso», *Proceso y democracia*, ed. Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 148.

62. CALAMANDREI, op. cit., p. 150.

63. MORÓN PALOMINO, *Derecho Procesal Civil (Cuestiones Fundamentales)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 72. Recordemos que MORÓN PALOMINO parte de una concepción subjetiva de la jurisdicción (ver supra), pero a pesar de que no lo compartamos esta afirmación aclara el fundamento mismo de la audiencia. De forma similar ALMAGRO NOSETTE considera este principio, junto con el de contradicción y de dualidad de partes, como «los fundamentos del proceso, como método dialéctico que se estructura sobre un necesario estereotipo de dos partes enfrentadas con intereses contrapuestos...» (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo 1º —con TOMÉ PAULE—, ed. Trivium, Madrid, 1993, p. 172).

por las alegaciones que formulen las partes para defenderlos. Éste se manifiesta de forma plena en todos los procesos, constituyendo uno de sus principios esenciales.

La regulación de la ciberjusticia debe incluir la obligación de que las partes tengan acceso a los criterios de decisión del litigio, la posibilidad de ser oídas y formular alegaciones acerca de la aplicación de estos al caso concreto. Este es un principio esencial irrenunciable y así ha sido reconocido tanto por el TEDH⁶⁴ como por el TC⁶⁵.

Sin embargo, las aplicaciones informáticas y la opacidad de los sesgos que se han utilizado para diseñar los algoritmos afectarán al principio de audiencia. Las partes deben tener la posibilidad de rebatir los criterios utilizados por las aplicaciones informáticas para sugerir la solución del caso concreto, y esto sólo se podrá garantizar si se hacen públicos. Por ello, es imprescindible que el mismo sea aprobado por el organismo competente legislativamente y que sea controlado en su aplicación por los órganos jurisdiccionales.

Actualmente el derecho de audiencia se garantiza permitiendo que las partes realicen alegaciones sobre los hechos objeto del proceso judicial, el cómo se han acreditado a través de los medios de prueba, el derecho aplicable y la jurisprudencia que lo ha interpretado. Todos estos elementos tienen carácter público y accesible. Y así debe ser para diseñar el proceso judicial tal como hoy en día lo concebimos. Por ello es esencial que el desarrollo del proceso judicial adaptado a las nuevas tecnologías permita el acceso de todas las partes y respete el principio de audiencia. Así es fundamental que las partes estén informadas de los criterios de decisión que pueden adoptarse utilizando las nuevas tecnologías y que tengan la posibilidad de realizar alegaciones.

3.1.4. El principio de igualdad

Las partes deben tener las mismas posibilidades de ser oídas. En caso contrario se permitiría que el Juez tuviera un conocimiento parcial de la realidad, cuando interesa que sea lo más completo posible porque su juicio la va a alterar de forma irrevocable. Las partes deben tener en el proceso las mismas oportunidades procesales. Que después sean utilizadas dependerá de la estrategia de actuación que sigan en el proceso concreto, pero la regulación del proceso les debe permitir intervenir de forma idéntica. Este principio está directamente

64. Ver JUAN-SÁNCHEZ, Ricardo, *Proceso justo en España y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, edit. Aranzadi, 2020.

65. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El sistema procesal español*, edit. Atelier, Barcelona, 2016, pp. 371 y ss.

vinculado con el de audiencia, hasta el extremo de que su violación implica también el del principio de igualdad⁶⁶.

Otra variante del principio de igualdad es que todas las partes personadas en un proceso deben tener conocimiento pleno de su contenido. Sólo de esta forma podrá actuar en el mismo de acuerdo a sus intereses. En caso contrario se produciría una desigualdad entre las partes que infringiría el proceso con todas las garantías previsto por el art. 24 CE.

El TC ha considerado que el principio de igualdad en el proceso deriva del derecho al proceso con todas las garantías del art. 24 CE⁶⁷ y no del art. 14 CE que consagra el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos⁶⁸. De esta forma reconoce que la vulneración de este principio procesal va a tener una trascendencia en el proceso, y es que la parte a la que se haya privado injustificadamente de una oportunidad procesal habrá visto vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías. La discusión acerca del precepto en que deba ser incluido es una cuestión meramente teórica sin ninguna trascendencia práctica, ya que desde las dos posiciones se llega a la conclusión de que «no habrá verdadera vulneración del principio de igualdad que no incida en el derecho de defensa»⁶⁹.

El principio de igualdad también puede ser tomado en consideración por el legislador para «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» (art. 9.2 CE). Lo recomendable es optimizar el funcionamiento de instituciones como el beneficio de justicia gratuita⁷⁰, derogar los obstáculos y limitaciones legales al derecho de acción que no sean racionales y simplificar los tipos procesales⁷¹.

En el contexto de la aplicación de las tecnologías de la información el principio de igualdad exige que se garantice que las partes y sus asesores legales tengan acceso a medios tecnológicos similares⁷²

66. OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, tomo I (con FERNÁNDEZ), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 112.

67. BERZOSA FRANCO, op. cit., p. 569-570.

68. BERZOSA FRANCO, op. cit., p. 570.

69. BERZOSA FRANCO llega a esta conclusión incluyendo este principio en el art. 14 CE, mientras que el TC lo realiza desde la perspectiva del art. 24 CE (BERZOSA FRANCO, op. cit., p. 571).

70. MONTERO AROCA (*Derecho Jurisdiccional*, cit., p. 321; *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 249) y VÁZQUEZ SOTELO (op. cit., p. 610).

71. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, cit., p. 320.

72. Desde esta perspectiva si que afecta al principio de igualdad, ya que ambas partes y su asistencia técnica deben tener la posibilidad de acudir a los mismos medios y herramientas tecnológicas. En caso contrario se podría generar una situación de indefensión (en este sentido se pronuncia el Group of the Commission to

En el momento de implantar las tecnologías de la información al proceso judicial será esencial distinguir entre los actos judiciales jurisdiccionales y no jurisdiccionales. A continuación, realizo una auditoria del proceso declarativo, de ejecución y de medidas cautelares, planteando una adaptación del procedimiento e identificando los actos que se pueden automatizar.

3.2. La distribución de funciones entre el Órgano Jurisdiccional y el Letrado de la Administración de Justicia

En el proceso judicial se distinguen actividades jurisdiccionales y no jurisdiccionales. La ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial lo realizó y adaptó las leyes de enjuiciamiento a la oficina judicial resultante de la modificación de los artículos 435 y ss. LOPJ a través de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. En la nueva regulación se distinguen dos tipos de oficina judicial:

- Las unidades procesales de apoyo directo (art. 437 LOPJ).
- Los servicios comunes procesales (art. 438 LOPJ).

A nivel ministerial se desarrolló a través de la Orden del Ministerio de Justicia 3244/2005, de 18 de octubre, por la que se determina la dotación básica de las Unidades Procesales de Apoyo Directo a los Órganos Judiciales⁷³.

La ley 13/2009, partiendo del modelo de oficina judicial indicado, distribuye las funciones entre el Tribunal y el Letrado de la Administración de Justicia⁷⁴. Al respecto debe realizarse una advertencia: cuando la ley hace referencia al Letrado de la Administración de Justicia no está atribuyendo la competencia al Letrado de la Administración de Justicia de la Unidad Procesal de Apoyo Directo, como parece ser lo lógico si partimos del esquema anterior de la oficina judicial, sino a una de las oficinas judiciales diseñadas por la ley o por su desarrollo reglamentario.

Las Oficinas Judiciales que resultan del esquema diseñado por el legislador, Ministerio de Justicia, Comunidades Autónomas y Consejo General del Poder Judicial son las siguientes:

Reimagine the Future of New York's Courts en el *Report and Recommendations of the Future Trials Working Group* de mayo de 2021, p. 11.

73. Ver ampliamente *La nueva oficina judicial*, CGPJ, Madrid 2006, que recopila las intervenciones del curso que sobre esta materia se impartió en el CGPJ. En especial sobre estas materias se deben consultar las ponencias de CARRILLO FUILLERAT sobre «Consejo General del Poder Judicial» y MARTINEZ ESPINOSA sobre «Otros Servicios Comunes».

74. Sobre los antecedentes de la ley 13/2009 ver ampliamente BANACLOCHE PALAO, en «El proyecto de nueva oficina judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?», en *Diario La Ley*, 3 de agosto de 2009.

- La unidad procesal de apoyo directo.
- Los Servicios comunes procesales que, según la previsión, serán:
 - Un servicio común general.
 - Un servicio común de Ordenación del Procedimiento.
 - Un servicio común de ejecución.

Cada una de estas se puede subdividir en secciones por motivos de organización de trabajo. Además, las Comunidades Autónomas con competencias transferidas podrán crear otros Servicios Comunes Procesales, siendo necesario el informe favorable del Consejo General del Poder Judicial (art. 438.2.2 LOPJ).

Cada uno de estos Servicios comunes será dirigido por un Letrado de la Administración de Justicia. Al igual que la Unidad Procesal de Apoyo Directo, pero a diferencia de la anterior en el Orden Civil se prevé que un secretario sea el organizador de dos de ellas (Orden IUS 3244/2005) ⁷⁵.

Por lo tanto, cuando la Ley atribuya competencia al Letrado de la Administración de Justicia no lo realiza a una única persona, sino a cuatro oficinas judiciales a las que habría que sumar aquéllas de futura creación por las Comunidades Autónomas que tuvieran competencia en materia de justicia.

De forma transitoria, mientras no se aprueben los Reglamentos de implantación de la Oficina Judicial por el Ministerio de Justicia o por las Comunidades Autónomas con competencias delegadas, estas funciones las asumirán los Letrados de la Administración de Justicia adscritos a cada uno de los Tribunales.

El principal objetivo de la reforma comentada es realizar una atribución de funciones no jurisdiccionales que están atribuidas actualmente al titular del órgano jurisdiccional. De esta forma pretenden facilitar la labor jurisdiccional de los Tribunales restringiendo su actividad a la misma⁷⁶. La dificultad de la finalidad indicada es que se debe cambiar el funcionamiento de la Oficina Judicial en un marco normativo aprobado con el esquema anterior, lo que va a provocar disfunciones de carácter práctico en orden a la atribución de compe-

75. Ver ampliamente BLASCO SOTO («el diseño básico de la nueva Oficina Judicial: visión crítica del proyecto», en *Diario La Ley*, número 7208, 1 de julio de 2009) y PERDIGUERO BAUTISTA (en «las reformas procesales para la implantación de la nueva oficina judicial en el proceso declarativo», en *Diario La Ley*, número 7237, 9 de septiembre de 2009).

76. En el Apartado III de la Exposición de motivos se afirma que «la idea inspiradora de la reforma ha sido la de concretar las competencias procesales del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, configurado como un cuerpo jurídico superior, de modo que salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trate al Letrado de la Administración de Justicia. De este modo, se garantiza que el Juez o Tribunal pueda concentrar sus esfuerzos en la labor que le atribuyen la Constitución y las leyes como función propia y exclusiva: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».

tencias ya que hay funciones que en el proyecto atribuye al Letrado de la Administración de Justicia y que son netamente jurisdiccionales⁷⁷

En primer lugar, debe ponerse de relieve la dificultad de delimitar los actos jurisdiccionales de aquellos necesarios para el desarrollo del proceso pero que no tienen tal carácter. En relación con los primeros debe establecerse a su vez otra matización:

- Existen actos jurisdiccionales puros, que se manifestarían en la sentencia o en la resolución de fondo.
- Y actos jurisdiccionales por acesión, que son aquellos que sin resolver la cuestión de fondo son necesarios para que el juicio jurisdiccional se forme correctamente.

Esta es la distinción que hubiera debido tenerse en cuenta en el momento de redistribuir las funciones a los Letrados de la Administración de Justicia y en mi opinión el legislador se ha excedido al otorgar funciones a la Oficina Judicial en el inicio, finalización del proceso (admisión de la demanda y finalización del proceso en forma distinta a sentencia) y la desnaturalización del proceso de ejecución al atribuir la competencia al Letrado de la Administración de Justicia y limitar la intervención del Tribunal a la orden de su inicio y a la resolución de las oposiciones y los recursos de revisión contra los Decretos de los Secretarios. Esta circunstancia ha venido motivada porque el legislador ha otorgado a los Letrados de la Administración de Justicia la admisibilidad de aquellos actos procesales a los que la ley atribuía unos efectos inmediatos⁷⁸, sin valorar los efectos de estos en el proceso⁷⁹.

Aparentemente la finalidad del legislador es que se creen unos protocolos de actuación en las oficinas judiciales de forma que se alcance una interpretación uniforme de la LEC en las materias atribuidas a la oficina judicial, y todo ello

77. Ver por toda la crítica que efectúa HERRERO PEREZAGUA, en *Lo jurisdiccional en entredicho*, edit. Aranzadi, 2014, pp. 61 y ss.

78. Sobre el concepto de acto procesal y su admisibilidad ver PEREZ GORDO, en *Los actos defectuosos y su subsanación en el proceso constitucional*, Barcelona, 1989, pp. 18 y ss.

79. De forma crítica con la reforma legislativa ver la Declaración de un Grupo de Catedráticos y Profesores de Derecho Procesal publicado en *Economist&Jurist*, marzo 2009, número 128, pp. 42 y ss. En la misma línea se ha pronunciado BANACLOCHE PALAO (loc. Cit.), CACHÓN CADENAS (en «Inconstitucionalitat d'una part del contingut de la llei 13/2009», *Mon Juridic*, febrero 2010, pp. 22 y ss), DE LA OLIVA SANTOS (en «El acabose de nuestra Justicia», en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 3, pp. 16 y ss), FAIREN GUILLEN («Examen provisional del proyecto de reforma procesal —en situación de enmiendas en el Congreso de los Diputados—», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2009, pp. 3 y ss.), FERNANDEZ DE BUJAN (en «El necesario debate sobre el nuevo modelo de oficina judicial», en *Diario La Ley*, número 7191, 8 de junio de 2009), SERRA DOMÍNGUEZ (en «Notas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Mon Juridic*, abril 2010, pp.19 y ss.).

amparado en los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica (art. 452 LOPJ). Sin embargo, no se tiene en cuenta que la misma no se va a lograr porque el legislador regula la posibilidad de revisar el Decreto del secretario a través de un recurso de revisión directo ante el Tribunal o la posibilidad de plantearlo en la primera audiencia o por escrito si no fuera posible por el estado de los autos (art. 454 bis LEC). Y recordemos que esta revisión se realiza por los Tribunales que no están sometidos al principio de dependencia jerárquica ni de unidad de actuación en su función jurisdiccional⁸⁰.

En el momento de implantar las tecnologías de la información al proceso judicial será esencial distinguir entre los actos judiciales jurisdiccionales y no jurisdiccionales. A continuación realizado una auditoria del proceso declarativo, de ejecución y de medidas cautelares, planteando una adaptación del procedimiento e identificando los actos que se pueden automatizar.

3.3. La incidencia de las TICS en la tramitación del proceso judicial. El proceso declarativo y la influencia en la oralidad del proceso judicial

Una de las cuestiones que plantea la TIC en el proceso civil es su incidencia en la tramitación electrónica de los procesos judiciales, tanto declarativo, ejecutivo como en los incidentes que se planteen.

El proceso tiene carácter instrumental, pero no del derecho aplicable sino del juicio jurisdiccional. Dicho de otra forma, es el método de elaboración del juicio jurisdiccional⁸¹. Éste se va a desarrollar a través de una serie de reglas que constituyen el procedimiento, que van a determinar el avance del proceso para lograr su finalidad.

Es decir, el juicio jurisdiccional sólo se puede formar a través del proceso jurisdiccional. Y éste consiste en los distintos trámites previstos por el legislador respetando los principios esenciales del mismo, que en la actualidad se integran en el concepto del derecho a la tutela judicial efectiva o derecho al justo proceso, que se encuentran garantizados por los artículos 24 de la Constitu-

80. Las Sentencias del Tribunal Constitucional 34/2019, de 14 de marzo, 72/2018, de 21 de junio, y 58/2016, de 17 de marzo, han declarado la inconstitucionalidad de las normas que no permitían que la decisión del Letrado de la Administración de Justicia fuera revisada por el Juez o Tribunal.

81. Sobre la naturaleza del proceso ver por todos NIEVA FENOLL (en *Derecho Procesal I, Introducción*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53 y ss.) y RAMOS MÉNDEZ (en *Enjuiciamiento Civil*, tomo I. Edit. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 21 y ss.).

ción Española⁸², artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸³.

La LEC diseñó en su origen un procedimiento oral, en el que tras una preparación previa por escrita (escritos de demanda y contestación) su desarrollo se realizaba por audiencias (audiencia previa y juicio en el procedimiento ordinario y juicio en el juicio verbal). Uno de los principales elogios que se realizó a la LEC fue su apuesta por la implantación de la oralidad en el proceso civil⁸⁴. Hay que recordar que el procedimiento civil en la aplicación de la LEC de 1881 era estrictamente escrito, lo cual era contrario a la previsión del artículo 122 de la Constitución y favorecía los retrasos procesales. A través de la implantación de la oralidad el proceso civil se rige por los principios derivados como son la inmediación y la publicidad.

Uno de los retos de la aplicación de la ciberjusticia es precisamente respetar la oralidad y sus principios derivados. La tendencia legislativa es contraria a este objetivo porque las reformas de la LEC se encaminan precisamente a limitarla. Así la modificación del juicio verbal por la ley 42/2015, de 5 de octubre, reforzó la escritura frente a la oralidad al introducir la contestación por escrito y regular la vista de forma no preceptiva cuando no lo soliciten las partes y el tribunal no lo considere procedente. De esta forma se convierte en escrito el procedimiento en el que la oralidad era el principio informador⁸⁵.

Se puede constatar como hay una tendencia a convertir en escrito todos aquellos actos que antes se realizaban de forma oral. Una de las causas de la lenti-

82. Sobre el artículo 24 de la Constitución Española ver por todos PICO JUNOY (*Las garantías constitucionales del proceso*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2011) y VALLESPÍN PÉREZ, *el modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2002.

83. Ver ampliamente *la Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Derecho a un proceso equitativo (parte civil)*, publicado por el consejo de Europa/Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2013.

84. Ver por todos el análisis que realiza RAMOS MÉNDEZ, en *El sistema procesal civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2000, p. 291.

85. Esta tendencia se incrementa en el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España el 15 de diciembre de 2020 que modifica de nuevo el apartado 10 del artículo 438 LEC para permitir que el Juez decida sobre la pertinencia de la celebración de la vista si lo considera necesaria, sin que sea preceptiva por la solicitud de parte. De esta forma el Gobierno asume como propia la propuesta realizada por el CGPJ en las medias organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, aprobado el 6 de mayo de 2020 (medida 2.9).

El anteproyecto de ley modula el ámbito objetivo del juicio verbal ampliando su utilización con la modificación del artículo 250 LEC, que reforma el apartado 1 para incluir unas materias que hasta ahora se tramitaban a través del juicio ordinario, y el apartado 2 regulando que se resolverán a través del juicio verbal las demandas que se tramiten por cuantía de hasta 15.000 Euros. Ver el análisis que realiza CALAZA LÓPEZ, en «El realismo mágico del nuevo proceso civil», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2021, núm. 2, p. 46.

tud de los procedimientos es la falta de medios de la Administración de Justicia. En este contexto la oralidad implica la celebración de vistas, y éstas precisan de una sala habilitada para desarrollarse. Lo habitual es que los juzgados deban compartir salas de vistas, con lo que no tienen plena disponibilidad de su uso. Esta circunstancia provoca que su convocatoria se demore en el tiempo, con la consecuencia directa en el retraso en la resolución judicial. También ha contribuido a este retraso las medidas sanitarias adoptadas para superar el COVID-19.

El legislador afronta reformas procesales a coste presupuestario cero, y la forma es limitar la oralidad para evitar la celebración de vistas. Es sorprendente como el principal logro de la LEC, que fue implantar la oralidad en el proceso civil, se intenta revertir a través de estas reformas legales con fundamento en lograr una mayor celeridad en la respuesta judicial. Es criticable la tendencia legislativa a la restricción de la oralidad. Uno de los riesgos de la ciberjusticia es que se implante la escritura en el proceso civil. La consecuencia será un cambio en la estructura del procedimiento. La adaptación del proceso civil debe realizarse manteniendo la oralidad como principio informador del procedimiento.

La ciberjusticia también afectará a los principios consecuencia de la oralidad, que son la concentración, la inmediación y la publicidad.

La importancia de la concentración la destaca MONTERO AROCA al afirmar que «lo que caracteriza a un procedimiento oral es más la concentración que la mera oralidad de los actos procesales»⁸⁶, o como indica GÓMEZ ORBANEJA «el principio de concentración constituye la más señalada característica exterior del proceso oral»⁸⁷. Su finalidad es que la causa pueda ser resuelta sobre la base de un solo debate oral⁸⁸. Su efecto es que las alegaciones, prueba y conclusiones se realizarán en un mismo acto. La consecuencia es una mayor rapidez en la tramitación el procedimiento ya que éste se va a celebrar en una sola jornada o en días sucesivos hasta que termine la práctica de todos estos trámites. Es decir, es «el que en mayor grado facilita la brevedad y economía de los juicios»⁸⁹. Otro de los efectos de la concentración es que, tal como afirma CALAZA LÓPEZ, «el tiempo transcurrido desde el momento de su práctica (de la

86. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, T.I, cit., p. 346.

87. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vo. 1º —con HERCE QUEMADA—, ed. AGESA, Madrid, 1979, 8ª edición, p. 221.

88. FAIRÉN GUILLÉN, *Notas sobre el Principio de Concentración*, «Estudios de Derecho Procesal», ed. Edersa, Madrid, 1955, p. 292, nota 50.

89. GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., p. 221.

prueba) y el de emisión del juicio no suponga un desfase generador de vaguedad, lejanía o incertidumbre en el recuerdo»⁹⁰.

La ciberjusticia no debe impedir que éste se realice. Más bien al contrario, ya que la aplicación de la videoconferencia puede favorecerlo en aquellos casos en los que no se puede practicar la prueba personal ante el Juez.

El segundo de los principios consecuencias de la oralidad es la inmediación. El mismo implica que el órgano jurisdiccional que dicte sentencia sea el mismo que ha presenciado la práctica de la prueba personal. Así el art. 258 LOPJ ordena repetir el asunto cuando uno de los magistrados que asistieron al acto del juicio oral no pueda emitir su voto y entre el resto de los magistrados que componen la sala no llegaran a la mayoría de los votos exigida por el art. 255 LOPJ. Esta previsión también se incluye en las leyes procesales específicas que regulan un procedimiento predominantemente oral⁹¹.

En mi opinión la afectación que se puede producir de este principio deriva de la utilización de la videoconferencia en la realización de los actos orales. Ésta se introdujo en el proceso de una manera restrictiva y sólo para aquellos casos en que estuviera debidamente justificado la concurrencia del motivo para utilizarla⁹². Actualmente el uso de la videoconferencia está plenamente asumido en el proceso. Así, por ejemplo, el Anteproyecto de ley de Eficiencia Procesal modifica la LEC para establecer la regla general⁹³ de que cuando la parte, testigo o perito no pueda desplazarse a la sede del órgano jurisdiccional la prueba se practicará por videoconferencia y no por auxilio judicial⁹⁴.

90. CALAZA LÓPEZ, en *Introducción al derecho procesal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 405.

91. Está previsto en el art. 746 y 749 LECR, el art. 98 LPL y el art. 194 LEC.

92. BARONA VILAR, *La algoritmización...*, cit., p. 400.

93. Este aspecto es criticado por el CGPJ en el informe que emite el 22 de julio de 2021, al considerar que existe un riesgo de que se convierta en el medio ordinario de llevar a cabo actos judiciales orales, cuando debería ser excepcional y sólo para los casos en que esté justificado su utilización (apartados 113 y ss. del informe, pp. 307 y ss., en especial, p. 308).

94. El apartado VIII de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia afirma que «se han introducido modificaciones que permiten generalizar la celebración de vistas y otro tipo de declaraciones a través de videoconferencias. Y así se dispone que solo se acudirá al auxilio judicial cuando no sea posible la práctica de una actuación por medio de videoconferencia». Así se modifican, entre otros, los artículos 129.2 LEC al que da la siguiente redacción: «las actuaciones que deban realizarse fuera del partido judicial donde radique la sede del tribunal que conozca del proceso se practicarán, cuando proceda, mediante videoconferencia siempre que sea posible y, en otro caso, mediante auxilio judicial». De manera concordante añade el artículo 137 bis LEC para regular la realización de actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia, el artículo 169 LEC para prever la realización de la prueba personal por videoconferencia cuando el domicilio de las personas que deban comparecer en presencia judicial se encuentre fuera de la circunscripción judicial; en relación con cada medio de prueba modifica el artículo 313 LEC para prever la realización del interrogatorio de la parte por videoconferencia; el artículo 346 LEC para la intervención del perito y el artículo 364 para la declaración testifical.

Uno de los efectos que ha provocado la pandemia del COVID-19 ha sido la generalización de la utilización de los medios telemáticos en el proceso para sustituir la celebración de las vistas presenciales. También debo advertir que este avance se ha producido más a nivel legislativo que en la práctica forense debido a la falta de medios de algunas sedes judiciales. Es cierto que la jurisprudencia ha declarado que la videoconferencia no afecta a la oralidad ni al principio de inmediación en la medida en que posibilite la comunicación bidireccional entre el interviniente por este medio y el Tribunal⁹⁵. Sin embargo, considero que debe permitirse de forma restrictiva y sólo en aquellos casos en los que esté justificada la imposibilidad del declarante de comparecer en sede judicial⁹⁶. La presencia virtual no puede sustituir a la física, al menos con la situación actual de las comunicaciones telemáticas.

Actualmente hay un sector doctrinal que pone en duda la valoración de la prueba personal y su relación con la inmediación⁹⁷, lo que favorece el uso de la videoconferencia como sustitutiva de la presencia física del Tribunal. En mi opinión la actual configuración del proceso exige la inmediación, y la presencia ante el Juez o Tribunal que deba dictar sentencia debe realizarse de forma física. Una cuestión distinta es que ante la imposibilidad de que sea así se opte porque sea virtual.

3.3.1. El acceso a la justicia y la brecha digital

Cuando se analizan las nuevas tecnologías al proceso de resolución de conflictos, una de las preocupaciones que surgen es el acceso al mismo. En la teoría de los conceptos fundamentales del proceso judicial la acción es uno de ellos. La acción es la condición previa al ejercicio de la jurisdicción. Sin acción no puede existir juicio porque no existirían los hechos ni las pretensiones sobre los que debe recaer. Consecuentemente la relación entre el ciudadano y los órganos jurisdiccionales no es una relación de subordinación sino de mutua dependencia: el individuo precisa del juicio para saber qué regla de conducta debe seguir en el futuro; y los órganos jurisdiccionales precisan de la acción para que puedan emitir un juicio. Sin acción no existiría juicio jurisdiccional, sino que a lo sumo sería una parodia totalmente ineficaz.

95. Ver BARONA VILAR, *La algoritmización...*, cit., p. 399.

96. Considero que será preferible la práctica de estas pruebas a través de videoconferencia y no de exhorto.

97. Ver NIEVA FENOLL, en *Inteligencia artificial...* cit., pp. 80 y ss.

En el proceso judicial se ha reconocido que el derecho de acceso a los Tribunales forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁸. La cuestión es cómo se traslada este concepto al proceso, judicial o extrajudicial, que se desarrolla utilizando las nuevas tecnologías.

En la actualidad un amplio sector de la población utiliza de forma habitual las nuevas tecnologías, pero otro no tiene acceso a las mismas por desconocer el cómo se utilizan⁹⁹. Es lo que el Comité Europeo de Cooperación Jurídica denomina la fractura digital¹⁰⁰. Tal como indica este Comité *«los sistemas de regulación en línea de los litigios deben desarrollarse de manera que trate correctamente el problema de la fractura digital»*.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 19 de marzo de 2010, cuestión C-317/08, 318/08, 319/08 y 320/08, asunto Alassini, declara en el apartado 58 que la obligación de acudir a un ADR previo al inicio del proceso judicial debe permitir el ejercicio de los derechos conferidos, *«incluso para aquellos justiciables que no dispongan de acceso a internet, con lo que se exige que se pueda acudir a la conciliación por otro medio que no sea el electrónico»*.

El acceso a la Justicia debe garantizarse para aquellas personas a los que afecte la brecha digital. Tal como está regulado actualmente el proceso judicial éste se garantiza al exigirse legalmente la defensa y representación por abogado y procurador de forma general¹⁰¹. Estos profesionales tienen la obligación de

98. Ver la *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Derecho a un proceso equitativo (parte civil)*, elaborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estrasburgo, 2013, pp. 14 y ss.

99. El Instituto Nacional de Estadística nos informa que en el año 2020 el 72,8% de la población española tenía competencias en tecnología de la información. Es significativo que en la franja de edad de 55 a 64 años el porcentaje se reduce al 55,9 y en la de 65 a 74 años al 33,3%. Si atendemos a la creación de documentos sólo lo realizaba el 42,8%, que se reduce al 39,3% en la franja de edad de 45 a 54 años, al 24,7% en la de 55 a 64 años y al 9,8% en la de 65 a 75 años (datos consultados por última vez el 26 de agosto de 2021 en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=46292>).

En unos estudios realizados por Pew Research Center sobre la brecha digital (<https://www.pewresearch.org/topic/internet-technology/technology-policy-issues/digital-divide/>, última consulta realizada el 26 de agosto de 2021) se concluye la existencia de una brecha digital dependiendo del nivel de ingresos y de la residencia en un entorno urbano o rural. En el primer caso se indica que aproximadamente el 29% de los adultos con ingresos familiares inferiores a 30.000 \$ al año no poseen un teléfono inteligente y más de cuatro de cada diez no tiene banda ancha en el hogar (43%) o una computadora tradicional (41%) (VOGELS, Emily A, Digital divide persists even as Americans with lower incomes make gains in tech adoption, 22 de junio de 2021, en <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2021/06/22/digital-divide-persists-even-as-americans-with-lower-incomes-make-gains-in-tech-adoption/>, último acceso el 26 de agosto de 2021). En el entorno rural el 72% de los estadounidenses rurales tienen una conexión a internet con banda ancha en su casa (VOGELS, Emily A, Some digital divides persist between rural, urban and suburban America, 19 de agosto de 2021, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2021/08/19/some-digital-divides-persist-between-rural-urban-and-suburban-america/>, último acceso el 26 de agosto de 2021).

100. Estudio técnico sobre la regulación de los litigios en línea, cit., pp. 64 y ss.

101. La intervención de abogado es obligatoria en todos los procesos, exceptuándose los juicios verbales tramitados por cuantía y ésta no exceda de 2.000 Euros, la petición inicial de los procedimientos monitorios y

intervenir a través de medios electrónicos (arts. 273.3 LEC), por lo que permitirán que las partes puedan acceder por este medio.

Una cuestión distinta se plantea cuando no existe una obligación de postulación procesal. En este caso la Administración deberá habilitar los medios necesarios para que la persona que tenga que acceder a los Tribunales pueda realizarlo. En estos casos la fractura digital se puede superar permitiendo el acceso por otros medios¹⁰² o habilitando una asistencia técnica a estas personas¹⁰³. Éste puede realizarse a través de oficinas de atención en el ámbito de la Administración de Justicia o a través de los Colegios de Abogados o Procuradores.

3.3.2. La adopción de decisiones no jurisdiccionales automatizadas

El procedimiento es el conjunto de actos que conforman el proceso jurisdiccional. Éste se integra por dos tipos: unos de carácter administrativo o funcional que tiende a permitir que el proceso avance y otros jurisdiccionales en el que el órgano jurisdiccional toma decisiones que afectan a los derechos de las partes.

Así, por ejemplo, la convocatoria de la audiencia previa del juicio ordinario cuando se ha contestado a la demanda se acuerda de forma inmediata en el primer día hábil que el Juzgado tenga disponible en su agenda una vez que se ha presentado la contestación a la demanda y se ha admitido por el Tribunal. Sin embargo, la admisión de la prueba propuesta por las partes o el traslado al demandante de la excepción reconvenzional a la parte demandante para que realice alegaciones afecta al derecho de audiencia que integra el justo proceso o el derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello ni puede tener el mismo tratamiento procesal ni la misma forma de resolución.

La decisión sobre el día en que se va a convocar la audiencia previa tiene un carácter automático y tan solo depende de la disponibilidad del Tribunal y de las partes. La primera es controlable por el órgano judicial ya que basta con

los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones (art. 31 LEC). La representación preceptiva por procurador se prevé para los mismos casos, extendiéndose la excepción a los juicios universales, cuando se limite a la comparecencia y la presentación de títulos de créditos o derechos, o para concurrir a juntas, y en los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio (art. 23 LEC).

102. Actualmente se permite que se presenten las demandas en formato papel, habiendo habilitado el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial páginas web de asistencia en la que incluyen modelos normalizados de cada uno de los procedimientos en que no es preceptiva la asistencia técnica.

103. Considero que la solución más adecuada sería extender el acceso a la justicia gratuita a todos los que reúnan los requisitos económicos previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, aunque no sea preceptiva la intervención del abogado en el proceso judicial.

comprobar su agenda. Sin embargo, la segunda no y por ello se permite que éstas puedan solicitar la suspensión de esta cuando concurra alguna de las causas legalmente previstas.

En una situación ideal en que los órganos jurisdiccionales estuvieran integrados en una única plataforma sería posible determinar cuando los abogados de las partes tienen otra actuación judicial programada, que es una de las causas de suspensión. Concurriendo estas circunstancias sería posible que se fijara la celebración de la audiencia previa en una fecha en la que tuvieran disponibilidad el juzgado convocante y las partes.

Estamos muy lejos de esta realidad ya que aún estamos discutiendo sobre la compatibilidad de los sistemas informáticos de gestión procesal de las distintas administraciones competentes para ello (Estado y Comunidades Autónomas con competencia delegada en materia de administración de justicia), pero sí que es posible que el juzgado determine la fecha que tiene disponible para convocar la audiencia previa. No existiría ningún problema procesal para que el programa informático determinase la fecha y realizase la propuesta al Letrado de la Administración de Justicia para que la validase. Lamentablemente algo tan sencillo aún no se ha realizado.

Yendo más allá de estos actos meramente procedimentales, pero que son necesarios para el desarrollo del proceso, podríamos aplicarlo a aquellos casos en los que la ley determina alguna consecuencia imperativa de carácter procesal, incluso que afecte al fondo del asunto.

Por un lado, pienso en las resoluciones judiciales, al margen de la competencia del Juez o del Letrado de la Administración de Justicia, que deben dictarse atendiendo a datos meramente objetivos que figuran en el expediente judicial y que no precisan de valoración judicial. Éste sería el caso de la declaración de la caducidad de la instancia o el archivo del recurso devolutivo porque la parte recurrente no ha comparecido ante el tribunal en el plazo legalmente previsto por el legislador. No encuentro ninguna razón procesal para no permitir que se generase automáticamente la resolución judicial y, previa valoración del órgano competente¹⁰⁴, se notificara a las partes.

104. En mi opinión es esencial el control del órgano competente para dictar la resolución, tanto si es el Letrado de la Administración de Justicia como el Juez o Magistrado. Así por ejemplo la caducidad de la instancia se regula en los artículos 236 y ss. LEC e implica que se tiene por abandonado el proceso cuando éste permanezca suspendido durante el plazo de dos años durante la primera instancia y y de uno si estuviera pendiente un recurso devolutivo. Aparentemente esta decisión tiene carácter objetivo, pero el artículo 238 LEC prevé que no se producirá cuando concurra fuerza mayor o la suspensión no sea imputable a la voluntad de las partes o interesados. Esta excepción obliga a que el órgano competente para adoptar la decisión deba apreciar si concurren o no estas circunstancias. Es decir, incluso en este supuesto en que parece que la decisión es automática, será imprescindible la intervención humana.

Por otro lado, también incluyo las resoluciones judiciales que ponen fin al proceso por razones de fondo y que se dictan de forma prácticamente automática por el transcurso del plazo procesal legalmente previsto sin que alguna de las partes realice alguna actuación. Me refiero al proceso monitorio, el juicio cambiario o los procesos que siguen la técnica monitoria como el proceso de desahucio por falta de pago de la renta arrendaticia o de entrega de la posesión en caso de ocupación ilegal del bien inmueble.

En estos supuestos la ley atribuye una consecuencia a la falta de personación y oposición por parte del demandado, que es el fin del proceso estimando íntegramente la demanda e imponiendo las costas procesales. En estos casos tampoco existiría ningún inconveniente para que el sistema informático de gestión procesal advirtiera y generase una propuesta de resolución que debiera ser validada por el órgano judicial.

En todos estos casos debemos advertir que considero imprescindible la validación por el Letrado de la Administración de Justicia o del Juez, en función de la distribución de competencias que realiza la LEC, y revisada por el Juez o Tribunal como titular de la función jurisdiccional.

En esta materia queda mucho por hacer. Actualmente tenemos una oficina judicial anacrónica. A través de la ley 13/2009 se intentó adaptar a las nuevas necesidades atendiendo a criterios de eficiencia. Lamentablemente los servicios comunes que se anunciaban en las materias que era competencia de los Letrados de la Administración de Justicia no se han implantado de forma generalizada en los distintos partidos judiciales. También queda por realizar la reforma de la planta judicial y atender de esta forma a las necesidades actuales en el que existe una realidad social muy distinta al momento histórico en que se diseñó la que actualmente tenemos¹⁰⁵.

A efectos de tramitación electrónica es sorprendente la escasez de medios con la que se ha pretendido implantar, lo que lleva a situaciones tan absurdas como que el Juzgado debe requerir la aportación de las copias de los escritos a las partes o imprimir los documentos esenciales del pleito. La situación es tan surrealista que en muchos partidos judiciales el Juez no puede acceder desde la Sala de Vistas al expediente judicial electrónico porque no tiene un punto de acceso. Lo que provoca continuos recesos para que lo pueda consultar desde su despacho.

105. El 20 de abril de 2021 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios.

Por último, una reflexión sobre el sistema lexnet que ha implantado el expediente judicial electrónico. Es cierto que ha constituido un avance, pero queda mucho por hacer. Al margen de problemas de infraestructuras como la escasez de sistemas informáticos en la Administración de Justicia, sorprende la incompatibilidad de los distintos sistemas existentes en el Estado Español que imposibilitan que los Juzgados se puedan comunicar electrónicamente entre ellos. También sería deseable actualizar los sistemas para permitir que los documentos que se pueden acompañar tengan un límite de tamaño que posibilite acompañar el mayor número de ellos y no sólo aquellos que tengan un formato escrito.

3.3.3. Los actos procesales de parte y la ciberjusticia

Los efectos que la ciberjusticia tendrá en el proceso va más allá de su influencia en la adopción de resoluciones procesales y en la tramitación del procedimiento. Ésta va a tener una influencia decisiva en la forma en que las partes se relacionan con los órganos jurisdiccionales, y que incluye los siguientes aspectos:

- La relación de las partes con el Tribunal.
- La forma en que se realizan las alegaciones por las partes.

La relación de las partes con el Tribunal se manifiesta en la forma de otorgar la representación al procurador para que actúe como su representante en el proceso. La LEC prevé en el artículo 24, en la redacción dada por la ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la posibilidad de realizar la comparecencia electrónica. Relacionado con esta primera perspectiva también se plantea la forma en que se realizan las notificaciones procesales a las partes, que analizaré en el siguiente apartado.

Estos dos apartados son importantes y esenciales en el proceso, ya que afectan al derecho de defensa, pero no estrictamente a su desarrollo ya que se trata de actividades al margen del método de formación del juicio. La ciberjusticia puede tener un efecto directo e inmediato en la forma en que las partes realizan las alegaciones.

Si analizamos el proceso judicial es relativamente sencillo implantarla en las alegaciones de las partes. En el ámbito de la Unión Europea ya se ha avanzado al implantar formularios para realizar los actos de parte en determinados procesos judiciales, como el proceso europeo de escasa cuantía o el proceso monitorio europeo¹⁰⁶.

106. Ver https://e-justice.europa.eu/content_small_claims_forms-177-es.do?clang=es#action y https://e-justice.europa.eu/content_european_payment_order_forms-156-es.do?clang=es#action respectivamente.

De una manera similar el legislador podría aprobar un anexo de la LEC en el que se indicasen los formularios que deben utilizarse para cada uno de los trámites del proceso judicial. Para su realización puede utilizarse la Guía de Buenas Prácticas sobre escritos e informes orales y actuaciones judiciales aprobada por la Sala de Gobierno del TSJ de Catalunya el 20 de noviembre de 2020, habiéndola consensuado en el seno de la Comisión Mixta TSJC-CICAC-ICAB¹⁰⁷.

En la práctica judicial es habitual que los Tribunales Superiores aprueben en unas normas comunes de presentación de distintos escritos judiciales. Así en el orden civil el Tribunal Supremo aprobó en pleno un acuerdo el 27 de enero de 2017 en el que se indicaban los criterios interpretativos que utilizaría para admitir a trámite los recursos y establecía requisitos como la extensión máxima de los recursos¹⁰⁸. Del mismo modo la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo acordó el 20 de abril de 2016 unas condiciones que los escritos de interposición y contestación de los recursos debían cumplir, aprobado de conformidad con la previsión del artículo 87 bis de la LJCA.

La ciberjusticia debe adaptar el proceso judicial existente, pero no se debe limitar sólo a la presentación de los escritos en formato telemático o sustituir los actos orales por la videoconferencia. Debería diseñarse un nuevo proceso judicial aplicando los nuevos medios tecnológicos que sustituyen el soporte papel por el soporte informático y facilitar el tratamiento informático de los datos. Para ello es esencial que se respeten los derechos fundamentales, en especial los derivados del derecho a la tutela judicial efectiva, y tener siempre presente que este formato no puede considerarse como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para lograr una mayor efectividad de la justicia.

Si atendemos al esquema del proceso por audiencias regulado en la LEC, la conversión a un sistema de ciberjusticia debe seguir los siguientes criterios:

- Las alegaciones escritas se realizarían de forma telemática a través de la utilización de formularios creados específicamente para el acto concreto.
- Los actos orales se celebrarían de manera presencial, salvo que la sencillez del acto o el carácter técnico pueda justificar su realización a través de videoconferencia.

107. Se puede consultar en <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/GUIA-BUENAS-PRACTICAS-SOBRE-ESCRITOS-INFORMES-Y-ACTUACIONES-JUDICIALES-castellano-vdef.pdf>

108. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ya había aprobado acuerdos sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal como el de 30 de diciembre de 2011 y el de 12 de diciembre de 2000, pero es la primera vez que realiza indicaciones formales como la extensión aconsejada de los escritos y el formato de los mismos.

- Las resoluciones judiciales se dictarían por escrito, salvo los casos en que la oralidad imponga su adopción verbal en las audiencias que se celebren, sin perjuicio de la obligación de ponerlas por escrito en los casos en que alguna de las partes así lo solicite y manifieste su voluntad de recurrir.

De esta forma los escritos de demanda y contestación, tanto del procedimiento ordinario como verbal, se podría realizar en formato telemático. Así, por ejemplo, el escrito de demanda debería contener los siguientes apartados¹⁰⁹:

- Orden jurisdiccional.
- Juzgado competente.
- Identificación de la parte demandante y demandada, indicando todos los datos necesarios para individualizarlos y realizar los actos de notificación.
- Objeto del proceso. Indicar el petitum de la demanda indicando una serie de palabras claves que permitan que se traten los datos de manera informática.
- Hechos. En este apartado debería permitirse añadir tantos apartados como fueran necesarios.
- Fundamentos jurídicos. Debería distinguirse los aspectos procesales de los materiales y permitir añadir tantos apartados como fueran necesarios. Para ello sería conveniente que en un ítem se indicase la legislación aplicable, en otro la jurisprudencia que la ha interpretado y que sea alegada por la parte y en un último apartado permitir que la parte justifique su aplicación al caso concreto.
- Petitum, con tantos apartados como fueran necesarias.
- Peticiones complementarias, permitiendo añadir la petición de medidas cautelares.

También deberían adaptarse la totalidad de las alegaciones escritas de las partes. Su realización no debería realizarse de manera administrativa ni por el Consejo General del Poder Judicial ni por el Ministerio de Justicia, sino que debería aprobarse como un anexo de la LEC por el poder legislativo ya que complementa a la ley aprobada¹¹⁰. Esto ya se realiza en el derecho de la Unión Europea cuando se aprueba un Reglamento al que se agrega un formulario común para su utilización por los Tribunal de los Estados miembros.

109. Esta propuesta ya fue realizada por RAMOS MÉNDEZ, en *Guía para una transición ordenada a la LEC*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 303.

110. Sobre esta cuestión ver el análisis que realiza GARCIA-ROSTAN CALVIN, que estudia los formularios aprobados por el Ministerio de Justicia y por el Consejo General del Poder Judicial para formular demanda sucinta del juicio verbal del proceso civil en que no es preceptiva la postulación procesal, y en el que pone de manifiesto los aspectos en que éstos se exceden de lo previsto en la LEC (en «Los formularios y el principio de legalidad», en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, edit. Atelier, dir. Juan H. Perezagua Javier López Sánchez, edit. Atelier, Barcelona, 2020, pp. 87).

Una de las cuestiones que se plantean cuando se analizan los formularios es la relación que tienen con el texto legal. En España se regula el uso de los formularios en el ámbito procesal en el artículo 9.3 y en el anexo 3 de la ley 18/2011 y en la Resolución de la Secretaría General de la Administración de Justicia de 15 de diciembre de 2015. Éstos complementan los escritos de las partes a los efectos de que presenten por vía telemática a través del sistema LEXNET.

La problemática que suscita el uso de los formularios se centra en los errores que se pueden cometer al seleccionar las opciones disponibles, bien porque la programación induzca a confusión o por causa imputable a las partes. En este caso no debe primar el formalismo sobre los derechos de las partes ni convertir el medio de transmisión en un fin en sí mismo, por ello debe permitirse la subsanación cuando nos hallemos ante un defecto estrictamente formal¹¹¹.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2019, de 6 de mayo, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por la parte recurrida en un recurso de casación a la que se le inadmite el escrito de impugnación al hacer constar por error un código distinto al del recurso interpuesto. En esta sentencia el Tribunal Constitucional recuerda que los formularios tienen un papel accesorio de facilitación de la comunicación electrónica, pero no puede devenir en condicionante de la validez del escrito procesal remitido. Además, afirma que «el error en alguno de los datos del formulario normalizado no puede condicionar por sí sola la validez del acto de comunicación correctamente realizado».

La correcta implementación de las nuevas tecnologías permitiría controlar los presupuestos procesales de una forma más ágil¹¹². Así, por ejemplo, cuando se exige la aportación de un documento como requisito de procedibilidad en el formulario podría constar el apartado en el que se indicase permitiendo que se adjuntase. De esta forma la parte tendrá constancia de este requisito y se le exigirá su cumplimentación. En el momento de admitir a trámite la demanda el órgano jurisdiccional deberá constatar que se ha aportado y que es el correcto. Si no fuera así se deberá requerir la subsanación del defecto si ello fuera

111. En el ámbito administrativo es habitual el uso de formularios electrónicos en la tramitación de los procedimientos administrativos. En estos casos se ha planteado la posibilidad de subsanar los defectos formales del solicitante, debiendo darse esta opción de forma preceptiva para garantizar los derechos del administrado. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso número 762/2021, de 31 de mayo, declara que «la Administración no puede escudarse en el modo en que ha sido diseñado el correspondiente programa informático para eludir el cumplimiento de sus deberes frente a los particulares, ni para erosionar las garantías del procedimiento administrativo». Añade a continuación que «la Administración debe, en todo caso, dar la posibilidad de subsanación cuando el interesado reacciona frente a su no inclusión en la lista de admitidos y acredita que sólo omitió el paso final, esto es, la firma electrónica y el registro de su solicitud».

112. En el mismo sentido GIMENO SENDRA, loc. cit.

posible, atendiendo la naturaleza de la actuación extraprocesal y a la finalidad de su exigencia.

La Guía de buenas prácticas sobre escritos e informes orales y actuaciones judiciales, aprobada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 20 de noviembre de 2020, recomienda que las demandas no excedan de 10 páginas si tienen por objeto pretensiones simples y repetitivas, de 30 folios si son procesos de complejidad alta, pudiendo sobrepasarse si a relación de hechos o de cuestiones jurídicas lo exija. Este documento tiene el carácter de recomendación, pero no es descartable que en algún momento se intente imponer a las partes integrándolo en la LEC.

En este mismo documento se aconseja que la extensión máxima de los recursos de apelación no exceda de 20 folios, y si se un asunto de gran complejidad de 30, sin que supere el 50% de la sentencia recurrida en los asuntos de gran complejidad. En el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ se aconseja que su extensión sea de 25 folios, y de 30 si se interpone juntamente con el recurso extraordinario por infracción procesal.

En el ámbito de los recursos ya existen antecedentes en los que se limita la extensión de los escritos de las partes a través de acuerdos de Junta de Magistrados¹¹³. Así el Tribunal Supremo ya adoptó este acuerdo en a Junta celebrada el 27 de enero de 2017 para el recurso de casación y por infracción procesal¹¹⁴. En el recurso de apelación las Secciones Civiles Generales y de la Sección Mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid, en el acuerdo celebrado el 19 de septiembre de 2019, se remiten al acuerdo del Tribunal Supremo sobre el límite a la extensión de los escritos de recursos.

En el orden contencioso administrativo el Tribunal Supremo también aprobó el acuerdo de 20 de abril de 2016, que limitaba la extensión de los escritos de

113. Ver ampliamente el análisis que realiza SIGÜENZA LÓPEZ, en «¿Límites a los escritos procesales de las partes?», en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, dir. Juan H. HERRERO PEREZAGUA y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, edit. Atelier, Barcelona, 2020, pp. 103 y ss.

114. Los acuerdos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo interpretan los criterios de admisión de los recursos de casación y por infracción procesal, lo cual es positivo por la información que facilita a las partes que deben interponerlos. Sin embargo, en ocasiones se extralimita en sus funciones y va más allá invadiendo las competencias del poder legislativo. Uno de estos casos es precisamente la limitación de la extensión y los requisitos de forma de los recursos. Ver ampliamente el análisis que realiza SIGÜENZA LÓPEZ, que expone las resoluciones que los ha recogido y que concluye que el Tribunal Supremo se ha extralimitado en sus funciones, pero constata que de forma expresa no se ha inadmitido ningún recurso por exceder del número de páginas previstas en los criterios (en «Excesiva extensión de los escritos procesales como posible causa de inadmisión de los recursos extraordinarios en el orden civil de la jurisdicción», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 3/2021, pp. 6 y ss.)

interposición y contestación del recurso de casación a una extensión máxima de 50.000 caracteres con espacio, equivalentes a 25 folios. La diferencia con los acuerdos del orden civil es que en el orden contencioso administrativo la Sala de Gobierno del Tribunal supremo está habilitado por el artículo 87 bis LJCA para establecer las condiciones de los escritos de interposición y de contestación, pero no el resto de los tribunales a los que he hecho referencia. Por otro lado, es cierto que es una práctica que los Tribunales colegiados internacionales establezcan estos criterios.

En mi opinión no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que se establezcan limitaciones a la extensión de los escritos de parte. Actualmente se constata los escritos forenses, tanto de las partes como del órgano judicial, son excesivamente extensos. Esta circunstancia puede estar justificada por la especial complejidad, tanto fáctica como jurídica, del objeto del proceso. Sin embargo, en ocasiones no es así, sino que viene provocada por una reiteración de las alegaciones o un uso excesivo de las citas jurisprudenciales. Este abuso provoca una complejidad adicional en el proceso para identificar el objeto del proceso. Por ello, es conveniente que se limite la extensión de los escritos de alegaciones, pero con la suficiente flexibilidad para no generar indefensión a las partes en aquellos casos en los que esté justificado un mayor desarrollo de los hechos o de los fundamentos jurídicos.

El órgano competente para realizarlo es el poder legislativo, que debería aprobarlo como anexo de la ley correspondiente e integrarlo en el formulario para que se tramitase telemáticamente.

Los actos orales también deben diseñarse de nuevo atendiendo a la posible utilización de la videoconferencia. Hasta ahora esta se ha integrado en el proceso judicial de forma esporádica debido a las limitaciones técnicas que tienen los Tribunales y la brecha digital existente en una gran parte de nuestra sociedad.

En mi opinión no todas las actuaciones orales pueden realizarse utilizando la videoconferencia. Esta debería limitarse en un primer momento para los actos orales más sencillos o que tuvieran un carácter esencialmente técnico.

Desde la primera perspectiva se podría integrar para determinados procesos, como los juicios verbales hasta una cuantía determinada o que fueran más sencillos por su carácter sumario¹¹⁵.

115. GIMENO SENDRA, enumera los los procesos susceptibles de IA incluyendo el juicio monitorio, el proceso cambiario, los actos de jurisdicción voluntaria, los procesos filiación, paternidad y maternidad, menores, división de herencia, liquidación del régimen económico matrimonial, retracto, propiedad horizontal, alimentos y

3.4. La aplicación de las nuevas tecnologías al proceso de ejecución

En el proceso de ejecución se desarrollan funciones declarativas y ejecutivas. Las primeras tienen carácter jurisdiccional y su competencia debe atribuirse al órgano jurisdiccional. Las segundas se atribuyeron tradicionalmente al órgano jurisdiccional, pero la reforma de la oficina judicial implicó una redistribución de funciones que ha provocado que prácticamente la totalidad del proceso de ejecución sea competencia de los Letrados de la Administración de Justicia. La excepción es el auto de inicio de la ejecución que debe ser dictado por el órgano jurisdiccional, y la resolución de los incidentes declarativos que se planteen durante el proceso de ejecución. Además, el Tribunal Constitucional ha recordado en varias ocasiones que los decretos que dicte el Letrado de la Administración de Justicia deben poder ser revisados por el órgano jurisdiccional a través del recurso de revisión y ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 454 bis 1 párrafo primero de la LEC que lo impedía¹¹⁶.

En el apartado anterior he desarrollado la no conveniencia de sustituir a la persona del órgano judicial en la adopción de decisiones jurisdiccionales por una aplicación informática. También he analizado la tramitación electrónica del proceso declarativo concluyendo que las TICS pueden contribuir a una mayor eficacia de este.

Trasladando las reflexiones que he efectuado al proceso de ejecución considero que en éste es donde mayor potencial tiene de desarrollarse para contribuir a una mayor efectividad¹¹⁷.

En la práctica el proceso de ejecución, tal como está regulado, no funciona de forma adecuada. La estadística judicial nos dice que los procesos de ejecución tardaron en el año 2019 una media de 38 meses¹¹⁸. Al margen del valor que le podamos otorgar al simple dato del tiempo, ya que hay que tener en cuenta

proceso para la declaración de nulidad de prestamos usuarios (en *La simplificación de la justicia civil y penal*, cit., pp. 32 y 33).

116. La Sentencia del Tribunal Constitucional 15/2020, de 28 de enero, declaró la inconstitucionalidad de artículo 454 bis 1, párrafo primero de la LEC, que limitaba el recurso de revisión contra los Decretos del Letrado de la Administración de Justicia que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación o aquellos que le ley prevea expresamente, pero no contra Las Sentencias del Tribunal Constitucional 34/2019, de 14 de marzo, 72/2018, de 21 de junio, y 58/2016, de 17 de marzo, han declarado la inconstitucionalidad de las normas que no permitían que la decisión del Letrado de la Administración de Justicia fuera revisada por el Juez o Tribunal.

117. En el mismo sentido se pronuncia BARONA VILAR (en *La algoritmización...*, cit., pp. 665 y ss.) y NIEVA FENOLL (en *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., pp. 39 y ss.).

118. La duración estimada de los procesos judiciales los publica el CGPJ en el portal de transparencia incluido en la web www.poderjudicial.es. Consulta realizada el 22 de julio de 2021.

que muchos procesos de ejecución se mantienen pendientes ante la falta de recursos económicos del ejecutado, se puede concluir que la tramitación del proceso de ejecución no funciona con la eficacia que debería.

Cuando se reformó la LEC para adaptarla a la nueva oficina judicial estaba prevista la creación de una sección de ejecución y la implantación del procedimiento electrónico. Además, se anunció la creación de unos protocolos comunes de actuación para dotarle de mayor eficacia. Lamentablemente nada de esto se ha realizado.

En mi opinión las nuevas tecnologías deberían tener un papel fundamental en el proceso de ejecución. Tal como he expuesto existen muchas actividades no jurisdiccionales y que se limitan a dotar de eficacia a lo ya decidido que se podría automatizar.

3.4.1. Naturaleza jurídica del proceso de ejecución

El proceso de ejecución también se incluye en la actividad jurisdiccional¹¹⁹. CALAMANDREI argumenta que «el fin último de la jurisdicción en toda manifestación suya, es el de la observancia práctica del derecho: el razonamiento hecho por el juez en el proceso de cognición no vale como enunciación de una verdad teórica, sino como proclamación práctica de un mandato que debe ser obedecido»¹²⁰.

CARNELUTTI considera que al tender la jurisdicción a la justa composición de la litis, también incluye el proceso de ejecución porque «la composición de la litis exige la conversión del deber ser en ser....La decisión inicia la conversión del no ser en ser y puede incluso agotarla si consigue persuadir al vencido de manera que éste desista de su pretensión o de la oposición infundada; pero puede también no agotarla si, por el contrario, también el mandato del juez, como antes la norma es desobedecido»¹²¹. De esta afirmación deduce que la ejecución debe incluirse en el concepto de jurisdicción.

Ambos parten del dualismo en las relaciones entre derecho y proceso. Por ello al considerar que la jurisdicción garantiza el derecho objetivo o compone la li-

119. Ver por todos GIMENO SENDRA (*Fundamento de Derecho Procesal*, cit., pp. 108-110) y RAMOS MÉNDEZ (*Derecho y Proceso*, cit., p. 276).

120. CALAMANDREI, *Derecho Procesal Civil. Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, ed. EJE, Buenos Aires, 1962., p. 167. Repite esta idea en p. 174 y la considera como el objeto de la jurisdicción.

121. CARNELUTTI, *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*, ed. EJE, vol. I, Buenos Aires, 1971, p. 328.

tis, deben deducir que el proceso de ejecución se incluye en esta función del Estado.

Desde una perspectiva monista SATTA argumenta que la limitación de la jurisdicción a la declaración del derecho es un error, puesto que «el ordenamiento se afianza ya con la declaración de certeza (del derecho), ya sea con la reintegración del derecho (declarado cierto)»; siendo esta última la máxima expresión del ordenamiento porque con ella el ordenamiento se hace acción¹²². Posteriormente analiza las diferencias entre el proceso de declaración y de ejecución: «mientras en el proceso de cognición se trata de establecer una normativa (del caso concreto), en el proceso de ejecución se trata de adecuar la realidad a una normativa ya establecida, sustituyendo la voluntad del deudor, o más en general del obligado, en el cumplimiento de un acto»¹²³.

Es decir, es consecuente con la visión que tiene de la jurisdicción como encaminada a individualizar el ordenamiento jurídico. Pero de esta manera, la jurisdicción tiene una función declarativa del derecho y sustitutiva en la ejecución de esta¹²⁴. Y esta última implica el ejercicio de la *potestas*, característica que no tiene la jurisdicción en sí misma considerada. Es una nota que se añade cuando el Estado asume el monopolio jurisdiccional porque detentando ambas funciones las unifica en un mismo órgano.

RAMOS MÉNDEZ considera que «la ejecución de sentencias, en caso de ser instada por la parte, no es más que la potenciación del juicio hasta su plena encarnación en la vida. Es sólo la actuación de una posibilidad que ya lleva ínsita el propio juicio jurisdiccional de por sí: la de implicar a los sujetos en la nueva normativa contenida en el mismo»¹²⁵.

La esencia de la actividad jurisdiccional es la emisión de un juicio. Con ello debe considerarse agotada. Es cierto que «el derecho es algo que, en última instancia, tiende a satisfacer concretos intereses de la vida, en diversos aspectos, y por lo tanto se preordena lógicamente a la praxis»¹²⁶. Pero el presupuesto previo es que se declare, y ésta es la labor de la jurisdicción.

La efectividad de la declaración, es decir, la consecución de su manifestación en la práctica no implica la emisión de un juicio distinto del contenido en la

122. SATTA, «Jurisdicción, nociones generales», en *Soliloquios y coloquios de un jurista*, Buenos Aires, 1971, p. 299.

123. SATTA, *Derecho Procesal Civil. Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. II, ed. EJE, Buenos Aires, 1971, p. 14.

124. La ejecución como sustitución de la voluntad del demandado también es mantenido en España. Ver por todos CARRERAS, *el Embargo de Bienes*, ed. Bosch, Barcelona, 1957, p. 92.

125. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., p. 284.

126. RAMOS MÉNDEZ, op. cit., p. 283.

resolución jurisdiccional que ha sido incumplida. Por ello es en este punto al que se limita la actividad jurisdiccional. En el resto de los supuestos es una labor que implica el ejercicio de la potestad, y ésta no es una de las notas esenciales de la jurisdicción. Consecuentemente SERRA DOMÍNGUEZ afirma que la ejecución es jurisdiccional por accesión, es decir, en cuanto es realizada por los órganos jurisdiccionales¹²⁷.

En la manifestación actual de la jurisdicción, el Estado ha atribuido a los órganos estatales la función de declarar el derecho y de ejercitar la potestad (art. 117 CE). Por ello serán competentes los órganos judiciales para el ejercicio de ambas funciones. Además, el derecho a obtener la ejecución de las resoluciones judiciales firmes es un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española¹²⁸.

Debemos distinguir en el mismo proceso de ejecución las actividades declarativas de las ejecutivas: entre las primeras incluiríamos la declaración que ordena el inicio del proceso de ejecución, el auto que resuelve el incidente de declaración que se inserta en la ejecución (arts. 712 y ss. LEC); entre los segundos la traba de los bienes y el procedimiento de apremio.

3.4.2. El proceso de ejecución en el proceso civil

En la exposición de la adaptación del proceso de ejecución a las nuevas tecnologías tomaré como referencia la ejecución de una condena dineraria el esquema del procedimiento sería el siguiente:

- Auto dictando la orden general de ejecución.
- Decreto ordenando medidas ejecutivas.
- La averiguación patrimonial de bienes. La consulta al punto neutro judicial.
- Eficacia de las medidas ejecutivas. El embargo.
- La anotación en el Registro del embargo trabado.
- La solicitud del certificado de carga y dominios.
- La comunicación a los acreedores prioritarios para que informen de la situación de sus créditos.
- La tasación del bien. Para ello debe designarse un perito, judicial o por acuerdo de las partes, que éste acepte el peritaje y que lo emita.
- La subasta.
- El pago al ejecutante.

127. SERRA DOMÍNGUEZ, «Jurisdicción», cit., p. 50.

128. CACHÓN CADENAS, *La ejecución procesal civil*, edit. Atelier, 2ª edición, Barcelona, 2018, pp. 23 y ss.

- La liquidación de intereses.
- La tasación de costas.
- El pago al ejecutante.

Este sería el contenido mínimo de la ejecución, aunque es cierto que pueden plantearse multitud de incidentes como la oposición a la ejecución, tercerías o recursos contra las resoluciones que se vayan adoptando.

De todas las actividades descritas la única que es competencia el juez es el auto dictando la orden general de ejecución, siendo el resto del Letrado de la Administración de Justicia. Si analizamos cada una de las etapas de este proceso de ejecución se podría automatizar alguna de ellas, analizaré cada una para identificarlas¹²⁹.

El decreto ordenando las medidas ejecutivas no es posible automatizarlo si éstas se adoptan, ya que implica realizar una valoración subjetiva sobre la necesidad de acordarlas y su alcance. Sin embargo, si se limita a indicar que no se pueden adoptar porque no se han designado bienes no existe ningún problema en que se realice.

La averiguación patrimonial de bienes se realiza actualmente de manera informática a través del punto neutro judicial. En este caso entiendo que para dotar de mayor eficacia a la ejecución debería complementarse con la traba del embargo de forma automática si se encuentran bienes. Al menos se podría realizar de forma provisional para asegurar el bien, debiendo posteriormente ratificarlo previa audiencia de las partes. Además, deberían implementarse las garantías para evitar que se embargue una cantidad excesiva, lo que podría realizarse siguiendo el orden de embargo de bienes previsto en el artículo 592.2 LEC.

Una vez decretado el embargo, si fuera un bien inscrito en el Registro de la Propiedad debería remitirse el mandamiento directamente por el órgano judicial al Registro, para que se inscriba en el libro diario y así iniciar la anotación del embargo correspondiente. Actualmente, en muchos casos, no se realiza de esta forma y se entrega al procurador de la parte ejecutante para que lo diligencie, con el retraso que implica cuando tiene que inscribirlo en un Registro que no esté localizado en el partido judicial en el que el procurador interviene.

129. BARONA VILAR identifica tres niveles de aplicación de los sistemas computacionales o de las estructuras inteligentes, en función de la mayor o menor participación en la toma de las decisiones de la ejecución por la máquina. Estos son incorporándola en aquellas actuaciones de tramitación procedimental, en algunas actuaciones en fase de ejecución que suponga interactuar con otros entes u organismos públicos o privados o actuando como juez-robot con capacidad de dirigir y decidir la instancia de la ejecución (en *La algoritmización...*, cit., p. 672).

Junto con el mandamiento de inscripción debería solicitarse automáticamente la solicitud de cargas y dominios de la finca embargada, y no esperar a que lo pida el ejecutante una vez que se ha inscrito el embargo. Además, el retraso se alarga ya que es la parte la que debe tramitar su inscripción en el Registro, cuando sería más sencillo que se remitiera telemáticamente desde el Juzgado.

Una vez que se recibe el certificado del Registro de la Propiedad de cargas y dominios debe requerirse a los acreedores prioritarios para que informen del estado del crédito inscrito. Entiendo que esta actividad se puede realizar mediante correo electrónico en aquellos casos en los que el acreedor tenga la obligación de comunicarse electrónicamente con la Administración de Justicia. Actualmente se remite mediante mandamiento y a través de la entrega personal, con el retraso que ello ocasiona.

La tasación del bien es un incidente que también exige un tiempo adicional. Actualmente ya existen aplicaciones informáticas que calcula el precio de los bienes inmuebles atendiendo al valor del metro cuadrado en la zona en los que están ubicados y la antigüedad de éstos. También desde el punto de vista fiscal se toma como referencia el valor catastral del bien inmueble multiplicado por un diferencial, que se aprueba anualmente por el Gobierno o las Comunidades Autónomas con competencias transferidas para el cobro del Impuesto de Actos Jurídicos Documentos, para determinar el valor de mercado, sin perjuicio de que se puede impugnar por el afectado aportando un dictamen pericial.

Para dotar de eficacia al proceso judicial podría ser conveniente acudir a este criterio también en el proceso de ejecución de condena dineraria. Todo ello sin perjuicio de que las partes puedan realizar alegaciones al valor resultante y, en su caso, impugnarlo aportando un dictamen pericial o solicitando la aplicación de otro criterio objetivo.

Posteriormente se realiza la subasta. Actualmente ya funciona de una forma que entiendo adecuada, aunque es susceptible de mejora.

Una vez transmitido el bien debe procederse a la entrega del principal, a liquidar los intereses devengados durante el proceso de ejecución y tasar las costas.

La liquidación de los intereses actualmente debe solicitarse por la parte ejecutante, pudiendo impugnarlo la parte ejecutada. La cuestión es que los mismos se pueden calcular de forma prácticamente automática y ya existen aplicaciones informáticas que lo realizan. Por ello sería conveniente que se integrase en el programa de gestión procesal de los Juzgados, liquidándose automáticamente los intereses devengados desde el inicio de la ejecución y hasta el pago del principal.

Soy consciente de que las propuestas realizadas implican una modificación en la forma de actuar de los Tribunales e incluso alguna reforma legislativa. Desde el punto de vista del legislador en el proceso de ejecución rige la instancia de parte, a diferencia del proceso declarativo que es de oficio¹³⁰. Si se automatiza la gestión de la tramitación una de las reformas imprescindible sería imponer el impulso de oficio en el proceso de ejecución civil¹³¹, permitiendo que la parte ejecutante solicitase su suspensión en cualquier momento procesal.

La razón por la que defiende esta reforma es que en muchos casos la gestión de los escritos procesales de parte se dilata en el tiempo. Es una realidad que los órganos jurisdiccionales están infradotados tanto en el personal asignado y en los medios materiales para realizar su labor. Esto motiva que un escrito de la parte ejecutante que se limita a solicitar que se realice el siguiente acto procedimental previsto para avanzar en el proceso de ejecución se retrase temporalmente. Para evitarlo la opción es dotar de medios a la Administración de Justicia, pero la realidad es que no se ha realizado. Por ello parece más conveniente regular el impulso de oficio. El ejecutante ya ha manifestado expresamente a través de la demanda ejecutiva que acude al auxilio del poder judicial para ejecutar el título ejecutivo que alega. Creo que no se le debe imponer ninguna carga adicional a esta solicitud expresa que ya ha realizado. Lógicamente lo deseable sería implementar este sistema de una forma eficaz a través de un programa de gestión procesal adecuado y que automatice aquellos actos que sean susceptible de ello.

3.5. Las nuevas tecnologías y las medidas cautelares

Las medidas cautelares tienen la finalidad de asegurar la eficacia del proceso. Tal como están reguladas actualmente en el derecho español tienen carácter instrumental, ya que dependen de la pendencia de un proceso principal cuya eficacia aseguran.

La ciberjusticia aplicada a las medidas cautelares plantea dos cuestiones diversas: por un lado, la adecuación del procedimiento de adopción a las tecnologías de la información para dotarle de mayor efectividad; y, por otro lado, la posible adopción automatizada de las medidas cautelares. En este apartado analizaré la primera, remitiéndome al capítulo sexto para el desarrollo de la segunda, en el que realizaré una revisión de los presupuestos de adopción.

130. ORTELLS RAMOS defiende esta opción afirmando que «no tendría sentido que rigiera el principio de impulso oficial (avance de oficio, con preclusiones, hasta la terminación del procedimiento), porque lo importante no es acelerar la ejecución, sino que ésta alcance su fin de plena satisfacción del ejecutante (art. 570), empleando para ello todo el tiempo que sea necesario (art. 239)» (en *Derecho Procesal Civil*, edit. Aranzadi, 2019, p. 537).

131. En el mismo sentido BARONA VILAR, en *La algoritmización...*, cit., p. 671.

Las medidas cautelares tienen la finalidad de asegurar la efectividad de un proceso principal, que puede ser tanto declarativo como ejecutivo. Por este motivo el procedimiento de adopción es especialmente acelerado, permitiéndose en casos excepcionales que la medida cautelar solicitada se adopte inaudita parte. Tal como está regulado actualmente funciona de una manera adecuada, ya que el juez tiene la flexibilidad suficiente para que, a petición de parte, pueda adecuar el procedimiento de adopción a las circunstancias concurrentes.

El legislador regula en los artículos 730 y ss. LEC el procedimiento de adopción de medidas cautelares. Éste se caracteriza por los siguientes caracteres:

- Las medidas cautelares siempre se adoptarán a instancia de parte si la ley no prevé que puedan ser adoptadas de oficio.
- La solicitud debe presentarse junto con el escrito de demanda y, de forma excepcional, se puede presentar antes si se justifican los motivos por los que la demanda no se puede presentar o durante la pendencia del proceso si se acredita una modificación en los presupuestos de adopción.
- El demandado será oído con carácter previo a la adopción de la medida cautelar, salvo que se alegue y justifique que en este caso la audiencia puede afectar a la eficacia de la medida solicitada.

La aplicación de las tecnologías de la información al procedimiento de adopción de medidas cautelares contribuiría a dotarle de mayor eficacia. Muchas de ellas ya las he indicado anteriormente. A modo de resumen debería:

- En los casos en que el demandado tuviera la obligación de comunicarse telemáticamente con la Administración de Justicia debería preverse la adopción inaudita parte de la medida cautelar solicitada cuando no la recibiese y el Juzgado deba notificarla personalmente, tal como desarrollo en el siguiente capítulo.
- La tramitación del incidente declarativo de adopción de la medida cautelar no plantearía mayores problemas ya que el esquema del mismo es muy sencillo ya que la oposición la realiza el demandado en el acto de la vista.
- En la ejecución de la medida cautelar si que debería implementarse la comunicación telemática para dotar de eficacia a las medidas adoptadas.

Una cuestión distinta, y que analizaré en el capítulo 6 en que desarrollo la decisión automatizada, es la posibilidad de adoptar las medidas cautelares aplicando las tecnologías de la información en la decisión judicial.

4 | Las notificaciones electrónicas

4.1. Introducción

Uno de los principios esenciales del proceso es la audiencia de las partes, para lo que es imprescindible que tengan constancia de la existencia del proceso y su desarrollo. Por ello debe garantizarse que las partes sean notificadas correctamente, tanto en el inicio del proceso como durante su desarrollo. El conocimiento del proceso integra el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en los artículos 24 de la Constitución Española, el 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sólo respetando la Ley y agotando las opciones legales para que sean notificadas se permitirá que puedan ejercer su derecho de defensa en el mismo¹³².

Desde la perspectiva judicial es significativo que la mayor parte de las Sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional estimando el amparo por un defecto en el modo de realizar la notificación al demandado se haya producido en procesos de ejecución hipotecaria o de desahucio por falta de pago.

La problemática se plantea con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Ésta añade un apartado tercero al artículo 686 que tiene la siguiente redacción: *«Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164 de esta Ley»*.

132. Sobre las notificaciones y su incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva ver por todos YELAMOS BAYARRI, en *Nulidad procesal y comunicaciones procesales fallidas*, edit. Atelier, Barcelona, 2006.

Posteriormente este apartado se reformó por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que le da la siguiente redacción que está vigente hasta la actualidad: *«Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, y realizadas por la Oficina Judicial las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164»*.

Durante la vigencia de la redacción del artículo 686.3 LEC original hasta su modificación por la Ley 19/2015, de 13 de julio notificó por edicto la pendencia del proceso de ejecución cuando no se localizaba al deudor hipotecario en el domicilio que figuraba en la escritura de préstamo hipotecario, lo que generó indefensión. Por este motivo se dictaron numerosas sentencias por el Tribunal Constitucional estimando el amparo¹³³.

Esta reforma también se efectuó en el proceso de desahucio por la Ley 19/2009, de 3 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios que añadió un nuevo apartado al artículo al artículo 164 LEC, con la siguiente redacción y que es la que actualmente está en vigor: *«En los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de rentas o cantidades debidas o por expiración legal o contractual del plazo y en los procesos de reclamación de estas rentas o cantidades debidas, cuando no pudiere hallársele ni efectuarle la comunicación al arrendatario en los domicilios designados en el segundo apartado del número 3 del artículo 155, ni hubiese comunicado de forma fehaciente con posterioridad al contrato un nuevo domicilio al arrendador al que éste no se hubiese opuesto, se procederá, sin más tramites, a fijar la cédula de citación en el tablón de anuncios de la Oficina Judicial»*.

En este caso el Tribunal Constitucional ha dictado una serie de sentencias estimando el amparo por la indefensión causada al arrendatario demandado¹³⁴. La Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2019, de 28 de octubre, realiza un

133. El Tribunal Constitucional dictó las Sentencias número 131/2014, de 21 de julio, número 137/2014, de 8 de septiembre, número 169/2014, de 22 de octubre, número 89/2015, de 11 de mayo, número 151/2016, de 19 de septiembre, número 5/2017, de 16 de enero, número 6/2017, de 16 de enero, número 106/2017, de 18 de septiembre, número 138/2017, de 27 de noviembre, número 5/2018, de 22 de enero, número 137/2018, de 27 de noviembre, número 39/2018, de 25 de abril, número 83/2018, de 16 de julio, número 123/2019, de 28 de octubre, número 19/2020, de 20 de febrero, número 32/2020, de 26 de marzo, número 41/2020, de 10 de junio, número 62/2020, de 15 de junio y número 86/2020, de 20 de julio.

134. Sentencias del Tribunal Constitucional 137/2017, de 27 de noviembre, 181/2015, de 7 de septiembre y 30/2014, de 24 de febrero. En el año 2020 el Tribunal Constitucional ha dictado cuatro sentencias, que son las Sentencias 19/2020, de 20 de febrero, 32/2020, de 26 de marzo, 41/2020, de 10 de junio y 62/2020, de 15 de junio.

análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional. En el fundamento de derecho tercero la expone de la siguiente forma:

«(...) se ha afirmado que la doctrina constitucional en materia de emplazamientos está muy consolidada y no puede verse interferida por la reforma operada por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios. Esta doctrina se ha trasladado al ámbito del proceso de desahucio respecto del artículo 164 LEC (SSTC 30/2014, de 24 de febrero; 181/2015, de 7 de setiembre, y 137/2017, de 27 de noviembre). Así, como señala la STC 30/2014, de 24 de febrero, FJ 5, si bien es cierto que «la Ley 19/2009 reforma el art. 164 LEC relativo a la comunicación edictal como forma de comunicación procesal y añade a dicho precepto un segundo apartado relativo a los desahucios en un arrendamiento por falta de pago de las rentas...», es necesario realizar una interpretación secundum Constitutionem de dicho precepto, «integrando el contenido de la reforma con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación edictal, la cual tiene su fuente directa en el derecho de acceso al proceso del art. 24.1 CE, de manera que la comunicación edictal en todo procedimiento de desahucio sólo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del deudor o ejecutado».

En relación con ello, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que (i) «cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos» (STC 122/2013, FJ 3), y que (ii) incluso cuando no conste ese domicilio en las actuaciones, habría que realizar otras gestiones en orden a la averiguación del domicilio real, siempre que ello no suponga exigir al órgano judicial una desmedida labor investigadora sobre la efectividad del acto de comunicación (entre otras, STC 131/2014, de 21 de julio, FJ 2)».

4.2. Regulación legislativa

La legislación se ha adecuado a las comunicaciones electrónicas. La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, contenía una referencia a la comunicación electrónica en el artículo 162, que regula los actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares. Sin embargo, su utilización fue prácticamente nula ya que dependía de que las partes y los profesionales comunicasen al Tribunal que disponían de los medios necesarios para recibir estas notificaciones.

El legislador ha modificado la LEC en tres ocasiones para regular las notificaciones electrónicas en el proceso civil.

- La primera reforma fue la realizada por la disposición adicional sexta de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, que modifica los artículos 135, 151, 154.2 y 162 LEC.
- La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial modifica los artículos 155.1 y 5 y 162.1 de la LEC.
- La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil da nueva redacción a los artículos 135, 146.3, 151.2, 152, 154.2, 155.2, 162 y 273 LEC entre otros.

Además, es relevante y tiene una influencia directa en el proceso civil, aunque no modifica la LEC, 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.

Tras las reformas citadas y a los efectos de este trabajo considero fundamentales los siguientes artículos:

- El artículo 155 LEC que regula los actos de comunicación con las partes aún no personadas o no representadas por procurador, especialmente:
 - El apartado 2, que regula la forma de los actos de comunicación por medios electrónicos. En mi opinión lo esencial de este precepto a los efectos del proceso electrónico es que determina que hay unas personas obligadas a su utilización de conformidad con lo previsto en el artículo 273 LEC. También es relevante que el apartado tercero del artículo 152.2 LEC prevé que «con independencia de la forma en que se realice el acto de comunicación, la Oficina Judicial enviará el referido aviso» y que su falta de práctica no impedirá que la notificación sea considerada realizada.
 - Y el apartado 4, apartado segundo prevé que «No obstante, si la comunicación tuviese por objeto la personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales y no constare la recepción por el interesado, se estará a lo dispuesto en el artículo 158.» Y el artículo 158 LEC regula la notificación mediante entrega.
- El artículo 162 LEC que regula los actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares. En mi opinión lo importante es que en determinadas ocasiones los destinatarios están obligados a enviarlos y recibirlos por medios electrónicos, manteniendo la opción en el resto de los supuestos.

- El artículo 273.3 LEC obliga a intervenir a través de medios electrónicos con la Administración de Justicia a: las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica, quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen ante la Administración de Justicia en ejercicio de dicha actividad profesional, los notarios y registradores, quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia y los funcionarios de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen por razón de su cargo.

La regulación actual se puede resumir en que hay unas personas, que son las previstas en el artículo 273.3 LEC, que están obligadas a relacionarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia. La Ley establece que cuando exista esta obligación legal, o en el resto de los casos cuando se haya optado voluntariamente, se realizará la notificación por medios electrónicos.

Lo anteriormente expuesto tiene una serie de implicaciones en el proceso judicial. Por un lado, existe la obligación de la parte demandante de identificar al demandado en el escrito de demanda, indicando «el domicilio o residencia en que pudieran ser emplazados» (art. 399.1 y 437.2 LEC para el juicio ordinario y verbal respectivamente). Es decir, el actor deberá identificar el correo electrónico de la parte demandada para que se pueda realizar la notificación por vía telemática. En el caso de que no lo conociera puede averiguarlo puede solicitar la averiguación judicial del domicilio ya que los sujetos que tienen la obligación legal de comunicarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia también lo tienen en general con la Administración (art. 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), como por ejemplo con la Agencia Tributaria.

En todo caso debo advertir que tal como prevé el artículo 155.4.2 LEC cuando la notificación tuviera por objeto la personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales y no constare la recepción por el interesado, se estará a lo dispuesto en el artículo 158 LEC, que regula la comunicación mediante entrega.

4.3. Aspectos problemáticos

En la práctica la aplicación de estos preceptos ha generado varios problemas, entre los que destaco las consecuencias de que no se identifique el correo electrónico de la parte demandada o la falta de realización del aviso de notificación en el correo electrónico designado.

4.3.1. La constitucionalidad de la comunicación electrónica y el ámbito de la misma

Uno de los motivos por los que los Tribunales no utilizan los medios de comunicación electrónico para realizar el acto de comunicación con las partes aún no personadas o no representadas por Procurador es la posible incidencia en el derecho de defensa. Lo habitual es que se nieguen a realizarla de esta forma argumentando que «el emplazamiento ha de hacerse de forma personal».

Entiendo que esta concepción debe superarse. En mi opinión debería primarse la notificación electrónica en todos los casos, y para el caso en que fuese negativa o no pudiera acreditarse su entrega debería intentarse la notificación mediante entrega de cédula en la forma prevista en los artículos 158 y 161 LEC.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la adecuación de la regulación de las notificaciones electrónicas y su carácter obligatorio para determinadas personas en la Sentencia del Pleno 6/2019, de 17 de enero y la realización de la primera comunicación de la pendencia del proceso en las Sentencias 47/2019, de 7 de abril, 102/2019, de 16 de septiembre, 122/2019, de 28 de octubre, 150/2019, de 25 de noviembre y 88/2020, de 20 de julio.

Durante el año 2020 el Tribunal Constitucional ha dictado numerosas sentencias resolviendo recursos de amparo interpuestos contra la práctica de algunos Juzgados que otorgaban validez a la notificación electrónica del auto con la orden general de la ejecución hipotecaria realizada a través del servicio de notificaciones electrónicas de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, computando el plazo de oposición a partir de la comunicación realizada e inadmitiéndola cuando hubiera precluido. La Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2020, de 27 de febrero fue la primera que dictó¹³⁵. Tal como advierte el TC en el fundamento jurídico primero de la Sentencia citada, el contexto del recurso es una serie de recursos de amparo interpuesto por los demandados en

135. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma reiterada en relación con recursos de amparo relacionados con la Sentencia 40/2020, de 27 de febrero, hasta el 20 de abril de 2021 lo ha realizado en: STC 43/2020, de 9 de marzo, 50/2020, de 15 de junio, 52/2020, de 15 de junio, 53/2020, de 15 de junio, 54/2020, de 15 de junio, 55/2020, de 15 de junio, 56/2020, de 15 de junio, 57/2020, de 15 de junio, 58/2020, de 15 de junio, 59/2020, de 15 de junio, 60/2020, de 15 de junio, 61/2020, de 15 de junio, 63/2020, de 15 de junio, 69/2020, de 29 de junio, 70/2020, de 29 de junio, 73/2020, de 29 de junio, 75/2020, de 29 de junio, 76/2020, de 29 de junio, 77/2020, de 29 de junio, 92/2020, de 20 de julio, 93/2020, de 20 de julio, 94/2020, de 20 de julio, 111/2020, de 21 de septiembre, 118/2020, de 21 de septiembre, 127/2020, de 21 de septiembre, 130/2020, de 21 de septiembre, 128/2020, de 6 de octubre, 139/2020, de 6 de octubre, 158/2020, de 4 de noviembre, 170/2020, de 16 de noviembre, 174/2020, de 30 de noviembre, 175/2020, de 30 de noviembre, 176/2020, de 30 de noviembre, 188/2020, de 14 de diciembre, 9/2021, de 25 de enero, 10/2021, de 25 de enero, 30/2021, de 15 de febrero, 32/2021, de 15 de febrero, 31/2021, de 15 de febrero, 44/2021, de 3 de marzo, 45/2021, de 3 de marzo, 46/2021, de 3 de marzo, 47/2021, de 3 de marzo, 49/2021, de 3 de marzo, 56/2021, de 15 de marzo, 58/2021, de 15 de marzo, 59/2021, de 15 de marzo y 62/2021, de 15 de marzo.

unos procesos de ejecución hipotecaria presentados por el Banco Sabadell contra Euronversiones Inmobiliarias Costa Sur S.L. como propietarias de las fincas y deuda hipotecaria y en algunos casos contra Penrei Inversores S.L. como titular de un derecho de uso y disfrute sobre alguno de los inmuebles. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lorca optó por llevar a cabo el emplazamiento de las demandadas con requerimiento de pago y alternativo derecho de oponerse a la demanda ejecutiva a través del servicio de notificaciones electrónicas y de dirección electrónica habilitada de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.

La doctrina jurisprudencial la declaró el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Pleno 6/2019, de 17 de enero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Castilla León sobre la constitucionalidad del apartado tercero del artículo 152.2 LEC, que regula el envío de un aviso al destinatario del acto de comunicación de que se ha efectuado la transmisión electrónica y las consecuencias de la omisión.

Con carácter previo a la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad analiza la importancia de los actos de comunicación y su relación con la tutela judicial efectiva, en primer lugar recuerda que ya se ha pronunciado sobre las comunicaciones por medios técnicos y electrónicos afirmando que «la doctrina de este Tribunal ha declarado de manera reiterada que en el ámbito de las comunicaciones por medios técnicos y electrónicos, la constancia fehaciente tanto del hecho de la recepción del acto de comunicación por el destinatario y su fecha, como del contenido del acto, constituye una garantía insoslayable cuya inobservancia acarrea la nulidad de este último. Y de haber traído ello consigo la pérdida de trámites procesales para alguna de las partes, la vulneración de su derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE)». A continuación, cita las sentencias en las que establece los requisitos para que la utilización del fax como aparato de transmisión de notificaciones escritas (SSTC 268/2005, de 24 de octubre y 58/2010, de 4 de octubre) y la no validez de las llamadas telefónicas para transmitir una notificación ya que no existe constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron (STC 94/2005, de 18 de abril).

Al resolver la cuestión planteada el Tribunal Constitucional concluye que la previsión de apartado tercero del artículo 152.2 LEC¹³⁶ es constitucional porque no considera que este «aviso» sea un acto de notificación, ya que no concurren los caracteres que se han expuesto. Por ello considera que el acto de notificación es la transmisión electrónica y no el aviso de su envío a través de

136. Este precepto prevé el envío de un aviso al destinatario del acto de comunicación de que se ha efectuado la transmisión electrónica y las consecuencias de la omisión.

correo electrónico. Finalmente analiza la obligación de los representantes legales de acceder diariamente al sistema lexnet y no lo considera desproporcionado, extendiendo esta consideración a las personas obligadas a comunicarse con la Administración de Justicia por medios electrónicos.

La doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la Sentencia 6/2019, de 17 de enero, se centra en la constitucionalidad de las notificaciones que se realizan a los profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia como procuradores, abogados o graduados sociales.

Una cuestión distinta se plantea cuando nos hallamos ante la primera comunicación de un proceso judicial. El artículo 155.4.2 LEC prevé que cuando el acto de comunicación tenga por objeto poner en conocimiento el proceso a la parte demandada y la primera comparecencia o la realización de actos personales, si no consta la recepción de la notificación se procederá a la notificación mediante entrega prevista en el artículo 158 LEC.

El Tribunal Constitucional dictó la Sentencia número 47/2019, de 8 de abril, que estima un recurso de amparo que se interpuso por una empresa demandada en un proceso social por despido en el que se realizó la notificación mediante la remisión por el Juzgado de un correo electrónico a la dirección designada por la parte actora en su demanda, sin que constara su recepción. Tras el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones por la empresa demandada y el agotamiento de los recursos ordinarios interpuso recurso de amparo alegando la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española ya que la forma en que se había realizado la notificación le había generado indefensión ya que no tuvo conocimiento del proceso, con lo que no pudo ejercer su derecho de defensa.

Tras analizar la legislación aplicable, especialmente los artículos 155 y 273.4 LEC, además de los artículos 53.1 y 56.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, llega la conclusión de que se ha generado indefensión porque el órgano jurisdiccional *«al realizar la selección normativa para resolver el incidente de nulidad de actuaciones erró al atribuir un determinado contenido a los arts. 53.1 y 55 LIS. Por otro lado, omitió la toma en consideración de preceptos estrechamente vinculados con los actos de comunicación que constituyen el primer emplazamiento o citación del demandado, pese a que el objeto principal del referido incidente versaba, precisamente, sobre el modo en que fue realizada la citación de la parte demandada para los actos de conciliación y juicio al atribuir un determinado contenido a los artículos 53.1 y 55 LIS»*.

A continuación, desarrolla el deber de diligencia del órgano jurisdiccional para realizar el acto de notificación y afirma que *«en el presente caso se optó por*

una modalidad de comunicación procesal que, como hemos advertido, no aparece prevista para los actos que constituyan el primer emplazamiento o citación de los demandados. Y a pesar de haberse constatado que la citación efectuada en la dirección electrónica habilitada no fue retirada por la interesada, en el plazo de tres días hábiles a partir de su recepción, no se agotaron las posibles vías existentes para lograr la efectividad de la notificación, como así lo exige el art. 53.1 LJS, para lo cual simplemente habría bastado proceder del modo previsto en el art. 56.1 LJS; esto es, practicar la comunicación por correo certificado con acuse de recibo en el domicilio indicado en el escrito de demanda. Por tanto, debemos concluir que, ni la actuación precedente de la Oficina Judicial ni la argumentación dada por órgano judicial al resolver el incidente de nulidad se acomodan a las exigencias establecidas por nuestra doctrina atinente al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con las garantías que deben revestir los actos de comunicación procesal, a fin de evitar la indefensión del afectado».

Por todo ello estima el recurso de amparo y declara que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión¹³⁷.

De esta forma la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los actos de notificación electrónica es:

- Que de conformidad con lo previsto en el artículo 155.4 LEC la notificación de la demanda que tenga por objeto la personación en juicio o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales y no constare la recepción por el interesado deberá realizarse de conformidad con el artículo 158 LEC, es decir, mediante entrega en el domicilio de la persona que deba ser notificada, requerida, citada o emplazada
- Que no es suficiente la remisión de la notificación por medios electrónicos, informáticos y similares (art. 162 LEC), salvo que exista constancia de su recepción. Es decir, a estos actos no es de aplicación la previsión del artículo 162.3 LEC que presume que «cuando constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, salvo los practicados a través de servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su con-

137. Posteriormente reitera esta doctrina: en el orden social en las Sentencias 102/2019, de 16 de septiembre, 150/2019, de 25 de noviembre, 7/2020, de 27 de enero, 3/2020, de 15 de junio, 72/2020, de 29 de junio y 77/2020, de 29 de junio; en un proceso concursal en las Sentencias 129/2019, de 11 de noviembre y 95/2020, de 20 de julio; en el orden civil se han dictado las sentencias 122/2019, de 28 de octubre en el ámbito de un procedimiento monitorio y 88/2020, de 2020 en un juicio ordinario de reclamación de cantidad, además de las ya en el ámbito de recursos contra la notificación electrónica del inicio del proceso de ejecución hipotecaria y requerimiento de pago..

tenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos».

- Que el aviso de la recepción de una notificación electrónica previsto en el artículo 152.2 i.f. LEC no es preceptivo para que ésta se considere válidamente realizada.

4.3.2. La no indicación del correo electrónico en el escrito de demanda

El artículo 399 LEC, al regular la forma y contenido de la demanda, exige que el demandante consigne *«los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado, y el domicilio o residencia en que puedan ser emplazados»*. Esta obligación legal la concreta el artículo 155 LEC en que no basta con que se designe el domicilio, sino que en el apartado segundo del apartado 2 añade que *«asimismo, el demandante deberá indicar cuantos datos conozca del demandado y que puedan ser de utilidad para la localización de éste, como números de teléfono, de fax, dirección de correo electrónico o similares, que se utilizarán con sujeción a lo dispuesto en 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»*.

Desde la perspectiva judicial la obligación que impone el artículo 155.2.2 LEC a la parte actora está siendo valorado por los Tribunales. Así la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado las Sentencias número 4081/2017, de 15 de noviembre, y 406/2018, de 14 de febrero, en que estiman dos demandas de revisión en sendos procesos de desahucio por falta de pago de un bien inmueble arrendado porque el proceso se siguió en rebeldía y la parte actora no facilitó el correo electrónico de los demandados a pesar de que era la forma normal de comunicarse con ellos. La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 406/2018, de 14 de febrero afirma que:

«En contra de lo sustentado por la demandada de revisión, hay que reiterar que comunicar al juzgado la dirección electrónica del arrendatario, a los efectos de su notificación, no constituye o representa un «plus» o «exigencia desorbitante» para el arrendador, sino el cumplimiento de su deber de colaboración con los órganos judiciales. Por lo que en el presente caso, hay que apreciar la existencia de la maquinación fraudulenta solicitada».

La Sentencia de la Sala de lo Civil número 4081/2017, de 15 de noviembre, declara argumenta como *ratio decidendi* que:

«El segundo apartado del art. 155.2 LEC establece que «el demandante deberá indicar cuantos datos conozca del demandado y que puedan ser de utilidad para

la localización de éste, como números de teléfono, de fax, dirección de correo electrónico o similares». En este caso, la indicación del correo electrónico era muy relevante, porque era el modo de comunicación habitual entre las partes y la arrendadora era consciente de que la arrendataria, por razones de edad, personalidad, desconfianza, etc., no atendía otros medios de comunicación.

Es cierto que antes de interponer la demanda se enviaron tres correos electrónicos a la Sra. Lidia que no fueron contestados. Pero ello no relevaba a la demandante de desahucio de su obligación legal de comunicar la dirección de correo electrónico; máxime si en la demanda ni siquiera se hacía mención a esas comunicaciones fallidas y solo se hizo mención al envío de un burofax. Aparte de que, como se puso de manifiesto en el acto de la vista y se comprueba documentalmente, la Sra. Lidia había acordado comunicarse por email con el Sr. Juan Ramón y los correos electrónicos fallidos se los envió una empleada, por lo que era el nombre de ésta el que aparecía en la bandeja de correo electrónico».

En ambas sentencias se estima la revisión al considerar el Tribunal que concurren los requisitos previstos en el artículo 510.4º LEC. Para ello argumenta en ambas sentencias que *«esta sala ha afirmado en múltiples resoluciones que una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta que permite la revisión de la sentencia es aquella en que incurre quien ejercita una acción judicial cuando oculta el domicilio de la persona contra la que va dirigida, a fin de que se le emplace o cite por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía (SSTS 129/2016, de 3 de marzo; 442/2016, de 30 de junio; 639/2016, de 26 de octubre; 34/2017, de 13 de enero; 346/2017, de 1 de junio; y 451/2017, de 13 de julio; por citar solo algunas de las más recientes). Esta causa de revisión ha sido relacionada por la jurisprudencia con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el carácter subsidiario que, según la jurisprudencia constitucional, debe tener el emplazamiento o citación por edictos, de tal manera que solo cabe acudir a él como última solución cuando no se conoce el domicilio de la persona que deba ser notificada o se ignora su paradero por haber cambiado de domicilio».*

Estas Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo son consecuentes con la doctrina jurisprudencial anterior de este mismo Tribunal y con la interpretación restrictiva que realiza el Tribunal Constitucional de la notificación edictal. Así se han declarado en múltiples ocasiones la nulidad de actuaciones porque no se agotaron las posibilidades de notificación personal antes de acudir a la edictal, que no deja de ser una comunicación ficticia. Así la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 65/2019, de 31 de enero, declara la nulidad de actuaciones en un proceso de ejecución hipotecaria porque el demandante no había notificado al órgano judicial un domicilio del demandado en el que había realizado de forma extrajudicial comunicaciones con éxito. Argumenta que:

«La sentencia cuya casación se pretende se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Así la STS, Sala de lo Civil, 846/1993, de 24 de julio de 1993, apelación 1046/1996, resume la jurisprudencia constitucional relativa a la citación edictal. De igual manera la STS, Sala Civil, 144/2014, de 13 de marzo, recurso de apelación 755/2012, recoge la doctrina jurisprudencial relativa a la exigencia de la correcta realización de los actos de comunicación. Asimismo, la STS, Sala Civil 825/2013, de 13 de marzo de 2014, recurso de apelación 11/2012, señala el carácter subsidiario que, según la jurisprudencia constitucional debe tener el emplazamiento o citación por edictos, finalmente, la sentencia del TC, Sala Primera, 104/2008, recurso de amparo 2754/2005, que obra en autos por haber sido aportada con el escrito de demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de nulidad del procedimiento de ejecución dineraria sobre bienes hipotecados».

Por ello, el actor tiene la obligación legal de indicar la dirección de correo electrónico donde la parte demandada pueda ser localizada en el escrito de demanda. Tal como prevé el artículo 155.2 LEC el demandante debe designar *«cuantos datos conozca del demandado y que puedan ser de utilidad para la localización de éste, como números de teléfono, de fax, dirección de correo electrónico o similares»*.

Así en el caso en que no se facilitase el correo electrónico de un demandado que tuviera la obligación de comunicarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia debería requerirse a la parte actora para que lo facilitase en un plazo de cinco días y si no tuviera conocimiento que se pudiera consultar a través del punto neutro judicial. Sólo en el caso en el que fuera imposible aportarlo debería alegar su desconocimiento para que en caso necesario el Órgano Judicial procediera a su investigación requiriendo a otras Administraciones Públicas los datos electrónicos de notificación que ha indicado la persona obligada a comunicarse por este medio con la Administración. Los casos más habituales sería realizar el oficio a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, con la que se realizan comunicaciones de forma periódica, o con Registros oficiales como el Registro Mercantil en el caso de sociedades de capital.

4.3.3. La negativa a recibir una comunicación electrónica

Actualmente en las relaciones entre las personas es habitual el uso del correo electrónico o de otros medios como sistemas de mensajería a través de teléfono móvil. Trasladado al proceso lo normal es que las partes hayan tenido relación previa a través del correo electrónico para intercambiar aspectos relativos a la cuestión que se ha judicializado. Es un criterio de normalidad en la realidad social que cuando se firma un contrato las partes intercambien información relativa al mismo a través de correo electrónico o cuando surge alguna cuestión que se informe de ella a la otra parte por este medio. Es decir, el sistema

de comunicación consistente en la remisión de cartas postales ha quedado relegada a aquellos casos en que se quiere dejar constancia del contenido de la comunicación y de su recepción, lo que se logra a través del burofax con certificado de contenido y acuse de recibo o a través de un requerimiento fehaciente realizado por un Notario. Y estos sistemas se van relegando en algunos ámbitos a través de los certificados externos del contenido de los correos electrónicos.

Esta realidad debemos trasladarla al proceso. Una de las principales patologías del proceso es el retraso que implica la realización de las notificaciones. En mi opinión debería primarse la notificación a través de correo electrónico al demandado no personado en aquellos casos en los que la parte demandada tenga la obligación de comunicarse por medios informáticos con la Administración de Justicia. Legalmente está previsto, pero no se utiliza judicialmente. Las causas son múltiples y creo que se centran por un lado en la falta de colaboración de la parte demandante que no facilita el correo electrónico de los demandados, con lo que el órgano judicial debe realizar la notificación mediante entrega de la cédula en el domicilio físico de la parte demandada. Por otro también nos enfrentamos a la reticencia de los órganos judiciales que entienden que menoscaban el derecho de defensa¹³⁸.

Además, sería deseable que desde la perspectiva judicial se sancionase la negativa de la demandada que tiene la obligación de comunicarse electrónicamente con la Administración de Justicia. Una forma sería a través de la declaración de temeridad a efectos de imposición de costas, aunque en la práctica tiene escasa incidencia práctica salvo en los procedimientos en los que no es necesaria la postulación procesal.

Otra forma de sanción procesal sería que la diligencia negativa de notificación electrónica fuera valorada por los Tribunales para adoptar medidas cautelares inaudita parte y que para acreditar la concurrencia del *periculum in mora*¹³⁹. Este mecanismo implicaría una actitud activa de la parte actora que debería solicitar la medida cautelar inaudita parte solicitando que se adoptase inaudita parte y se valorase a efectos de acreditar el *periculum in mora* que debe concurrir la no recepción de la notificación electrónica por la persona que está obligada a comunicarse por este medio con la Administración de Justicia. En la práctica judicial ya se valora a efecto de considerar acreditado el *periculum in*

138. Para superar las dudas de legalidad de las notificaciones electrónicas se podría intentar en primer lugar por esta vía y para el caso en que fuera negativa realizarla personalmente de manera física en la forma prevista actualmente en la LEC.

139. Sobre las medidas cautelares ver mi trabajo sobre *Las medidas cautelares en el proceso civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2012.

mora para adoptar la medida cautelar o para justificar su tramitación inaudita parte cuando se intenta la notificación en el domicilio social de una sociedad mercantil y ésta es negativa. Entiendo que sería deseable extenderlo a la notificación electrónica.

Como he indicado de *lege data* ya es posible adoptar estas medidas, pero ante la falta de aplicación por los Tribunales, sería deseable que se regulara legislativamente estas opciones¹⁴⁰. Es cuestión de tiempo que el proceso judicial se adapte a las nuevas formas de comunicación que son predominantes en la sociedad, pero hasta que se produzca la reforma legislativa la responsabilidad para la agilización del proceso es compartida: por un lado de la parte demandante que debe facilitar el correo electrónico en la demanda y solicitar que se intente en primer lugar la notificación por este medio y que debe solicitar la adopción de medidas cautelares en el caso en que la diligencia fuera negativa y tuviéramos que acudir a otros medios; y por parte de los Tribunales primando esta forma de comunicación y valorando la negativa a ser notificado electrónicamente por la parte que tiene la obligación legal de comunicarse por esta vía adoptando las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante o a efectos de imposición de costas.

4.4. Las consecuencias procesales de los errores en las comunicaciones electrónicas

Otra de las cuestiones problemáticas que se han suscitado han sido los errores de parte en la realización de las notificaciones electrónicas. Las comunicaciones electrónicas a través del sistema lexnet, o cualquiera de los existentes en las Comunidades Autónomas que tienen la competencia legislativa en el ámbito de la Administración de Justicia y han creado su propio sistema, se realizan a través de un formulario y el documento anexo que sería el escrito de parte que se presenta.

En el formulario debe indicarse el número de procedimiento y trámite que se realiza. La cuestión que se ha suscitado en la práctica son las consecuencias del error de parte en la consignación de alguno de los campos obligatorios del formulario.

140. El anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020, prevé la reforma del artículo 155 LEC. La nueva redacción del apartado 3 de este precepto regula la notificación por medios electrónicos del artículo 162 de la LEC cuando la demanda se dirigiese a una de las personas obligadas legal o contractualmente a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia. Esta modificación legal ha sido criticada por el Consejo General del Poder Judicial en el informe que ha adoptado (aprobado en la reunión del 22 de julio de 2021) al entender que es contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional (Informe., cit., p. 310).

Los errores que pueda haber cometido la parte al presentar un escrito en el contenido del mismo al designar, por ejemplo, el número de procedimiento, ya ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional en una doctrina consolidada. Así la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 55/2019, de 6 de mayo, afirma en el fundamento de derecho 2.a) que:

«Hemos fijado dos reglas: la primera, si la omisión o el error en la identificación es determinante de su no incorporación, la parte incurre en falta de diligencia, excluyente de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 C.E; mientras que si constan otros datos que razonablemente permitan la unión del escrito a las actuaciones correspondientes, la responsabilidad se desplaza al órgano judicial. Y, la segunda, que la insuficiente identificación de que adolezca el escrito de personación es un defecto subsanable, en tanto no adquiera firmeza la resolución judicial que declare precluido el trámite».

Esta doctrina la aplica el Tribunal Constitucional a las comunicaciones electrónicas. Esta Sentencia resuelve un recurso de amparo contra un decreto del Letrado de la Administración de Justicia que resuelve un recurso de reposición contra la diligencia de ordenación que inadmite la impugnación de un recurso de casación para la unificación de doctrina en el orden social al haber marcado en el formulario electrónico por error la casilla de que el recurso era una casación laboral. El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo interpuesto contra esta resolución, argumentando en el fundamento de derecho 5 que:

«La modernización de la Administración de Justicia mediante la generalización en el uso de las nuevas tecnologías y, en lo que aquí nos atañe a través de las comunicaciones electrónicas procesales, no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para facilitar el trabajo tanto del órgano judicial, como de los justiciables que actúan en los procesos a través de los profesionales designados o directamente por ellos cuando estos último es posible. No pueden en ningún caso erigirse tales medios tecnológicos en impedimento o valladar para la obtención de la tutela judicial a la que todas las personas tienen derecho».

A continuación, distingue entre el formulario electrónico que tiene que completarse para remitir una comunicación y el escrito procesales remitido. Afirma que *«el formulario normalizado tiene un papel accesorio, de facilitación de la comunicación electrónica pero no deviene condicionante de la validez del escrito procesal remitido (el escrito principal cargado con este). Es el escrito de impugnación del recurso de casación redactado y cargado con lexnet, el que debía ser examinado por la secretaría de la Sala, en orden a dilucidar si permitía tenerlo por recibido y unirlo a las actuaciones de uno de sus procedimientos».*

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el funcionamiento de la plataforma electrónica en la Sentencia de la Sala Primera número 61/2019,

de 6 de mayo. En este caso no se pudo adjuntar electrónicamente unos documentos al escrito de alegaciones de defensa, por lo que se remitió por fax al Juzgado que no los adjuntó. En este caso el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo al considerar que la parte fue diligente en la presentación de los escritos al remitirlos por fax ante la imposibilidad de adjuntarlos al envío electrónico de las alegaciones. Por ello considera que *«debe excluirse cualquier tipo de pasividad, error técnico, negligencia o impericia de la demandante de amparo y de los profesionales que la asistieron habida cuenta de que están acreditados los intentos de su letrado por hacer llegar al juzgado las alegaciones y documentos acreditativo, mientras que el juzgado no desplegó la misma diligencia, pues siendo incuestionable que al menos recibió el escrito de alegaciones, en el que se hacía referencia a una serie de documentos que acreditarían cada uno de los extremos invocados en el escrito, debería haber adoptado las medidas necesarias para poder disponer tanto de esas alegaciones como de los documentos que las acompañaban»*.

La sentencia citada estima el recurso de amparo, pero no hace referencia alguna a la comunicación electrónica más que la que se ha transcrito. Lo relevante es que ante el mal funcionamiento de la plataforma electrónica es la parte la que tiene que actuar de forma diligente y realizar la comunicación procesal por otras vías, debiendo acreditar los intentos realizados.

5 | La prueba electrónica

5.1. Introducción

Es habitual que, en nuestras actividades cotidianas, tanto a nivel personal como profesional, utilicemos medios de comunicación electrónicos. Esto se extiende tanto a los contactos con las personas de nuestro entorno como para la adquisición de productos o tener relaciones comerciales. Ello provoca que una gran parte de las fuentes de prueba que se generan pueden calificarse como electrónicas¹⁴¹. Así entre ellas se pueden enumerar las siguientes¹⁴²: datos de geolocalización obtenidos de cualquier dispositivo; grabaciones de video y evidencia fotográfica de cualquier fuente o dispositivo; evidencia de reconocimiento facial para verificar la identidad de las personas; publicaciones en redes sociales, que pueden usarse para acreditar su contenido, la ubicación, apariencia o incluso el estado de ánimo en un momento determinado; datos de neuroimagen y genéticos; y la información del internet de las cosas, es decir, datos de chips colocados en dispositivos ordinarios para conectarse a internet y que les permite interactuar con otros dispositivos.

El reto del proceso judicial es permitir que éstas tengan acceso a través de los medios de prueba. Con la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la forma de aportar al proceso las fuentes de prueba electrónicas era a través de la prueba documental¹⁴³. SERRA DOMÍNGUEZ afirmaba al analizar en 1981 los

141. Tal como indica DE BUENO MATA será la prueba estrella o clave en los distintos órdenes jurisdiccionales (en Prueba electrónica y proceso, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, TOL4.147.241 Doctrina, p. 21 de la versión digital).

142. Es la enumeración que realiza Group of the Commission to Reimagine the Future of New York's Courts en abril de 2021, *Report and Recommendations of the Future Trials Working Group*

143. Ver el análisis que efectuaron con la vigencia de la LEC de 1881 MONTON REDONDO (*los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977) y VILABOY LOIS y GONZÁLEZ PILLADO (*la prueba por medio de los modernos avances científicos-tecnológicos en el proceso civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1993).

medios modernos de reproducción, que no «pueden considerarse pruebas autónomas, sino simples especialidades o variantes de medios de prueba regulados en la Ley, principalmente de la prueba documental, pero también, en lo que respecta a los medios de reproducción mediante la imagen, del reconocimiento judicial». A continuación afirma que «lo importante en la prueba documental o es tanto la escritura en sí como la representación de unos hechos. El carácter representativo y reproductivo, unido a su finalidad de preconstitución de unos hechos, es lo que justifica la prueba documental y explica su regulación actual»¹⁴⁴.

5.2. Regulación legal

La Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente vigente¹⁴⁵ es consciente de esta circunstancia y en el artículo 299.2 de la LEC prevé que «también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso»¹⁴⁶.

La práctica de este medio de prueba se desarrolla posteriormente en los artículos 382 a 384 LEC. Aparentemente el legislador distingue entre la reproducción de las «palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes» (art. 382 LEC) y el examen por los medios adecuados de «los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas». Consecuentemente la primera clasificación antes de abordar la cuestión debemos realizarla entre los medios audiovisuales y los instrumentos informáticos¹⁴⁷.

144. SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2º, dir. Manuel Albaladejo, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 93. Publicado más recientemente en «la prueba de las obligaciones», en *Estudios de Derecho Probatorio*, edit. Communitas, Lima, 2009, p. 160.

145. La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero. En adelante LEC.

146. Sobre este medio de prueba ver ampliamente BENNASAR (*La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal*, Valladolid, 2010), ILLAN FERNÁNDEZ (*La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, Pamplona, 2009), NIEVA FENOLL (en «la prueba en documento multimedia», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, Barcelona, 2000, tomo II, pp. 441 y ss; y «Práctica y valoración de la prueba documental multimedia», en *Diario La Ley*, año 2009, referencia R1876, versión electrónica), ORMAZABAL SÁNCHEZ (*La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, Madrid, 2000) y SANCHIS PRIETO y CHAVELI DONET (*La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivos en la LEC 1/2000*, Valencia, 2002).

147. Ver ampliamente ORMAZABAL, op. cit., pp. 183 y ss.

Posteriormente se han actualizado las leyes procesales para incorporar la prueba tecnológica en el proceso, tanto civil como penal¹⁴⁸. También se ha aprobado la ley 42/2015, que ha pretendido regular el proceso telemático en España. Pero no resuelve la aportación de las fuentes de prueba electrónica al proceso.

La regulación es escasa si se compara con el resto de medios de prueba, fundamentalmente con el que está más próximo y que en mi opinión no es más que una especialidad, como es la prueba documental¹⁴⁹. En la práctica de los Tribunales la aportación de la prueba electrónica se realiza aplicando analógicamente los criterios de este medio de prueba¹⁵⁰. Es cierto que existen especialidades, pero las mismas derivan de la forma de acceder al soporte y no de su contenido.

5.3. Naturaleza jurídica. Entre la prueba documental y la prueba electrónica autónoma

Sobre la distinción entre la prueba documental y la electrónica, SERRA DOMÍNGUEZ nos indicaba que existen tres nociones de documentos: una postura amplia que considera como documento «cualquier objeto físico mueble que pueda ser trasladado a presencia judicial, independientemente de su carácter escrito o representativo»; otra que considera que es todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso, lo que incluiría tanto la escritura como los modernos medios reproductivos ya que lo importante es

148. El proceso civil se reformó por la Ley 42/2015 y el proceso penal por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

149. NIEVA FENOLL realiza un análisis de las analogías y diferencias entre el documento y el soporte multimedia y llega a la conclusión de que estas últimas no son tales, por lo que opta por utilizar el término de documento multimedia (op. Cit., p. 450). En el mismo sentido se pronuncia RAMOS MÉNDEZ afirmando que «en principio, el hecho del cambio de soporte podría ser irrelevante en cuanto a sus repercusiones probatorias. Lo importante de los medios de prueba es su capacidad para transmitir datos y elementos de juicio, que el Tribunal pueda asumir, escuchar o percibir para formar su convicción sobre el caso. Desde este punto de vista, nos encontraríamos simplemente ante una nueva modalidad de documentos» (en *Enjuiciamiento Civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2008, tomo I, p. 778).

También considera que nos hallamos ante una prueba documental ABEL LLUCH, pero afirma que hay que reformular el concepto de documento partiendo de que es un documento representativo de un hecho de interés para el proceso, comprensivo de una unidad de información y de naturaleza mueble (en *Derecho Probatorio*, edit. José María Bosch, Barcelona, 2012, pp. 921 y ss.). Del mismo modo se había pronunciado anteriormente SANCHIS PRIETO, que defendía una ampliación del concepto de documento (en *la prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivos en la LEC 1/2000*, edit Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, referencia TOL 234.88).

150. RAMOS MÉNDEZ, loc. Cit. Del mismo modo MONTERO AROCA, en «Capítulo 34. Otros medios de prueba», en *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, 2016, edit. Tirant lo Blanch, Referencia TOL4.091.455.

tanto la grafía como la representación; y los que lo reducen a todo objeto escrito, independientemente del soporte material y lenguaje gráfico utilizado. A continuación, SERRA DOMÍNGUEZ afirma que la LEC 2000 se inclinó por el concepto estricto de documento. Finalmente critica la limitación del documento a la representación escrita y concluye que «incluso dentro de nuestro derecho positivo no vemos inconveniente alguno en asimilar el tratamiento de la prueba documental no escrita al de la prueba documental escrita»¹⁵¹

Tal como indicaba NIEVA FENOLL el legislador tenía dos opciones al regular la prueba electrónica: considerar que eran los documentos del siglo XXI y reformular la regulación de la prueba documental; o constituir un medio de prueba autónomo de la documental. En este sentido DE LA OLIVA SANTOS¹⁵² y ORMAZABAL SANCHEZ¹⁵³ consideran que son dos medios de prueba distintos¹⁵⁴ al entender que el documento se limitaba a la representación escrita.

La discusión sobre la naturaleza jurídica del documento electrónico puede parecer irrelevante, pero considero que es necesario delimitarlo porque la prueba electrónica, si se considera un medio de prueba autónomo, está regulada de una forma deficitaria¹⁵⁵. Los artículos 382 a 384 LEC prevén la forma en que se va a practicar la prueba electrónica en el proceso judicial debiendo aportar la transcripción escrita de las palabras (art. 382 LEC), el acta y la custodia de los materiales (art. 383 LEC) y el examen de los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso (art. 394 LEC). Es decir, no se realiza una regulación completa de un medio de prueba sino determinadas especialidades que derivan del soporte electrónico. Todo ello me ratifica en la conclusión de que estos preceptos complementan al resto de medios

151. SERRA DOMÍNGUEZ, «la prueba documental», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, edit. Difusión, Barcelona, 2001, p. 237. También en *Estudios de Derecho Probatorio*, cit., pp. 212 y 213.

152. DE LA OLIVA SANTOS defiende un concepto restringido de documento que concibe como «el objeto material que incorpora la expresión escrita de un pensamiento o acto humano». Para él debe mantenerse por la característica de la autenticidad (en *Curso de Derecho procesal Civil*, edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 154 y 155). A continuación, analiza el documento electrónico y la firma electrónica y no lo considera como documento sino como «instrumento que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras» (op. cit., p. 162).

153. ORMAZABAL SANCHEZ, en *La prueba documental y los medios...*, cit., pp. 3 y ss. Posteriormente en «Informática y prueba judicial. Especial referencia a la firma electrónica», en *Empresa y prueba informática*, dir. Abel Lluch, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 43 y ss.

154. Ver el análisis que efectúa ARRABAL PLATERO (en *Tratamiento procesal de la prueba tecnológica*, Tesis Doctoral. Universidad Miguel Hernández, 2019, pp. 239 y ss.) y BUENO MATA (en *Prueba electrónica y proceso 2.0. especial referencia al proceso civil*, edit. Tirant lo Blanch, 2014, ref. TOL4.147.241 Doctrina).

155. ABEL LLUCH analiza el régimen jurídico de la prueba electrónica atendiendo a su aportación, perdurabilidad (conservación), el proceso de verificación, la práctica, eficacia probatoria y la impugnación (en *Derecho probatorio*, cit., pp. 951 y ss.). Éste debería ser el contenido mínimo de la regulación como medio de prueba autónomo. Además, debería tenerse en cuenta que la fuente de prueba tecnológica puede ser objeto de prueba y medio de prueba (en este sentido ver el análisis que efectúa ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, «Internet y prueba civil», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2001, número 4, pp. 138 y ss.).

de prueba que pueden ser aportados en formato electrónico, especialmente a la prueba documental¹⁵⁶ pero que se podría extender también a la prueba pericial o a la inspección personal del juez¹⁵⁷.

Lo que es cierto es que los artículos 382 a 384 LEC han permitido que se superen las dificultades que se plantearon con la aportación de las fuentes de prueba electrónica al proceso antes de su aprobación¹⁵⁸.

Finalmente, las razones prácticas se han tenido que imponer sobre cuestiones meramente dogmáticas. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información que, en su exposición de motivos, apartado IV, declara que una de sus finalidades es favorecer la celebración de contratos por vía electrónica asegurando «la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de forma escrita que figura en diversas leyes», conteniendo diversas obligaciones de los prestadores de los servicios. Por otro lado la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, regula los documentos firmados electrónicamente previendo en el artículo 3.8 que «el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio»¹⁵⁹. Del mismo modo en la LEC encontramos referencias al documento electrónico en el artículo 318, 319 y 326.3.

En este sentido afirma COLOMER HERNÁNDEZ por un lado la tradición histórica, especialmente en la jurisprudencia, que ha defendido la asimilación de estos medios de prueba con la documental y la labor del legislador en su intento de potenciar las transmisiones electrónicas ha elaborado un concepto amplio de documento electrónico¹⁶⁰.

Otra cuestión al margen de lo anterior es que hay muchas fuentes de prueba de carácter electrónico que accederán al proceso judicial no a través de la prueba documental ni el de la prueba electrónica, sino a través de otros medios de

156. La exposición de motivos de la LEC parece avalar esta interpretación ya que afirma en el epígrafe XI que «la utilización de nuevos instrumentos probatorios como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales». Sin embargo, es contradictorio con el concepto de documento que regula, que aparentemente es sólo el escrito (DE LA OLIVA SANTOS —loc.cit.— y ORMAZÁBAL SÁNCHEZ —loc. cit.—).

157. ALONSO CUEVILLAS SAYROL (op. cit., pp. 138 y ss.) y ABEL LLUCH (op. cit., pp. 932 y ss.).

158. En este sentido CUCARELLA GALIANA, en *Derecho Procesal Civil*, 15ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 347.

159. Ver ABEL LLUCH, *Derecho Probatorio*, cit., pp. 1000 y ss.

160. COLOMER HERNÁNDEZ, «Capítulo X. la prueba tecnológica», en *La prueba (civil)*, dir. Romero pradas y González Cano, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 (TOL6.433.965), p. 4 de la edición digital.

prueba como la inspección personal del juez¹⁶¹. Lo habitual es que la forma a través de la que se introduce la fuente de prueba electrónica será a través de la documental en sentido amplio, sin perjuicio de que pueda ser corroborada a través de otros medios de prueba como los indicados.

También debo aclarar que hay que distinguir entre la prueba electrónica o documental electrónica y la utilización de medios electrónicos para practicar otros medios de prueba. Así por ejemplo se ha planteado la inspección personal del Juez para que visite determinadas páginas web¹⁶² o pueda analizar la situación de un bien inmueble en su entorno físico utilizando aplicaciones informáticas que permiten el acceso a mapas vía satélite, como google maps¹⁶³. Otra opción será la práctica de la prueba testifical o de declaración de parte a través de videoconferencia. La aplicación de la tecnología al proceso judicial va más allá de la aportación de las fuentes de prueba tecnológicas a través de los medios de prueba, ya que incluye la práctica de éstos a través de los medios técnicos existentes.

En todo caso, en la actualidad legislativa nos encontramos ante tres medios de prueba con una regulación diferenciada:

- El documento electrónico.
- La prueba audiovisual.
- La prueba de instrumentos.

El primero se desarrolla en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de la Ley de Firma Digital y 318, 319 y 326 LEC. Además, en muchos casos la misma se aportará a través de su copia en soporte papel. Como ejemplo se podría citar el de un contrato concertado electrónicamente entre dos partes a través de internet. En este caso al presentar la demanda o la contestación a la demanda lo aconsejable es adjuntar una copia impresa del mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 265.1.2 LEC.

En la prueba audiovisual y de instrumentos la regulación es diversa, a pesar de la aplicación analógica de la regulación de la prueba documental. Precisamente una de las principales críticas que se ha realizado a la regulación de estos

161. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (en «Internet y prueba civil», cit., pp. 143 y ss.) y ABEL LLUCH (en *Derecho Probatorio*, cit., pp. 937 y ss.)

162. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, op. cit.

163. Ver FONS RODRIGUEZ, en «Reconocimiento judicial y nuevas tecnologías. ¿Puede solicitarse la prueba de un reconocimiento judicial para que el juez presencie, a través de videoconferencia, las imágenes que recoge una persona sobre un determinado lugar o espacio fuera de la circunscripción judicial, y con ello evitar que se tenga que acudir al auxilio judicial», en *La prueba de Reconocimiento Judicial*, dir? Xavier Abel Lluch y Joan Pico Junoy, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 475 y ss.

medios de prueba es la parquedad de esta¹⁶⁴. Se dedican tan sólo tres artículos a desarrollar la prueba audiovisual y de instrumentos, lo que provoca que deba integrarse con la aplicación analógica de la prueba documental.

En mi opinión nos hallamos en todos estos casos ante una prueba documental. La diferencia es que mientras el documento con soporte papel es directamente accesible por sí mismo, aquel que tiene un soporte electrónico (bien sea una representación del pensamiento humano a través de palabras, datos, imágenes o sonidos) precisa de un aparato concreto para poder acceder a su contenido. En la actualidad los instrumentos para «leer» los archivos electrónicos son de general difusión en el ámbito judicial y de los operadores jurídicos, ya que es inconcebible que no se utilice un ordenador. Además la administración de justicia tiende a la digitalización a través del expediente electrónico y el envío de comunicaciones electrónicas. Por todo ello la única especialidad que se podría generar deriva del acceso al medio electrónico, debiendo aplicarse en todo lo demás la regulación de la prueba documental.

A continuación, analizaré tres cuestiones sobre las que ha existido controversia o se han planteado dudas en la práctica y que son: si el contenido de una página web o de una red social se puede considerar hecho notorio, la aportación de la prueba electrónica al proceso y su impugnación.

5.4. La aportación en formato digital de los documentos adjuntos a los escritos de alegaciones

5.4.1. Regulación

La legislación aplicable a la cuestión planteada es el artículo 230.5 LOPJ, los artículos 135.3, 162.2, 267 y 268 LEC y el Real decreto 84/2007, de 26 de enero (BOE de 13 de febrero).

5.4.2. La posibilidad de presentar los documentos digitalizados junto con los escritos de alegaciones

El artículo 162.3 LEC prevé que « Cuando la autenticidad de resoluciones, documentos, dictámenes o informes presentados o transmitidos por los medios a que se refiere el apartado anterior sólo pudiera ser reconocida o verificada mediante su examen directo o por otros procedimientos, podrán, no obstante,

164. Ver por todos NIEVA FENOLL, op. Cit., p. 458.

ser presentados en soporte electrónico mediante imágenes digitalizadas de los mismos, en la forma prevista en los artículos 267 y 268 de esta Ley, si bien, en caso de que alguna de las partes, el tribunal en los procesos de familia, incapacidad o filiación, o el Ministerio Fiscal, así lo solicitasen, habrán de aportarse aquéllos en su soporte papel original, en el plazo o momento procesal que a tal efecto se señale»

Este precepto fue modificado en su redacción original por la disposición final 6.1.4 de la ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del Mercado Hipotecario. Hasta esta modificación legislativa la única forma en que se podían aportar los documentos era en formato papel. Cuando empezaron a hacerse pruebas con lo que sería posteriormente el sistema LEXNET el Consejo General del Poder Judicial, en el acuerdo 44 del Pleno de 28 de septiembre de 2005, realizó la observación 1.3:

«se hace preciso que a la mayor brevedad se aborde las pertinentes reformas procesales en las que se dé respuesta jurídica a la nueva realidad, consecuencia del uso de medios electrónicos tanto en la presentación de demandas y escritos por parte de los profesionales como de las notificaciones a estos de las resoluciones judiciales. Así, sin ánimo exhaustivo, se considera oportuno que la reforma trate cuestiones tales como la presentación de documentos electrónicos con la demanda, la determinación del inicio de los efectos jurídicos tanto de la presentación telemática de escritos como de las notificaciones, clarificación de la eficacia de los acuses de recibo que el sistema genera, el uso o utilización de dicho sistema por los intervinientes en el proceso. En definitiva, resulta imprescindible para el adecuado funcionamiento del sistema propuesto la fijación o determinación concreta del instante procesal exacto en el que deba entenderse por todos efectuado un acto procesal por esta vía, objetivo que debe ser abordado mediante las reformas procesales que correspondan.»

Este acuerdo lo reproduce en el informe que emite al proyecto de Real Decreto sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de Telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos, que aprobó en la sesión del Consejo General del Poder Judicial de 4 de julio de 2006.

La reforma que exigía el Consejo General del Poder Judicial se realizó mediante la disposición final sexta de la ley 41/2007, de 7 de diciembre por la que se modifica la ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia por la que se establece determinada norma tributaria, publicada en el BOE de 8 de diciembre y con entrada en

vigor el 9 de diciembre de 2007. Esta disposición y a pesar de que el objeto de la ley era totalmente distinto, que da nueva redacción a los artículos 135, 162, 267 y 268 de la LEC para permitir la aportación de documentos en formato digital al proceso civil.

A través de esta reforma se adaptó el régimen de aportación de los documentos a la nueva regulación de presentación telemática de escritos y documentos prevista en el Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, publicado en el BOE de 13 de febrero de 2007 y con entrada en vigor el 14 de febrero. Lo que hizo el legislador fue introducir la reforma de la LEC en un proyecto de ley que ya se estaba tramitando.

El anexo V del Real Decreto 84/1007 enumera como una de las funcionalidades del sistema LEXNET permitir la presentación, transporte de escritos procesales y documentos que con los mismos se acompañen, así como su distribución y remisión a la Oficina Judicial encargada de su tramitación.

El artículo 4 del Real Decreto 84/2007 prevé que el uso de LEXNET por parte de los Letrados de la Administración de Justicia y los funcionarios de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia destinados en oficinas judiciales que dispongan del sistema y estén dotadas de los medios necesarios tiene carácter obligatorio. Una vez modificada la LEC para permitir la aportación de documentos en formato digital, no existe ningún inconveniente para que se puedan presentar por este mecanismo.

Por otro lado al Tribunal también le vincula la firma de los protocolos para la presentación de escritos de trámite por medios telemáticos en el ámbito de la Administración de Justicia que se han firmado en las distintas Comunidades Autónomas. Por ejemplo, en Catalunya se firmó el Convenio de Colaboración entre la Administración de Justicia, mediante el Departamento de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de Catalunya para el envío de documentos en los procedimientos judiciales el 13 de junio de 2013. Es cierto que estos protocolos tienen carácter gubernativo, pero la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2014, de 7 de abril afirma que «el recurrente no puede verse perjudicado en su Derecho al seguir las pautas establecidas en un acto, si bien de carácter gubernativo, de un órgano judicial». Por ello puedo concluir que la aplicación de los protocolos firmados tiene carácter obligatorio para la presentación de escritos procesales y sus documentos.

Procesalmente se podría discutir si la contestación a la demanda es un escrito de tramitación, y al respecto no existe ninguna duda. La contestación a la demanda es un trámite del procedimiento por lo que se puede presentar por

medios telemáticos junto con los documentos en formato electrónico como anexo. Además, el artículo 135.1 LEC indica literalmente que «cuando las Oficinas judiciales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos iniciadores y demás escritos y documentos...». Es decir, la previsión legislativa incluye la posibilidad de presentar telemáticamente la demanda y el resto de escritos procesales de parte.

Este precepto fue modificado por la ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Su finalidad, entre otras, fue implantar el papel cero en los juzgados, que tenía que ser efectivo el 1 de enero de 2016. Lo cierto es que en la actualidad no se ha conseguido, aunque es cierto que se va implantando poco a poco en los distintos ordenes jurisdiccionales. Actualmente se han aprobado protocolos por los Tribunales Superiores de Justicia de las 17 Comunidades Autónomas que integran el Estado español, pero aún no se ha implantado totalmente.

5.4.3. La no posibilidad de admitir los documentos en un momento inicial

Otra de las cuestiones que se plantea es si el órgano judicial puede inadmitir la contestación a la demanda o los documentos adjuntos por haberse presentado en formato digital. La respuesta debe ser negativa. El artículo 135.1 LEC permite la presentación telemática de los escritos iniciadores y demás escritos y documentos, de manera alternativa al original o a las copias. Por ello la no presentación en papel ante el Juzgado no puede ser motivo de inadmisión.

Por otro lado, se podría plantear si el Tribunal puede requerir a las partes para que subsanen la no presentación de los documentos por escrito cuando se hubieran aportado en forma electrónica. La LEC regula posibilidad en el artículo 162.3 in fine que prevé que cuando se hubiera presentado el documento mediante imagen digitalizada, en la forma prevista en los artículos 267 y 268 LEC, «en caso de que alguna de las partes, el tribunal en los procesos de familia, incapacidad o filiación, o el Ministerio Fiscal, así lo solicitasen, habrán de aportarse en su soporte papel original, en el plazo o momento procesal que a tal efecto se señale».

Es decir, con carácter general se puede afirmar que el Tribunal de oficio no podrá requerir la aportación del documento en el soporte papel original. Sólo de forma excepcional está previsto en alguno de los procesos civiles regulados en el Libro IV de la LEC, que se caracterizan por la ampliación de las facultades

probatorias del Tribunal para defender el interés público concurrente, podrá requerir la aportación de oficio.

5.4.4. Momento procesal para requerir la aportación del documento original

Otra de las cuestiones que se plantean es cuál sería el momento procesal oportuno. La LEC no lo prevé expresamente, pero entiendo que esta solicitud debe estar vinculada con la impugnación del documento aportado en forma electrónica, de forma análoga al tratamiento procesal que recibe la copia del documento. Los artículos 267 y 268 LEC regulan la impugnación de la autenticidad de la imagen digitalizada de los documentos públicos y privados respectivamente. El momento procesal adecuado para realizarlo es en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal. De una forma preventiva es conveniente que la parte que haya aportado la copia digitalizada lleve el original al acto de la audiencia previa o del juicio verbal para que se pueda cotejar en ese momento si se impugnase. En caso contrario debe darse un plazo a la parte aportante para que facilite el documento original para su cotejo. Ello es especialmente relevante en el caso en que se tenga que realizar una prueba caligráfica.

5.5. La impugnación del documento electrónico y de la prueba por instrumentos audiovisuales o electrónicos

5.5.1. La impugnación

El artículo 427.1 LEC regula el posicionamiento de las partes antes los documentos y dictámenes presentados. El tenor literal del mismo es el siguiente: «En la audiencia, cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad».

En la práctica se ha planteado la cuestión del alcance de las facultades de las partes. En mi opinión la parte puede realizar dos actividades en este momento procesal¹⁶⁵:

- Impugnar la validez formal o autenticidad.
- Impugnar la validez material.

165. Ver ampliamente el artículo que he publicado junto con Jesús Sánchez García «Pronunciamento de las partes ante los documentos aportados de contrario», en *Diario La Ley*, número 79494, 22 de octubre de 2010, referencia La Ley 134/2010.

Por lo tanto, en este momento procesal la parte demandante deberá posicionarse respecto del documento electrónico presentado por la adversa, incluyendo la posibilidad de formular alegaciones sobre el contenido del documento aportado de contrario¹⁶⁶. Así debemos distinguir entre los documentos constitutivos y declarativos, siendo los primeros aquellos que encierran en sí mismos un determinado acto o negocio jurídico y los segundos los que proporcionan un dato o saber relativo a un negocio jurídico. En el segundo supuesto, es decir, en relación con el documento que incluya un tramo de narrativa¹⁶⁷ o provoque una consecuencia jurídica como puede ser la prescripción¹⁶⁸, la parte adversa debe tener la posibilidad de realizar alegaciones sobre el contenido del mismo en el ámbito de la impugnación prevista en el artículo 427 LEC. Y todo ello sin perjuicio de que es una distinción meramente teórica y en la práctica nos podemos hallar con supuestos en los que un documento tenga carácter dispositivo y declarativo, como sucede de forma habitual en los contratos donde en primer lugar se realiza una serie de alegaciones de las partes contratantes para a continuación expresar la parte dispositiva del contrato.

La problemática que se genera es que el legislador no ha previsto en el artículo 427.1 LEC el pronunciamiento de las partes sobre los medios de prueba audiovisuales o de instrumentos. Tal como afirma MONTERO AROCA «no se sabe si atribuir a un olvido que en el artículo 427, dentro de la audiencia previa, se exija que las partes se pronuncien sobre los documentos aportados de contrario, admitiéndolos o impugnándolos, y proponiendo prueba sobre su autenticidad, y también sobre los dictámenes periciales presentados hasta el momento, mientras que no se dice nada respecto de los medios de reproducción del sonido o de la imagen»¹⁶⁹.

Para resolver esta cuestión debo partir de unas consideraciones previas:

- En el artículo 382 LEC, que regula los «instrumentos de filmación, grabación y semejantes» el legislador permite que las partes impugnen la auten-

166. En el mismo sentido ABEL LLUCH que afirma que «con anterioridad a la valoración judicial en sentencia, el documento puede ser objeto de impugnación en la fase de alegaciones, en la fase de audiencia previa o vista, y en la fase de conclusiones. El término impugnar se entiende en sentido amplio, no circunscrito a la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios, sino como facultad de formular alegaciones o aportar medios e prueba que desvirtúen el contenido de un documento de adverso» (en «la Prueba Documental», en *La prueba Documental*, Barcelona, 2010, p. 193).

167. MUÑOZ SABATÉ, «¿Cuándo se deben impugnar los documentos acompañados con la demanda?», en *Revista Jurídica de Catalunya* 2008-2, p. 561.

168. Por ejemplo, por la remisión de un sms o un correo electrónico reclamando el cumplimiento de la obligación.

169. MONTERO AROCA, op. cit., p. 451.

ticidad y exactitud, proponiendo o aportando los dictámenes periciales y medios de prueba instrumentales que consideren convenientes.

- El artículo 384 LEC, que regula «los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso», permite que las partes puedan alegar y proponer lo que su derecho convenga.

Es decir, a pesar de no prever el momento procesal adecuado en el que realizar la impugnación de la autenticidad y exactitud de estos medios de prueba, sí que está previsto que la parte pueda realizarlo. Otra cuestión que se plantea es cómo se practican estos medios de prueba.

Las diferencias entre la prueba documental y estos medios de prueba consisten en la práctica de esta y concretamente en el modo de acceder al contenido del soporte. Ello exige que en el caso de la prueba audiovisual y por instrumentos deba reproducirse y accederse a su contenido en el acto del juicio en el procedimiento ordinario o de la vista en el juicio verbal¹⁷⁰.

En relación con la práctica de estos medios de prueba se genera una dificultad práctica con importantes repercusiones procesales. La prueba audiovisual y de instrumentos informáticos debe aportarse en la demanda o contestación, pero si no aplicamos de forma analógica la regulación de la prueba documental la LEC no obliga de forma expresa a que se adjunte una copia para facilitarla a la parte contraria¹⁷¹. Es cierto que la parte contraria podrá solicitar que se expida un testimonio de esta para acceder a la información y poder realizar las alegaciones pertinentes. En mi opinión el problema se genera desde una doble perspectiva:

- Desde la posición de la parte demandada ésta no tendrá conocimiento del contenido de la prueba audiovisual o de instrumentos informáticos hasta que no se le facilite la copia del soporte, para lo que debe requerirlo a la oficina judicial. La solicitud no suspende el plazo para contestar a la demanda, por lo que ninguna alegación podrá realizar al respecto en la misma. Por ello se plantea la cuestión de cuál será el momento procesal en el que deberá realizarlo, si en la audiencia previa o en el acto del juicio.
- Desde la posición de la parte actora no se le va a facilitar la copia de los soportes aportados por el demandado en la contestación a la demanda salvo si el lo requiere, lo que planteara la misma cuestión.

Una posible solución es que las alegaciones y la impugnación de la autenticidad se realicen después de haber visionado el soporte audiovisual en el acto

170. En este sentido MONTERO AROCA, op. cit., p. 451 para la reproducción del sonido y de la imagen y p. 453 para la prueba de instrumentos informáticos.

171. MONTERO AROCA, op. cit., p. 449.

del juicio, pero éste no es el momento más adecuado para realizarlo ya que ello puede generar dilaciones procesales. Concretamente la parte puede proponer la práctica de la prueba pertinente para acreditar la autenticidad o veracidad del contenido del soporte, y que consistirá habitualmente en un dictamen pericial o testifical para acreditar que la parte no es el autor de esa declaración al hallarse en ese momento en otro sitio distinto.

En mi opinión esta solución no es satisfactoria ya que la LEC no prevé que en el acto del juicio del procedimiento ordinario se pueda proponer la práctica de prueba. Por otro lado, aunque se permitiera ello generaría la suspensión del juicio con las dilaciones procesales que implicaría. Entiendo que esta solución puede ser evitada realizando una interpretación integradora de los artículos 382 a 384 LEC con la regulación de la prueba documental ya que la única diferencia radica en el modo en que se accede al contenido del soporte, y exigir que se presente la copia junto con el escrito de demanda o de contestación. Si ello no se realizara el Letrado de la Administración de Justicia debería hacer notar dicha omisión y conceder un plazo de subsanación de 5 días (art. 275 LEC).

De esta forma se garantiza que las partes tengan la copia del soporte antes de la contestación a la demanda o de la audiencia previa, para que puedan impugnarlo o realizar las alegaciones relacionadas con el contenido, aplicando de forma análogicamente la previsión del artículo 427 LEC para la prueba documental. En este momento también se deberá poner de manifiesto si la parte no ha podido acceder al soporte por no ser uno de los formatos de reproducción habituales en la sociedad o requerir un medio de reproducción específico que no sea de acceso generalizado.

Posteriormente a la impugnación o realización de las alegaciones pertinentes se podrá proponer la práctica de la prueba correspondiente, tal como desarrollaremos en el siguiente apartado. Concretamente nos centraremos en la prueba de los siguientes aspectos:

- Autenticidad y veracidad.
- Atribución de la autoría.
- El contenido.

5.5.2. La impugnación del documento electrónico y de la prueba por instrumentos audiovisuales o electrónicos

Recordemos que la LEC regula de forma parcial el documento electrónico en los artículos 318 y 319 al hacer referencia al documento electrónico público y en el 326.3 al regular la fuerza probatoria de los documentos privados. Ade-

más, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y la Ley de Firma Electrónica se refieren expresamente al mismo, regulándolo parcialmente esta última en su artículo 3.

La Ley de Firma Electrónica parece reservar la denominación de documento electrónico a aquél que haya sido firmado digitalmente de conformidad con lo previsto en la misma. Sin embargo, debe entenderse que incluye toda representación que esté recogida en un soporte electrónico¹⁷², y ello con independencia de que esté firmado digitalmente o no.

Las posibilidades de impugnación del documento electrónico se extienden a su autoría y a su integridad. Estos extremos se acreditan a través de la firma electrónica, regulada en la Ley de Firma Electrónica. Esta ley distingue dos tipos de firmas digitales:

- La firma electrónica reconocida.
- La firma electrónica avanzada.

La diferencia entre ambas es que la firma electrónica reconocida acredita que el documento ha sido firmado por el titular de la firma electrónica, pero la firma electrónica avanzada está rodeada de unas garantías que intentan garantizar que la misma sea intransferible. Además, con la firma electrónica se garantiza el contenido del documento¹⁷³.

Si a pesar de estar firmado electrónicamente se impugna su autenticidad el artículo 326 de la LEC se remite al artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica. El artículo 3.8, inciso tercero de la Ley de Firma Electrónica prevé que «si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». El artículo 326.2 LEC prevé que «cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto». Es decir, el artículo 326.3 LEC se remite al artículo 3 de la ley de Firma Electrónica, que a su vez se remite al artículo 326.2 LEC.

172. Ver ampliamente la enumeración que realiza NIEVA FENOLL en «La prueba en documento multimedia», cit., pp. 453 y ss. Tal como advierte RAMOS MENDEZ la enumeración ha quedado superada por la evolución de la técnica (en op. cit., p. 778, nota 2).

173. Al respecto ver ampliamente DE LA OLIVA SANTOS (op. Cit., versión electrónica), NIEVA FENOLL («Práctica y valoración...», cit., versión electrónica) y ORMAZABAL SANCHEZ («¿Avanzan en paralelo....?, cit., pp. 163 y ss.).

Finalmente, la conclusión es que si se impugna la validez de la firma electrónica avanzada deberá acreditarse su autenticidad a través de un dictamen pericial. Desde esta perspectiva existe la posibilidad de determinar la autenticidad de la firma a través de la IP de los ordenadores utilizados o de los rastros informáticos de su posible uso fraudulento.

Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica reconocida el artículo 3.8, inciso primero y segundo regula la forma de acreditar la autenticidad de la misma¹⁷⁴. La forma de proceder que será el siguiente:

«El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica.

La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho documento electrónico siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 120 a 600 euros».

Es decir, deberá aportarse un certificado por parte de la entidad certificante de que ha cumplido con los requisitos y condiciones establecidas en la ley y que la firma se ha generado mediante un certificado seguro de creación de firma electrónica. El inciso segundo afirma que se presume la autenticidad de la firma electrónica si las comprobaciones obtienen un resultado positivo. Por ello el impugnante deberá acreditar que la firma electrónica ha sido utilizada fraudulentamente o que no reúne las condiciones necesarias para ser calificada como firma electrónica avanzada, debiendo aportar o proponer la práctica de la prueba pericial o cualquier medio de prueba que tienda a acreditar que la parte que supuestamente firmó electrónicamente el documento no estaba en el lugar que indica la IP del ordenador utilizado o no tenía acceso a ningún sistema que le permitiera realizar la transacción.

174. Sobre los antecedentes de este precepto ver ampliamente ORMAZABAL SÁNCHEZ, «¿avanzan en paralelo...?», cit., pp. 788 y ss.

Si el documento no ha sido firmado electrónicamente deberá acudir a la prueba pericial para determinar el IP del ordenador y así localizarlo, pudiendo acreditar que el supuesto autor del documento no lo ha podido utilizar.

Otra opción sería solicitar un certificado al prestador del servicio de la sociedad de la información por el impugnante para que acreditara que no ha utilizado los servicios contratados para enviar ese documento. El artículo 12 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información obliga a las empresas prestadoras del servicio a guardar los datos de los usuarios en los siguientes términos:

«1. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses, en los términos establecidos en este artículo y en su normativa de desarrollo.

2. Los datos que, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, deberán conservar los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones serán únicamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información».

En principio el apartado tercero de este artículo prevé que la finalidad de la retención de la información es para fines penales. En el ámbito penal cuando se ordena judicialmente la intervención de las comunicaciones de un imputado en un proceso penal las compañías suministradoras dan acceso libre a la autoridad judicial a la información recopilada relacionada con un número de teléfono o una línea adsl. Si es un teléfono móvil no sólo se da acceso al contenido de las conversaciones de voz, mensajes sms o correos enviados y recibidos, sino también del lugar a través del que se realizó.

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información prevé que dicha información se retiene a los efectos de una posible investigación criminal. Pero debe tenerse en cuenta que el titular de la misma es el contratante, por lo que puede solicitar que se emita un certificado en el que figuren los datos recopilados de la conexión que tuviera contratada¹⁷⁵. De esta forma se facilitaría que en el proceso civil se acreditara el envío o recepción de un sms o de un correo electrónico.

En la práctica se suele acudir a la preconstitución de la prueba acudiendo a un fedatario público para que acredite que en el teléfono móvil o en el ordenador

175. Ver NIEVA FENOLL, «práctica y valoración...», cit., versión electrónica.

de la parte existe un mensaje de correo electrónico con un determinado contenido. Pero en muchos casos puede no ser suficiente ya que actualmente es relativamente sencillo enviar un correo electrónico o un sms desde un ordenador aparentando que se envía desde una cuenta de correo o número de teléfono distinto al realmente utilizado.

En el orden penal el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la impugnación de la autenticidad de los mensajes remitidos por el imputado por el delito a la víctima utilizando algún sistema de mensajería instantánea en las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo número 300/2'15, de 19 de mayo y 754/2015, de 27 de noviembre. La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 375/2018, de 19 de julio, resume la doctrina jurisprudencial fijadas declarando que «no existe presunción iuris tantum de falsedad que deba ser destruida mediante la prueba pericial... tal pericia no será precisa cuando no exista dudas al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba»¹⁷⁶.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, al aplicar esta doctrina, ha exigido que la impugnación fuera razonable¹⁷⁷.

- La posición de los Tribunales se puede resumir en que:
- La parte a quién perjudique un mensaje remitido por mensajería instantánea puede impugnar su autenticidad.
- La impugnación debe ser razonable, sin que sea suficiente una negación de carácter genérico e indeterminado.
- Una vez realizada debe proponerse la elaboración de un dictamen pericial sobre la autenticidad del mensaje, aunque el mismo también se puede acreditar a través e otros medios de prueba como la declaración de parte o la prueba testifical.

En el orden social también se ha planteado la impugnación de la autenticidad de los mensajes remitidos por servicios de mensajería instantánea. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia número 556/2016, de 28 de enero, resuelve un caso en el que se había planteado la impugnación de un mensaje remitido a través de Whatsapp. En esta sentencia el Tribunal plantea cuatro hipótesis: que la parte interlocutora de la conversación no la impugne; cuando reconoce su existencia y contenido; cuando se

176. Ver el comentario realizado por FUENTES SORIANO y ARRABAL PLATERO, «Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un principio de prueba. Comentario a la STS 375/2018, de 19 de julio», en *Revista General de Derecho Procesal*, número 47, 2019.

177. Ver por todas la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Rioja número 166/2018, de 15 de noviembre.

compruebe mediante el cotejo con el otro terminal implicado; y cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación. También advierte de los riesgos de manipulación derivados de la existencia de programas informáticos.

Si las partes implicadas en la conversación reconocen el envío y contenido de los mensajes, o no los impugnan, no se plantean problemas probatorios en relación con su acreditación. Nos hallaríamos ante unos hechos no controvertidos que no precisan de prueba, tal como prevé el artículo 281.3 LEC.

En el caso en que se impugne la existencia y contenido de los mensajes aportados por una de las partes nos hallaríamos ante un hecho controvertido, que sería objeto de prueba en el proceso. Para ello se pueden utilizar cualquiera de los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico. La prueba más adecuada según las sentencias expuestas es el dictamen pericial de un experto que acredite que la conversación no ha sido manipulada y que fue remitida por la parte que la ha impugnado.

Pero debo advertir, que estos dictámenes periciales no son concluyentes. Estos no pueden acreditar ni la autenticidad ni la manipulación de forma absoluta. Por ello no se les puede otorgar este carácter dirimente de la controversia que se le pretende atribuir. Es cierto que la tentación de afirmar una cosa u otra porque existe el dictamen de un experto es muy tentadora y lo hemos visto en otros ámbitos del ordenamiento jurídico en el que la decisión de la controversia depende de razones técnicas, como puede ser los conflictos derivados de la construcción.

Además, existe otro factor a tener en cuenta que es el coste de la emisión del dictamen. Su realización implica una importante inversión económica para las partes y no en todos los casos está justificada por los intereses en juego.

Por todo ello considero que efectivamente el dictamen pericial puede ser importante para valorar la autenticidad o manipulación de una conversación o de un mensaje remitido por vía electrónica, pero no puede ser determinante. Habrá que atender también a otros hechos o indicios que ratifiquen su autenticidad o falsedad, además de exigir que su impugnación sea razonable.

Si se ha impugnado la integridad del documento electrónico o su contenido también se puede acreditar mediante otros medios de prueba¹⁷⁸. La ventaja e

178. Tal como afirman FUENTES SORIANO y ARRABAL PLATERO «la acreditación de la prueba tecnológica impugnada puede venir dada por cualquier medio probatorio puede constituir prueba instrumental para acreditar la autenticidad de la prueba tecnológica impugnada y no, únicamente, por medio de la prueba pericial informática» (loc. Cit.).

inconveniente de los servicios electrónicos es la huella digital que se deja. Así se puede intentar acreditar la existencia de esta para demostrar que el mensaje o la conversación es auténtica y no ha sido manipulada. Otras opciones sería facilitar la terminal en que se ha recibido el mensaje para que el Tribunal comprobase la realidad de su recepción¹⁷⁹.

Desde un punto de vista práctico se puede solicitar al proveedor del acceso a internet o donde estén almacenados los datos, que suele ser una sociedad externa y sin vinculación con la parte, que certifique el contenido concreto de la página en un día y momento determinado. Otra forma sería aportar como prueba documental el histórico de esa página web, que es posible generar a través de determinados buscadores como google. Una última opción es preconstituir la prueba solicitando a un fedatario público que realice un acta de constancia en la que acceda a una página web determinada y acredite su contenido.

En la actualidad existen servicios independientes que realizan el envío de sms o correos electrónicos firmados electrónicamente que pretenden acreditar el contenido y la fecha de envío y recepción.

Respecto de los instrumentos audiovisuales e informáticos se puede impugnar tanto la autoría como la autenticidad del instrumento, pero también la atribución de la voz a una persona determinada. En este caso se podrá proponer cualquier medio de prueba para acreditar el extremo impugnado.

A pesar de todo ello, puede suceder que al Órgano Jurisdiccional no le quede acreditado que el mensaje o la conversación electrónica se ha producido. En este caso deberán aplicarse las normas de carga de la prueba.

En el proceso penal el Tribunal deberá aplicar la norma de presunción de inocencia y dictar sentencia absolutoria. Sin embargo, en el proceso civil aplicara las normas de carga de la prueba previstas en el artículo 217 LEC. Sobre las mismas debo advertir que no tienen carácter automático, sino que el Tribunal también deberá apreciar la existencia de una mayor disponibilidad o facilidad probatoria de una de las partes, tal como prevé el apartado 7º de este precepto. Así por ejemplo, en el caso en que a la parte impugnante se le requiera el móvil, el ordenador o el acceso al sistema de mensajería para analizar la autenticidad y contenido de los mensajes remitidos y éste no lo facilite alegando razones no creíbles se podría invertir la carga de la prueba.

179. Así por ejemplo en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 375/2018, de 19 de julio, el Tribunal tuvo en cuenta que la parte aportó su contraseña de Tuenti para el caso en que la conversación fuera cuestionada y que se practicó la prueba testifical con el tercero con el que había mantenido la conversación ratificándola.

6 | La decisión automatizada del conflicto

6.1. Las aplicaciones informáticas como alternativa a la jurisdicción

En el ámbito procesal se ha intentado agilizar la decisión de los asuntos. Sin lugar a dudas es una necesidad ya que no se puede asumir que un litigio se prolongue durante años hasta su decisión final, pero en la práctica tiene una difícil solución. Según los datos que ofrece el CGPJ en el año 2019 los tiempos medios de resolución de un juicio ordinario eran de 15 meses en primera instancia, la apelación se resolvía en 9,5 meses y el recurso de casación ante el Tribunal Supremo en 20 meses. Es decir, un proceso declarativo se prolongaba durante casi cuatro años hasta que se dictaba sentencia firme¹⁸⁰.

El legislador ha intentado acudir a otros medios para solventar, o al menos paliar, la excesiva duración de los procesos judiciales. Por un lado, se regulan nuevos procesos en detrimento de las garantías de las partes y atendiendo a una celeridad que no siempre se consigue¹⁸¹. Por otro, o bien se potencian instituciones ya existentes, como la conciliación y la mediación¹⁸², con la inten-

180. Datos publicados en el portal de transparencia del Consejo General del Poder Judicial, que se pueden consultar en www.poderjudicial.es.

181. Así por ejemplo se realizó la reforma de la LEC por la ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de bienes inmuebles. Sobre la misma ver extensamente el análisis que realizo en «Especialidades procesales del desalojo de la vivienda ocupada ilegalmente», en *Revista General de Derecho Procesal*, número 46, septiembre 2018.

182. El anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de enero de 2019, preveía la obligación legal de intentar la mediación en determinadas materias. Pero no fue remitado al Congreso de los Diputados por la convocatoria de elecciones generales. En el momento de escribir este trabajo el Consejo de Ministros aprobó el 15 de diciembre de 2020 el anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, que impone los MASC (medios adecuados de solución de controversias) de forma preceptiva antes de acudir al proceso judicial, convirtiéndolo en requisito de procedibilidad y vinculándolo con la noción de «abuso del servicio público de justicia».

ción de solucionar los litigios antes de que se planteen judicialmente, o se deriva a la vía administrativa en una huida de la jurisdiccional¹⁸³.

La finalidad en ambos casos es la misma, al igual que el resultado. Basta con comprobar el impacto que ha tenido en los Tribunales estas reformas procesales para llegar a la conclusión de que no han conseguido su objetivo¹⁸⁴.

Ahora se plantea un nuevo instrumento, que es la ciberjusticia. Sus defensores confían en que una aplicación informática resuelva los procesos judiciales, atendiendo a la ley aplicable y al precedente judicial. Así, por ejemplo, en Francia¹⁸⁵ se afirma que su implantación podría resolver automáticamente unos 2,7 millones de casos al año¹⁸⁶ y en China se está implantando para permitir que los jueces resuelvan más asuntos debido a la «explosión de litigios» que se ha producido¹⁸⁷. A priori la idea es sugerente. Se puede argumentar que dota de previsibilidad a la resolución del asunto. Pero entonces resurge la reflexión de SATTa de que si las partes supieran la decisión que se va a adoptar no iniciarían el proceso judicial¹⁸⁸.

Otro argumento es que provocará una respuesta judicial más ágil. La pregunta que me hago es entonces a qué queda reducida la labor del juez¹⁸⁹. Quizás la

183. Un ejemplo de ello es el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España el 15 de diciembre de 2020 en el que intenta solucionar el colapso judicial derivado de las reclamaciones judiciales derivadas de la existencia de cláusulas abusivas en condiciones generales de la contratación obligando a las partes a realizar un intento de negociación previo al inicio del proceso civil y crea los procedimientos testigo. En el caso de las reclamaciones derivadas del transporte aéreo obliga al afectado a interponer previamente ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea una reclamación extrajudicial previa prevista en la disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

184. Sobre la nula incidencia que tuvo la aprobación de la ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el número de procesos civiles iniciados desde su entrada en vigor ver el análisis que realizo en *Tutela efectiva y derecho a la vivienda*, cit., pp. 80 y ss.

185. En Francia se modificó el proceso civil por la Ley 2019-222, de 23 de marzo de 2019 de programación 2019-2022 de reforma de la justicia.

186. Dato extraído de https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/robots-ahorrarian-cuarta-parte-trabajo-jueces-espanoles_0_1260174449.html, consultado el 17 de noviembre de 2019.

187. MENG YU y GUODUNG DU, *Why are Chinese Courts tuning to AI?*, en <https://thediplomat.com/2019/01/why-are-chinese-courts-turning-to-ai/>, consultado por última vez el 18 de septiembre de 2021.

188. SATTa realiza esta afirmación al relacionar juicio y norma y defender que el primero es creación (en *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen I, edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 177). Más recientemente de forma similar se ha pronunciado CARRATTA («Decisioni robotica e valori del processo», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, número 2, p. 506).

189. Esta pregunta no es nueva, sino que se la ha planteado la doctrina procesal desde sus inicios. Ver ampliamente NIEVA FENOLL (en *Derecho Procesal I. Introducción*, cit., pp. 56 y ss.), RAMOS MÉNDEZ (en *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, cit., 2008, pp. 21 y ss.) y SERRA DOMÍNGUEZ (en «el juicio jurisdiccional», en *Jurisdicción, acción y proceso*, edit. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 69 y ss.).

respuesta sea a la declaración de hechos probados, que para la parte es uno de los aspectos que genera mayor incertidumbre en el proceso¹⁹⁰. Siguiendo con este razonamiento se facilitaría la labor del Tribunal ya que la solución y argumentación del caso concreto la realizará la aplicación informática, una vez que se determinen cuáles son los hechos probados. Sin embargo, esta conclusión es errónea porque el juicio jurisdiccional no es un silogismo, sino que concurren numerosos elementos concurrentes, tal como expondré en el siguiente capítulo. Además, el juicio jurisdiccional no se forma en un único momento, sino a lo largo de todo el proceso judicial. Las partes deciden su estrategia procesal y la ejecutan a través de la presentación de los escritos de alegaciones, demanda y contestación a la demanda. El Juez empieza a formarse su criterio sobre el fondo del asunto desde el momento en que los lee; a continuación, lo sigue desarrollando cuando las partes realizan alegaciones complementarias y proponen prueba; finalmente al practicarse la prueba confronta sus conclusiones provisionales de cómo han sucedido los hechos con el resultado de las pruebas practicadas. Durante el desarrollo del proceso judicial el juez adoptará decisiones en las que se manifiesta este proceso de formación del juicio como en el momento de fijar los hechos controvertidos o al admitir o inadmitir un medio de prueba propuesto por las partes o en la decisión de practicar prueba de oficio cuando sea posible. Todas estas decisiones integran el juicio jurisdiccional.

El juicio jurisdiccional no se puede reducir a la distinción entre hecho y derecho ya que es imposible. Éste constituye una actividad interna del juez que sólo se puede explicar conjuntamente¹⁹¹, no siendo una mera operación aritmética¹⁹². No sabemos que nos deparará el futuro, pero desde luego en este momento no conozco ninguna aplicación informática que pueda realizar la función jurisdiccional tal y como la he expuesto¹⁹³.

Algunos Estados se han plegado a la divinidad informática¹⁹⁴. Así en Estonia, Brasil o China se está aplicando para resolver una serie de procesos y en Estados Unidos hay programas que incluso determinan el *periculum in mora* para adoptar una medida cautelar personal en un proceso penal. Desde el punto de vista humano es comprensible que se derive la responsabilidad a la aplicación

190. En este mismo sentido CARRATTA afirma que es uno de los aspectos del proceso que determina la crisis de la previsibilidad de la decisión judicial (op. cit., p. 498).

191. Ver el análisis que realizo en el apartado 7.2.2.

192. CARRATTA, op. cit., p. 503.

193. Tal como afirma TARUFFO «la idea de que el razonamiento del juez puede o debe ser completamente reducido a simples modelos lógicos, o a un refinado conjunto de cálculos computerizados, es claramente insostenible» (en «Decisiones judiciales e inteligencia artificial», en *Páginas sobre Justicia Civil*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 388).

194. Ver la exposición que realiza BARONA VILAR, en *La algoritimización...*, cit., pp. 627 y ss.

informática. Si añadimos elementos como el volumen de trabajo de los Tribunales y los medios precarios de los que está dotada la administración de Justicia, se entiende mejor esta delegación de funciones¹⁹⁵. Desde esta perspectiva lo que interesa al Estado es que se dicten muchas sentencias, al margen de su calidad jurídica y los efectos sobre los derechos fundamentales.

Se puede contra argumentar que hay muchos casos idénticos. Así por ejemplo es sintomático que en el año 2019 se dictaron 117.474 sentencias en las acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, de las que el 96,9% de las mismas fueron estimatorias. Durante el año 2020 se dictaron 97.450, de las que el 97,9% fueron estimatorias¹⁹⁶.

Es cierto que en estos supuestos el contenido de la sentencia que se va a dictar es previsible. Lo que es incomprensible es que la parte demandada provoque el inicio del proceso judicial negando al demandante la satisfacción de su pretensión de manera extraprocesal. Esta actitud debería ser sancionada legalmente¹⁹⁷. Sin embargo, el legislador no lo ha previsto y se limitó a regular un procedimiento de reclamación previa a la entidad financiera, que fue un fracaso a la vista de los datos facilitados por el CGPJ sobre las sentencias estimatorias dictadas en este procedimiento.

Desde una perspectiva de técnica procesal lo normal es que estos procedimientos individuales se hubieran remitido a la acción colectiva. Sin embargo, muchos consumidores optaron por efectuar una reclamación individual y no esperar a que se dictase sentencia firme en el procedimiento iniciado por Adicae contra todas las entidades financieras que incluían en los contratos de crédito hipotecario alguna cláusula que consideraban abusiva como el vencimiento anticipado. Las razones de esta decisión es que la importancia económica de las cantidades reclamadas justifica el inicio de un proceso judicial al margen de la acción colectiva, en la que ni tan siquiera podían participar en este momento procesal. Además, debe añadirse el retraso en la tramitación de este proceso judicial¹⁹⁸. Finalmente, la principal razón es la deficiente regulación legislativa. Todos estos factores han contribuido a la ineficacia de la acción colectiva.

195. GASCON INCHAUSTI, en «Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial», en *La justicia digital en España y la Unión Europea*, edit. Atelier, Barcelona, 2019, p. 204.

196. Fuente Consejo General del Poder Judicial, Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales por TSJ durante el año 2020.

197. Esta es una cuestión de gran complejidad ya afecta al derecho a la tutela judicial efectiva. Ver por todos la monografía de MUÑOZ ARANGUREN, *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2018.

198. El procedimiento se inició por Adicae ante al Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid en el año 2010, y no se dictó sentencia hasta el 7 de abril de 2016. Ésta fue recurrida ante la sección 28 de la Audiencia

Finalmente, en relación con la nulidad de determinadas cláusulas incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física debo recordar la evolución jurisprudencial y legislativa. Desde la perspectiva judicial se inadmitía cualquier intento de alegar la nulidad del contrato de préstamo hipotecario o la existencia de una cláusula abusiva. Es el TJUE en el que, en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Aziz, declara que es contraria a la directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que no permita que el órgano judicial pueda analizar el carácter abusivo de una cláusula. La consecuencia fue que los órganos jurisdiccionales españoles las estudiaron y declararon el carácter abusivo de alguna de las incluidas en el contrato de préstamo hipotecario.

Sin embargo, la trayectoria en la apreciación de las cláusulas abusivas no está siendo sencillo. El TJUE ha resuelto numerosas cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles relacionadas con el proceso de ejecución de título no judicial, especialmente el hipotecario¹⁹⁹.

A la vista de estos datos pudiera parecer que la solución es prácticamente automática. Ello no es así, sino más bien al contrario. Es cierto que actualmente existe una doctrina consolidada sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo o del vencimiento anticipado. El Tribunal Supremo ha dictado sentencias resolviendo acciones colectivas sobre esta materia. Pero el problema concurre precisamente en que el mismo Tribunal Supremo ha limitado el alcance de la eficacia de estas sentencias resolviendo acciones colectivas a las acciones individuales. Así la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 367/2017, de 23 de diciembre declara que la sentencia dictada en la acción colectiva tiene efectos directos en la acción individual, y que «el Juez sólo podrá resolver en un sentido diferente, esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco pre-disponente en este caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por la que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en este litigio sobre la acción individual».

Es decir, el Tribunal Supremo limita los efectos de la sentencia dictada en la acción colectiva si concurren unas circunstancias concretas. La consecuencia ha

Provincial de Madrid que dictó la sentencia 603/2018, de 12 de noviembre.

199. Ver ampliamente el análisis que efectuó en *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

sido que las entidades financieras las han alegado para justificar el carácter no abusivo de las cláusulas denunciadas como tales por el consumidor²⁰⁰.

La cuestión que me planteó es cuál es la solución ante esta problemática y concretamente si podríamos acudir a alguna aplicación informática. La respuesta debe ser negativa porque debe analizarse las circunstancias del caso concreto para determinar si concurre o no la excepción alegada por la entidad financiera. Una cuestión distinta es la mala fe con la que se actúan al realizar la alegación, pero no acreditan documentalmente la información que se dio al consumidor bancario.

La solución es regular de una forma adecuada la acción colectiva y que el legislador hubiera impuesto una solución legal y no dejarlo a la reclamación ante los tribunales, lo que ha provocado el colapso de los juzgados creados ad hoc para resolver estas cuestiones.

Una cuestión distinta se plantea cuando se intenta implementar la Inteligencia Artificial en la toma de decisiones judiciales²⁰¹. En mi opinión se parte de un error conceptual y es la función del Juez en la resolución de los conflictos. Tal como entendemos hoy la división de poderes el Juez ya no es la boca muerta que pronuncia las palabras de la ley, tal como afirmaba Montesquieu, sino que es el que dicta la sentencia judicial tomando como referencia la ley y otros elementos como la determinación de los hechos probados.

Defender que una aplicación informática puede sustituir a un Juez o Tribunal implica, entre otras cosas, resucitar la teoría del silogismo judicial²⁰², que ya se demostró que no explica la formación del juicio jurisdiccional²⁰³. Esta posibilidad implica el triunfo de las teorías monistas del proceso sobre las dualistas. Es decir, las que afirman que el juez crea el derecho del caso concreto y no se limita a aplicar la ley. El problema es que existen tantas normas concretas como casos resueltos, lo que hace muy complicado llegar a una solución general que permita la previsibilidad del resultado²⁰⁴.

200. Tal como he indicado anteriormente el 96,7% de las demandas interpuestas por los consumidores afectados son estimadas íntegramente.

201. Este tema lo desarrollo en el siguiente capítulo.

202. En este sentido también se pronuncia el CEPEJ en la *Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018, pf. 78.

203. La bibliografía sobre esta cuestión es ingente. Ver por todos SERRA DOMINGUEZ, «El juicio jurisdiccional», cit., pp. 105 y ss.

204. Esta cuestión integra uno de los conceptos esenciales del derecho procesal como es el juicio jurisdiccional. La doctrina que lo ha analizado se ha decantado entre la visión dualista del proceso, en el que el juez aplica la ley, y la dualista, en la que crea el derecho. Es imposible realizar una cita de los autores que se han decantado

Como conclusión de este apartado entiendo que las aplicaciones informáticas tienen su aplicación en el ámbito jurídico y serán fundamentales para el jurista, con independencia de su posición procesal. Sin embargo, tal como entendemos en este momento la jurisdicción y el juicio jurisdiccional, con las garantías que deben concurrir, éstas no pueden sustituir a la función del juez o magistrado²⁰⁵.

6.2. Las aplicaciones informáticas y los ODR

Las ADR fueron pioneras en la introducción de las nuevas tecnologías en los mecanismos de resolución de conflictos. En un primer momento se desarrolló en el ámbito del arbitraje electrónico en el que se permitía que las notificaciones y comunicaciones entre las partes y el árbitro o árbitros se realizarán a través de correo electrónico. Posteriormente se amplió también la práctica de pruebas personales como la declaración testifical o de las partes a través de videoconferencias.

En el ámbito de las ODR los operadores electrónicos de venta on line como amazon, ebay, paypal o airbnb han introducido mecanismos de resolución automatizada de los conflictos que surjan entre los usuarios de estas plataformas electrónicas. Éstos han implementado un mecanismo de resolución de conflictos que propone la solución para que sea aceptada por las partes. Se trataría de un sistema que se puede calificar de conciliación en el que se analiza el conflicto planteado y se propone la solución a las partes para que sea aceptada por éstas. En este caso es posible porque nos hallamos ante una materia dispositiva en el que los implicados pueden o no aceptarla libremente.

La explicación de que las ADR primero y ahora las ODR hayan sido pioneras en la aplicación de las nuevas tecnologías tienen varias explicaciones, entre las que destaco:

- El procedimiento de los ADR y ODR es más flexible que el judicial, ya que mientras en los primeros el legislador tan sólo le exige respetar las garantías esenciales del proceso, en el segundo los Tribunales estatales tienen la obligación de dictar sentencia aplicando las leyes de enjuiciamiento.

por uno u otro ya que la bibliografía existente es muy abundante. Tal como indico en el texto el intento de integrar el precedente judicial o la previsibilidad de las resoluciones judiciales en el concepto de seguridad jurídica implica una opción por el monismo ya que se reconoce que no es suficiente con la ley formal, sino que es esencial la uniformidad de la resolución de los procesos y esta función se reserva a los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE). Para esta cuestión remito al análisis que realiza RAMOS MÉNDEZ (en *Derecho y proceso*, edit. cit.), que es el pionero en España en asumir el monismo y divulgarlo en la totalidad de sus trabajos.

205. Ver el análisis que realzo en el apartado 7.2.

- En el caso que las partes sean reacias a participar en un ADR o un ODR tienen la obligación de acudir a un órgano jurisdiccional estatal para resolver el conflicto. Es decir, en los ADR y/o ODR las partes colaboran en el procedimiento, lo que permite agilizarlo. Sin embargo, ante los órganos jurisdiccionales estatales las partes tienen la necesidad de comparecer para defender sus intereses, lo que impone a los Tribunales una menor flexibilidad en el desarrollo del proceso, que se rige por el principio de legalidad procesal para asegurar el respeto de los derechos de las partes.
- En los ADR y ODR las partes pueden decidir que la decisión del conflicto se realice sin aplicar la ley, sino otros criterios como la equidad, con el límite de no vulnerar el orden público y las normas imperativas ni perjudicar los intereses de terceros. Sin embargo, el juez estatal está obligado a resolver el conflicto interpretando y aplicando la ley. Por ello, en el primer caso las partes pueden decidir resolver el conflicto mediante un sistema automatizado de resolución de conflictos en el que no se garantiza que la solución que se alcance sea la que corresponda con la previsión legislativa.

Desde otra perspectiva se afirma que la previsibilidad de la justicia puede favorecer que las partes acudan a un sistema de ADR y/o ODR²⁰⁶. Es decir, las aplicaciones informáticas que afirman que pueden anticipar la resolución deben ser utilizadas para que las partes de un conflicto sean conscientes de cuál es su posible decisión por un tribunal estatal²⁰⁷.

El CEPEJ también indica que la Inteligencia Artificial puede ser utilizada para que los «decisiones públicos vean la oportunidad de regular mejor el flujo de nuevos procedimientos ante los Tribunales y dotales de una reducción de costes e funcionamiento de la justicia. Se trataría de incitar a los justiciables a recurrir a los modos de resolución alternativa de resolución de conflictos (conciliación, mediación o incluso arbitraje)»²⁰⁸.

Esta opción legislativa de fomentar el uso de los ADR y/o ODR puede ser especialmente útil en las reclamaciones de pequeña cuantía. En estos casos nos hallamos ante lo que RAMOS MÉNDEZ describe gráficamente como el umbral

206. En este sentido se pronuncia el CEPEJ afirmando que «el cálculo de la información jurídica fundada en la jurisprudencia ayudará a las partes a evaluar la situación y a decidir si prefieren ir a los tribunales o regular sus diferencias por la vía de la regulación extrajudicial de las diferencias» (en *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia la cyberjusticia*, cit., p. 14).

207. Tal como he expuesto en distintos momentos de este trabajo estas aplicaciones informáticas no pueden anticipar la decisión judicial, pero sí que pueden realizar un análisis de las probables soluciones. Esta labor le corresponde realizarla a los abogados de las partes, que podrán utilizarlas para facilitar su trabajo. En este contexto estoy de acuerdo con que será una herramienta muy útil, pero no podrán reemplazar ni la función del abogado ni del órgano jurisdiccional. En este sentido se pronuncia el CEPEJ en la Carta ética..., cit., párrafo 97

208. CEPEJ, *Carta ética...*, cit., p. 44.

económico de la litigiosidad²⁰⁹. Es decir, el importe de la reclamación no justifica la inversión en el coste de este. Es en este contexto en el que se plantea la imposición obligatoria de los ODR, vinculantes o no²¹⁰.

Siendo cierto, el sistema no está exento de riesgos. Para lograr una mayor efectividad de los ODR se está difundiendo la adopción de decisiones automatizadas. A nivel europeo se ha optado por esta solución al analizarlos como mecanismos complementarios a la jurisdicción estatal. Sin embargo, hay que adoptar precauciones. Así el Reglamento de protección de datos de la Unión Europea²¹¹ prevé que:

- Los titulares de los datos tienen derecho a recibir información significativa sobre la lógica que subyace a una decisión (arts. 13.2.f, 14.2.g y 15.1.h).
- Las personas tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado (art. 22)²¹².

Si se implanta este sistema debe analizarse la forma en que se presta el consentimiento a someterse a un ADR/ODR y a la decisión automatizada del conflicto. Este es esencial porque es el que ampara no sólo la resolución del litigio a través de un ADR/ODR, sino que además se realiza de forma excluyente de la jurisdicción ordinaria cuando nos hallamos ante decisiones de carácter vinculante.

Este problema no es nuevo, sino que ya se generó por ejemplo con la sumisión a arbitraje realizada a través de una condición general de la contratación²¹³. Se debe diferenciar entre los consumidores del resto de contratantes que actúen con una finalidad de lucro. En el primer caso estas cláusulas de sumisión son nulas de pleno derecho ya que el artículo 90 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios prevé expresamente que son abusivas la cláusulas que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo y las cláusulas de sumisión expresa a un Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble.

209. RAMOS MENDEZ, «el umbral económico de la litigiosidad», en *Elogio de la nada procesal*, edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 297 y ss.

210. Sobre esta cuestión ver extensamente el análisis que efectuó en «La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva», en *Indret, revista para el análisis del derecho*, Barcelona, abril 2019.

211. Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta a la protección de datos personales y a la libre circulación de estos datos por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

212. Esta regulación es respaldada por el CEPEJ en todas las ocasiones que se ha pronunciado al respecto (así lo realiza por ejemplo en la *Carta ética...*, pf. 145,

213. Ver ampliamente el análisis que realicé en «la nulidad del convenio arbitral incluido en los contratos de adhesión», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007, número 4, pp. 1046 y ss.

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que es aplicable el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que al integrar el orden público comunitario debe ser apreciado de oficio por los tribunales nacionales en cualquier momento del proceso, incluso durante el proceso de ejecución²¹⁴.

Si el adherente es una persona que realiza la transacción con ánimo de lucro la cláusula de sumisión al ADR/ODR, que excluye la jurisdicción ordinaria, podría ser nula si concurren las siguientes circunstancias: la imposición por una de las partes, la no manifestación expresa de voluntad de sometimiento a arbitraje, que una de las partes actúe desde una posición de privilegio, que la cláusula sea contraria a la buena fe y que la sumisión a arbitraje genere una situación de desigualdad a la parte adherente y que en su desarrollo se le cause indefensión²¹⁵.

Cuando analizamos las nuevas tecnologías aplicadas a la resolución de conflictos se replantean estas cuestiones. En la Unión Europea ha existido una especial preocupación por estas materias y se han aprobado dos directivas y un reglamento. En un primer momento se aprobó la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Ésta fue derogada por el Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Otras directivas de interés son la 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) y la 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento CE número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo).

Sobre la forma y alcance del consentimiento se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 1 de octubre de 2019, asunto C 679/17, Planet 49. Esta sentencia responde dos cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal alemán. En la primera de ellas pregunta «si los artículos 2, letra f), y 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58, en relación con el

214. En este sentido se pronuncia el TJUE en la Sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom, asunto C-40/08 y el auto de 16 de enero de 2010, Photovost, asunto C-76/10. Ver ampliamente el análisis que realizo en *la protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 64 y ss.

215. Ver extensamente el desarrollo que realizo en «la nulidad del convenio arbitral...», cit., pp. 1046 y ss.

artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46 y con artículo 6, apartado 1, letra a), del Reglamento 2016/679, deben interpretarse en el sentido de que el consentimiento al que se hace referencia en estas disposiciones se presta de manera válida cuando el almacenamiento de información o el acceso a la información ya almacenada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet a través de cookies se autoriza mediante una casilla marcada por defecto de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea analiza la regulación aplicable, que sería la siguiente: los artículos 1, 2 b y 7 de la Directiva 95/46; los considerandos 17 y 24 de la Directiva 2002/58, que se remite al tratamiento que realiza a la directiva 95/46 y el artículo 2, en que se concretan los considerandos citados; y el Reglamento 2016/679 que deroga el Reglamento de protección de datos sobre el contenido y forma del consentimiento. De la lectura de la sentencia destaco las siguientes afirmaciones que realiza el TJUE:

- Pf. 56. Al analizar el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58 declara que «el consentimiento del usuario ya no puede presumirse y debe resultar del comportamiento activo de este último».
- Pf. 58. El TJUE afirma que la manifestación de voluntad debe ser específica.
- Pf. 61. Interpreta el artículo 4.1 del Reglamento 2016/679 y declara que «es todavía más estricto que el artículo 2, letra h, de la Directiva 95/46, puesto que requiere una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del interesado, que ha de adoptar la forma de una declaración o de una clara acción afirmativa que marque su aceptación del tratamiento de datos personales que le conciernen».
- Pf. 62. Indica que «el Reglamento 206/679 prevé expresamente un consentimiento activo».

El consentimiento que regula el Reglamento 2016/679 es activo y requiere una voluntad libre, específica, informada e inequívoca del interesado. Por ello, el usuario que decida someterse a un ODR fundado en una decisión automatizada debe ser informado de esta circunstancia y de información significativa sobre la lógica aplicada, además de otras circunstancias (art. 14.2 del Reglamento).

El artículo 22 del Reglamento regula las decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. En el apartado primero prevé que «todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado». En el segundo indica que no se aplicará el anterior si «se basa en el consentimiento explícito del interesado». En el apartado tercero ordena al responsable del tratamiento que adopte «las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del intere-

sado, como mínimo el derecho a obtener la intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión».

La concusión es que se puede acudir a una decisión individual automatizada para resolver un conflicto, pero es necesario que se informe de una serie de circunstancias. Si no se realiza el consentimiento no será válido y se podrá revocar.

Si el usuario es un consumidor es aplicable la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento CE número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litios en materia de consumo)²¹⁶. El artículo 10.1 de esta directiva prevé que «los Estados miembros velarán por que un acuerdo entre el consumidor y el comerciante de someter una reclamación a la apreciación de una entidad de resolución alternativa no sea vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes de que surgiera el litigio y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio».

La consecuencia de lo expuesto es que el legislador español, al trasponer la directiva a través de la ley 7/2017, en la disposición final cuarta da una nueva redacción al artículo 63.1 de la LEC. Este precepto regula la declinatoria para denunciar la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, y se excluye cuando el demandante sea un consumidor y exista un pacto previo de someterse a un proceso de resolución alternativa de litigios de consumo.

6.3. Las aplicaciones informáticas y la adopción de medidas cautelares

Una de las cuestiones que se ha planteado es la posibilidad de automatizar la adopción de las medidas cautelares, centrándose especialmente en la acreditación de la concurrencia del *periculum in mora*²¹⁷.

La LEC actualmente vigente en España optó por un modelo tradicional de las medidas cautelares, desechando otras opciones como la regulación de las medidas

216. Esta directiva fue traspuesta por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre. Ver el análisis que realizo sobre esta ley en «la mediación de consumo y el proceso», en *Revista General de Derecho Procesal* 48 (2019).

217. En este sentido BARONA VILAR (en *La algoritmización...*, cit., pp. 635 y ss.) y NIEVA FENOLL (en «Un cambio generacional en el proceso judicial: la inteligencia artificial», en *Derecho procesal. Retos y transformaciones*, V Memorial Manuel Serra Domínguez, edit. Atelier, Barcelona, 2021, pp. 284 y ss.)

anticipatorias con instrumentalidad atenuada²¹⁸. En la actual regulación la regla general es que las medidas cautelares se adoptan a instancia de parte y debe acreditarse la concurrencia de los siguientes presupuestos: el *fumus boni iuris* o una apariencia de buen derecho; el *periculum in mora* o el peligro para la efectividad de la sentencia que en su día se dicte; y el ofrecimiento de una caución que asegure el resarcimiento de los daños y perjuicios que se ocasionen al demandado para el caso en que la medida cautelar se alce. El juez, en el momento de decidir sobre la adopción de la medida cautelar, debe analizar la concurrencia de estos tres presupuestos de adopción y la idoneidad de la medida cautelar solicitada.

Cuando se comenta la posibilidad de automatizar la adopción de la medida cautelar la doctrina se centra en el presupuesto del *periculum in mora*. Se hace referencia a la aplicación del programa informático COMPAS por la justicia estadounidense y las críticas que ha recibido por su opacidad y por los sesgos del mismo²¹⁹. Esta aplicación se inscribe en el contexto de la cultura jurídica americana y era una continuidad de las directrices o guidelines que se aprobaron en Estados Unidos²²⁰. En todo caso este no es el único de los presupuestos de adopción de las medidas cautelares en España, por lo que a continuación analizaré cada uno de ellos para analizar si globalmente se puede o no acudir a estas aplicaciones informáticas.

El órgano judicial para adoptar una medida cautelar debe valorar los siguientes aspectos:

- La idoneidad de la medida cautelar.
- La existencia de una apariencia de buen derecho de la reclamación efectuada que se concreta en valorar que va a estimar la pretensión cuya eficacia se pretende asegurar.
- Que existe un riesgo de que la sentencia que dicte sea ineficaz.
- Y cuantificar la caución que debe constituir el solicitante de la medida para que ésta sea eficaz.

El primero de ellos es determinar si la medida cautelar solicitada es idónea para asegurar la eficacia de la pretensión que se ejercita. En un principio la valoración es sencilla y se puede realizar de forma prácticamente automática. Basta con reformar el artículo 727 LEC²²¹ que adaptase la demanda a un formato

218. Ver ampliamente el análisis que realizo en *Las medidas cautelares en el proceso civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2012.

219. Ver por todos NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso*, cit., pp. 68 y ss.

220. En este sentido se pronuncia BARONA VILAR, en *La algoritmización...*, cit., p. 637.

221. Este precepto regula la medida cautelar que se puede adoptar para asegurar la efectividad de determinadas pretensiones, que son las que habitualmente se ejercitan.

electrónico que permitiese analizar si la medida cautelar es la adecuada. La única excepción es la cláusula general del artículo 727.11 LEC que permite adoptar otras medidas «que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio». En este caso sería necesario que el Juez valorase la idoneidad de la medida solicitada.

El segundo es el *fumus boni iuris* que describe la valoración que debe realizar el órgano jurisdiccional sobre la viabilidad de la pretensión que se pretende realizar. La actividad que debe realizar el órgano jurisdiccional es la misma que en el proceso principal para adoptar la decisión definitiva. Por ello considero que, tal como está regulado, es inviable automatizar esta decisión²²².

El tercero de los aspectos a valorar es la concurrencia del *periculum in mora* que consiste en la existencia de un peligro para la efectividad del proceso judicial. Este puede ser objetivo cuando la ineficacia es una causa de la duración del proceso judicial o subjetiva cuando depende de una actividad del demandado. El primero de ellos es fácilmente objetivable ya que concurre en las medidas cautelares de carácter satisfactivo, mientras que en el segundo debe valorarse la actitud de una de las partes. Por ello sería posible automatizar la concurrencia de este presupuesto en el primer caso, pero no en el segundo.

Finalmente, si el órgano judicial decide adoptar la medida cautelar, deberá cuantificar la caución que debe constituir el solicitante para que ésta sea eficaz. Para ello debe valorar tanto los posibles daños y perjuicios que puede ocasionar como la intensidad de la concurrencia del *fumus boni iuris*. Tal como está previsto dependerá de la valoración personal del juez, por lo que no parece que sea automatizable.

He expuesto brevemente los aspectos que debe valorar el órgano judicial para concluir que la adopción de las medidas cautelares no es automatizable. Una cuestión distinta es que deba modificarse la regulación de las medidas cautelares para flexibilizar su adopción. Actualmente el demandante puede no solicitar medidas cautelares por el riesgo de que se le impongan las costas del incidente de adopción en caso en que sean desestimadas.

En esta propuesta de regulación tengo en cuenta dos elementos objetivos que nos facilita la estadística judicial:

222. Ver ampliamente el siguiente capítulo.

- En primer lugar, la duración del proceso judicial ordinario en primera instancia que, según los datos del Consejo General del Poder Judicial, es de 15,1 meses²²³.
- En segundo lugar, el porcentaje de demandas estimadas en primera instancia, que en los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona fueron el 79,41%²²⁴

Con estos datos, que deberían ser completados con los datos estadísticos a nivel nacional, debería facilitarse la adopción de las medidas cautelares. Para ello considero necesario distinguir entre las medidas cautelares meramente asegurativas, como la anotación preventiva de la demanda o el embargo preventivo, de las anticipatorias de la eficacia de la sentencia.

Las medidas cautelares asegurativas deberían adoptarse de una forma prácticamente automática previa solicitud de parte y la constitución de una caución. Ésta podría cuantificarse en una parte proporcional de la cuantía del proceso. Si la demanda fuera desestimada se perdería la caución constituida y se impondrían las costas del incidente de adopción de las medidas cautelares al solicitante.

En el caso de las medidas cautelares anticipativas lo deseable sería sustituirlas por unas medidas anticipatorias en el que debería acreditarse el *fumus boni iuris* y constituir una caución. Si se adoptasen debería invertirse el contradictorio de forma que fuera el demandado el que tuviese la carga de iniciar el proceso principal en un plazo de un mes desde la firmeza de la resolución adoptando la medida cautelar. El *fumus boni iuris* exigido debería ser similar a la regulación actual, no estableciendo límite alguno a la práctica de la prueba salvo el que derive de la urgencia del procedimiento. En el caso de la caución debería ofrecerse por el solicitante y ser objeto de la oposición del ejecutado para que el Tribunal pueda valorar adecuadamente los daños y perjuicios que realmente se pueden ocasionar al demandado si adopta la medida. La cuantía de la misma vendría determinada por este criterio y un porcentaje adicional en concepto de sanción para el caso en que la medida

223. Dato publicado en el portal de transparencia del Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es), consultado por última vez el 26 de julio de 2021.

224. Datos extraídos de la Memoria del Juzgado Decano de Barcelona del año 2020. Para calcular el porcentaje de sentencias estimatorias he excluido las dictadas por el Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona, que tiene atribuida en exclusiva el conocimiento de las acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física. Debo advertir que no he localizado el número de demandas estimadas por sentencia firme, por lo que el porcentaje podría variar de forma significativa. Por otro lado, los datos no diferencian entre sentencias estimatorias totalmente o parcialmente de la demanda. Finalmente, no he encontrado este dato a nivel nacional. Con todos estos matices se puede llegar a la conclusión de que un número muy elevado de las demandas que se interponen son estimadas por los Tribunales.

adoptada sea alzada. Esta iría destinada a indemnizar los daños y perjuicios que se ocasionen al demandado si posteriormente se desestima la pretensión asegurada, que incluiría las costas que le ha ocasionado el incidente de adopción de la medida cautelar, y perdiéndose el resto como sanción al solicitante de la medida.

La razón de ser de esta propuesta es facilitar la adopción de medidas cautelares y, en su caso, evitar la prosecución de procesos en los que las partes no tienen interés alguno ya que se ha resuelto a través de la medida cautelar. Si se diseñase de esta forma se podría automatizar la adopción de las medidas cautelares asegurativas y facilitar la adopción de las anticipativas. Además, la caución tendría carácter disuasorio para evitar la interposición de solicitudes infundadas.

El planteamiento que realizo es tan sólo un esbozo del esquema general, que debería matizarse en otros aspectos como el acceso a este mecanismo de las personas que no tengan medios económicos, valorando la incidencia que tiene en el derecho a la tutela judicial efectiva. Además, debería concretarse las medidas cautelares que se pueden solicitar a través de cada uno de estos procedimientos.

Con esta propuesta se podría realizar un formulario electrónico en el que indicar los datos para que se adoptasen de forma automática las medidas cautelares meramente asegurativas.

En relación con las anticipatorias no entiendo posible la automatización de la decisión porque hay que valorar el *fumus boni iuris* concurrente. En todo caso se podría distinguir la acción ejercitada limitando los medios de prueba a practicar. Pero con la tecnología existente actualmente creo que no es posible que se valore automáticamente la concurrencia del *fumus boni iuris*.

Uno de los aspectos más problemáticos de esta propuesta es la cuantificación de la caución. En el caso de las medidas cautelares asegurativas se simplifica estableciéndola atendiendo a un porcentaje de la cuantía del proceso. En las medidas anticipatorias se podría acudir a criterios objetivos como el beneficio medio obtenido por este sector de la actividad²²⁵.

225. Para ello se podría utilizar el sistema de cuantificación por módulos utilizado por la AEAT para realizar la estimación objetiva de la actividad a efectos de su tributación. El último de los publicados es la Orden HAC/1155/2020, de 25 de noviembre, por la que se desarrollan, para el año 2021, el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido.

7 | Premisas para la aplicación de la inteligencia artificial a la decisión judicial: la vinculación al precedente judicial

7.1. La igualdad en la aplicación de la Ley por los órganos jurisdiccionales

Una cuestión previa al análisis del uso del tratamiento de los datos jurisprudenciales ya existentes en un intento de predecir la decisión judicial en el caso concreto es determinar la vinculación del órgano jurisdiccional que debe juzgar un asunto a las decisiones anteriores adoptadas por él mismo o por otros Tribunales²²⁶. Para responder hay que diferenciar dos cuestiones: la vinculación a las decisiones adoptadas por otros Tribunales y a las adoptadas por él mismo en supuestos similares²²⁷.

Lo habitual es que no haya ni dos casos en que los hechos sean idénticos ni la misma solución jurídica. Los abogados de las partes, antes de iniciar el proceso o en el momento de contestar a la demanda analizan las leyes aplicables y la jurisprudencia existentes, además de la doctrina, para determinar las posibilidades procesales de éxito y perfilar la estrategia procesal a seguir para lograr el mejor resultado.

226. Ver CARRATTA, Antonio, en «Decisioni robotica e valori del processo», cit., pp. 491 y ss.

227. El CEPEJ aconseja reforzar la autoridad de los precedentes porque «el cálculo de la información jurídica fundada en la jurisprudencia ayudará a las partes a evaluar su situación y decidir si ellas prefieren ir ante los tribunales o regular sus diferencias extrajudicialmente» (en Herramientas..., cit., pp. 13 y 14.).

En esta labor de búsqueda es importante conocer la respuesta judicial que ha dado el mismo juez o Tribunal. El abogado es consciente de que no va a encontrar dos casos similares, por lo que es esencial esa labor de búsqueda para extraer los argumentos comunes que se han utilizado para resolver casos similares que permitirán defender a su cliente. Además, debe analizar en el caso concreto que hechos va a alegar y como va a intentar acreditarlos ante el órgano. Una vez efectuada estas reflexiones diseñará su estrategia procesal.

Desde el punto de vista judicial la postura no es tan distinta. El Juez, en la soledad de su labor tomará la decisión jurisdiccional que estime más oportuna a la vista de los hechos que considere probados, la ley aplicable y la jurisprudencia que la ha interpretado. Es cierto que una vez tomada esa decisión puede tender a cortar y pegar los argumentos ya utilizados en otra resolución judicial, propia o ajena. Pero es indudable que previamente habrá adoptado ese juicio jurisdiccional, que es la finalidad última del proceso judicial, y lo habrá revisado a través de la motivación de la resolución judicial²²⁸.

En esta labor, de unos y de otros, un instrumento importante será conocer lo que han decidido los Tribunales, prestando más interés a las resoluciones dictadas por aquéllos que deben conocer de los recursos que se puedan interponer contra la sentencia que dicte el de primera instancia. En España, al igual que en otros países, es posible acceder a la jurisprudencia de los Tribunales a través de la web del Consejo General del Poder Judicial. Incluso hay empresas privadas como westlaw, vlex o la wolters kluwer que facilitan aplicaciones informáticas a los abogados y jueces para que tengan conocimiento de las estadísticas de casos similares y los argumentos jurídicos que pueden ser utilizados.

Ante esta realidad la cuestión que se plantea es si no sería suficiente con que el órgano judicial se limitase a indicar cuáles son los hechos acreditados y la aplicación informática, teniendo en cuenta la decisión de los tribunales en casos similares, dictase la sentencia. La sociedad puede entender que esto debe ser así atendiendo a la seguridad jurídica, el principio de igualdad y la celeridad de los procesos judiciales. Sin embargo, este criterio es contrario a la independencia judicial y al principio de separación de poderes. Además, en muchos

228. El artículo 120.3 de la Constitución Española regula la obligación de motivar las resoluciones judiciales, reproduciéndose en los artículos 248.2 LOPJ, 218.2 LEC y 142 LECRIM. Esta exigencia la ha incluido el Tribunal Constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva (ver por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 2000) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el derecho a un proceso justo previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ver la Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, derecho a un proceso equitativo —parte civil—, Consejo de Europa/Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2013, p. 48). Sobre la obligación de motivar ver por todos TARUFFO, *la motivazione de la sentenza civile*, Padua, 1975, pp. 319 y ss.

casos se podrían producir situaciones de indefensión ya que los casos son similares, pero no idénticos, y la solución judicial de uno no es válido para el otro. Para aplicar la decisión anterior debería valorarse esta cuestión.

La previsibilidad de las decisiones judiciales es esencial para que la justicia sea eficaz²²⁹. Ésta aporta seguridad jurídica²³⁰ y permite que los litigantes valoren la conveniencia o no de iniciar un proceso judicial. Si el resultado de éste es aleatorio la tendencia puede ser interponer la demanda ya que la sentencia judicial no empeorará la situación preprocesal existente, sino que tan sólo la puede mejorar. Por otro lado, desde la perspectiva del demandado el razonamiento es similar. Por ello la existencia de una doctrina jurisprudencial uniforme y constante²³¹ evita la interposición de pleitos infundados²³². Así se ha afirmado que puede favorecer que las partes acudan a un sistema de ADR y/o ODR²³³.

Estas reflexiones las realizo con la actual situación legislativa en España. El sistema indicado exige me plantee la vinculación que tienen los tribunales con la decisión de los Tribunales Superiores y la relación con la independencia judicial, con sus resoluciones anteriores y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

229. En este sentido ver CONSTANTINO, en «La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenza», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, pp. 645 y ss.

230. FERRERES COMELLES, en «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, edit. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 54.

231. Tal como afirma ROSADO IGLESIAS la previsibilidad exige un conocimiento previo de lo previsto por el ordenamiento jurídico y del modo en que se aplica el ordenamiento jurídico (en «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 28, mayo-agosto 2006, p. 84).

232. Si atendemos a la estadística judicial actualmente las demandas que se interponen son estimadas en casi un 80%. A nivel nacional el CGPJ no publica los datos de las demandas estimadas, pero en la Memoria del Juzgado Decano de Barcelona sobre la actividad de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Barcelona durante el año 2020, publicada por el TSJ de Catalunya en la web poderjudicial.es, consta que los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona dictaron 9.665 sentencias, de las cuáles 7675 fueron estimatorias. En estos datos he eliminado las resoluciones dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona, que conoce de las acciones de nulidad de cláusulas abusivas, porque dictó el 96,8% de sentencias estimatorias. No he encontrado datos de otros partidos judiciales, pero considero que si se extrapolan se puede concluir que cuando un demandante interpone la demanda esta tiene muchas posibilidades de que sea estimada. Hago esta afirmación con las reservas de los datos que no informan si se estiman íntegra o parcialmente y el resultado final del proceso, teniendo en cuenta que en la misma memoria consta que la Audiencia Provincial de Barcelona solo confirmó íntegramente el 38.2% de las sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia contra las que se interpuso recurso de apelación.

233. En este sentido se pronuncia el CEPEJ afirmando que «el cálculo de la información jurídica fundada en la jurisprudencia ayudará a las partes a evaluar la situación y a decidir si prefieren ir a los tribunales o regular sus diferencias por la vía de la regulación extrajudicial de las diferencias» (en *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia la cyberjusticia*, Documento adoptado en la 32 Reunión plenaria de la CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de junio de 2019, p. 14).

7.1.1. La jurisprudencia, la vinculación con la decisión de los Tribunales Superiores y la independencia judicial

El artículo 1.6 del Código Civil prevé que «la jurisprudencia 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 proceso». Es decir, la jurisprudencia no es una fuente del derecho, sino un complemento de este. Su función es esencial para la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto.

Es indudable que uno de los principios que informan la legislación es el de seguridad jurídica²³⁴. El legislador refleja en las leyes aprobadas los principios esenciales de la comunidad en un momento determinado y ésta las utiliza para tomar sus decisiones. La problemática se genera cuando caben distintas interpretaciones y las partes no llegan a un acuerdo al respecto. En este caso hay que acudir a los mecanismos de resolución de conflictos para resolverlo. Si nos hallamos ante una materia de carácter dispositivo las partes podrán resolverlo llegando a un acuerdo o a través de los medios complementarios de resolución de conflictos, como la conciliación, mediación y arbitraje. Si no es posible será la jurisdicción estatal la que dictar la solución del caso concreto aplicando e interpretando la ley aplicable a los hechos objeto de litigio y creando el derecho del caso concreto de forma irrevocable. Para unificar las distintas interpretaciones jurídicas se articula el recurso de casación y la función nomofiláctica del mismo.

SERRA DOMÍNGUEZ afirma que «en línea de principios, el recurso de casación resulta incluso más necesario que el recurso de apelación, en cuanto encuentra sus propias raíces en uno de los derechos más fundamentales de la persona, la igualdad ante la norma jurídica, y constituye la clave de bóveda del principio de unidad jurisdiccional»²³⁵. La uniformidad de la jurisprudencia se vincula con el principio de igualdad de los ciudadanos²³⁶ que se reconoce como derecho fundamental en el artículo 14 de la Constitución Española.

Desde este punto de vista las Sentencias del Tribunal Supremo tendrían fuerza vinculante para los órganos jurisdiccionales de instancia, los que no podrían apartarse de la doctrina jurisprudencial declarada por éste. El legislador ha intentado en varias ocasiones otorgar el valor de precedente a las Sentencias del Tribunal Supremo. Así se intentó la reforma del artículo 5 de la LOPJ en el Pro-

234. En el mismo sentido BARONA VILAR, en *Algoritmización del derecho y de la justicia...*, cit., p. 614.

235. SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 785.

236. MARINONI, «El precedente interpretativo», en *Revista Jurídica Luso Brasileira*, año 3, 2017, número 2, p. 442.

yecto de Ley Orgánica del Poder Judicial remitido por el Gobierno a las Cortes Generales el 27 de enero de 2006, y que decayó por la convocatoria de elecciones generales²³⁷. Del mismo modo el gobierno aprobó el 4 de abril de 2014 el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial²³⁸ que preveía en su artículo 32 la doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo que «será de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional»²³⁹.

La cuestión que surge de forma inmediata es si realmente la aplicación uniforme del derecho por los Tribunales integra el derecho a la igualdad de los ciudadanos ante la ley o vulnera la independencia judicial de los Tribunales²⁴⁰. El antecedente legislativo lo hallamos en el recurso en interés de ley del proceso contencioso administrativo (art. 100.7 LCA)²⁴¹ que preveía que «La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional»²⁴².

Para resolver este conflicto hay que tener en cuenta que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, sino que se pueden limitar cuando entren en conflicto con otros derechos o intereses de similar categoría y aplicando el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva sería viable que se establezca como límite de la independencia judicial la seguridad jurídica²⁴³.

Estos límites deben establecerse por el legislador ordinario y a través de Ley Orgánica, ya que el artículo 81.1 de la Constitución Española prevé que «son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales». En

237. Ver ampliamente el análisis que efectúa MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, en «Comentario sobre las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007. A vueltas con el valor vinculante de la jurisprudencia», en *Revista General de Derecho Procesal*, 2009, 17, p. 3 de la versión digital.

238. Este anteproyecto no llegó a aprobarse como proyecto de ley.

239. La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el anteproyecto de 4 de abril de 2014 de LOPJ analiza este precepto y llega a la conclusión de que «no considera conveniente la incorporación de la noción de jurisprudencia vinculante, en la medida que puede llegar a alterar el sistema de fuente establecido».

240. Ver el análisis que efectúa ARMENTA DEU (en «Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales», en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2018, pp. 28 ss) y CABAÑAS GARCÍA (en *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 32 y ss).

241. Ver por todos el análisis crítico realizado por DOMÉNECH PASCUAL, en «Creación Judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de ley», en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, enero 2013.

242. Este precepto fue suprimido por la disposición final 3.2 de la ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

243. Sobre esta cuestión ver ampliamente el análisis que efectúa TAPIA FERNANDEZ, Isabel, en «¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)», en *Justicia* 2017, número 2, p. 58.

este caso nos enfrentamos ante la resolución de un conflicto entre dos derechos fundamentales como es la independencia judicial, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica²⁴⁴.

En esta dualidad de principios se mueve el Tribunal Supremo cuando analiza el carácter vinculante de su doctrina jurisprudencial y el principio de independencia judicial. Así la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 927/2007, de 26 de noviembre, afirma al resolver el motivo primero del recurso de casación, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994, que «en virtud el principio de independencia judicial y a tenor de los cambios sociales y legales producidos, es legítimo que una sentencia de un órgano jurisdiccional inferior se separe de la doctrina del Tribunal Supremo». A continuación, desestima el motivo de casación argumentándolo en que la Audiencia Provincial «se separa de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pero no la desconoce, pues la cita, pero lo hace al considerar un elemento de derecho no tenido en cuenta por el Alto Tribunal que le permite promover una reorientación de la jurisprudencia».

En mi opinión el Tribunal Supremo parte de un error de concepto y es considerar que su doctrina jurisprudencial es un precedente en sentido técnico²⁴⁵. La referencia indudable en esta cuestión es el profesor TARUFFO que ya afirmaba que la declaración de una Corte Suprema sobre la determinada interpretación de una norma no es un precedente²⁴⁶. Tal como afirma «el precedente provee una regla — susceptible de ser universalizada— que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso», siendo el Tribunal posterior el que debe establecer si existe o no el precedente fundándose en el análisis de los hechos²⁴⁷.

El Tribunal Supremo en España no establece precedentes, sino que dicta sentencias en las que realiza la función nomofilática que le está atribuida por el

244. En este sentido se pronuncia TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, op. cit., pp. 57 y 58.

245. Este error que comete el Tribunal Supremo se puede constatar con la conclusión de TARUFFO que, al analizar la eficacia del precedente, afirmaba que «el juez posterior no se encuentra nunca obligado a someterse al precedente. Por el contrario, está obligado a justificar de manera adecuada su decisión cuando opte por no adherirse a aquel exponiendo las razones de su actuación» (en *Aspectos del precedente judicial*, edit. Coordinación Editorial, Nuevo León, 2018, p. 17). Se puede comprobar como la eficacia es la misma que declara el Tribunal Supremo que tienen sus sentencias, lo cuál es erróneo ya que en el ordenamiento jurídico español la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es fuente del derecho.

246. TARUFFO, op. Cit., p. 15.

247. TARUFFO, en «Precedente y jurisprudencia», en *Precedente Revista Jurídica*, 2007, p. 88.

ordenamiento jurídico²⁴⁸. Pero ésta sólo será eficaz en el caso en el que se pueda interponer recurso de casación que no siga esa regla establecida por el Tribunal. La oposición a la misma por parte de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial tan sólo constituye una de las causas previstas para interponer el recurso de casación²⁴⁹. Por todo ello concluyo que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo no tiene la consideración de precedente y es contraria a nuestra cultura jurídica.

El Tribunal Constitucional se ha planteado esta cuestión en numerosas sentencias en las que ha declarado la no vinculación del órgano jurisdiccional a la jurisprudencia anterior de otros Tribunales. La excepción serían aquellos casos en los que el legislador prevé el efecto vinculante de la sentencia que dicte el Tribunal Supremo al resto de órganos jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria. Este es el caso del suprimido artículo 100.7 LJCA del recurso de casación en interés de ley del contencioso administrativo que preveía que «La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional»²⁵⁰.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este precepto en la Sentencia del pleno 37/2012, de 19 de marzo, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 9689/2009, interpuesta por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Elche, descartándola. Lo fundamenta en que:

«el legislador, conforme a la libertad de configuración que le corresponde al establecer el régimen jurídico de los recursos y en atención a preservar intereses constitucionalmente garantizados, como lo son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional (arts. 1.1, 14 y 139.1 CE), ha establecido en el art. 100.7 LJCA el carácter vinculante de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo al resolver recursos de casación en interés de ley, lo que, aparte de ser ejercicio legítimo de las facultades del legislador, no puede en modo alguno considerarse lesivo para la independencia judicial, que

248. Tal como indica BARONA VILAR actualmente se está produciendo un acercamiento entre la doctrina del precedente judicial del *common law* y el sistema continental (en *Algoritmización del derecho y de la justicia...* cit., pp. 615 y 616).

249. El artículo 477.3 LEC prevé que «se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo».

250. Este recurso tenía su antecedente en el recurso de casación en interés de ley regulado en los artículos 1718 y ss LEC de 1881 (ver por todos el comentario que realiza SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 923 y ss.). En el proceso laboral también se regulaba el recurso en interés de ley en los artículos 185 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral (ver por todos CREMADES, *el recurso en interés de ley*, edit. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969).

implica la sumisión al imperio de la Ley (art. 117.1 CE), y que incluye también, como ya se dijo, el respeto «a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico» (STC 133/1995, F. 5). Recuérdese, por otra parte, el carácter excepcional del recurso de casación en interés de ley, tanto por la limitación de los legitimados para su interposición, como por su finalidad específica: corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman «gravemente dañosas y erróneas», de manera que el Tribunal Supremo pueda fijar, en su caso, una doctrina legal correctora y vinculante, pero respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia impugnada (STC 111/1992, F.4).

En España el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico no contempla la jurisprudencia como una de ellas, sino como un complemento de las mismas²⁵¹. La función de los Tribunales no es el dictar normas generales y abstractas, sino el resolver los casos concretos que se someten a su enjuiciamiento. Tal como afirma la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014 «la función que posee la doctrina sentada de modo reiterado por el Tribunal Supremo, tanto en nuestro sistema jurídico cuanto en aquellos otros pertenecientes a la misma concepción del Derecho, no es la de redactar normas generales, sino la de establecer el sentido que una disposición tiene ante un concreto litigio»²⁵².

Además, reconocer este carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contrario a la división de poderes que informa nuestro Estado de Derecho²⁵³. Ello implicaría reconocer funciones legislativas a los tribunales y sería contrario al artículo 117.3 de la Constitución Española que recoge la función de los tribunales de Justicia²⁵⁴.

7.1.2. La vinculación del órgano jurisdiccional a sus criterios jurisdiccionales previos

Otra perspectiva de este problema es la vinculación que tienen los órganos jurisdiccionales a las decisiones adoptadas en procesos similares anteriores. Para que estas aplicaciones predictivas funcionasen, si bien limitadas a la decisión concreta de ese órgano jurisdiccional, sería necesario que los órganos ju-

251. Ver por todos NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I, Introducción*, cit., pp. 41 y ss.

252. Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014, p. 33.

253. En este sentido se pronuncia la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014, cit., p. 33. Del mismo ver COMOGLIO (en «Riflessioni su rule of law e precedente giudiziale», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, pp. 942 y ss.) y LARENZ (en *Metodologia de la Ciencia del Derecho*, edit. Ariel, Barcelona, 1980, p. 435).

254. Tal como afirma TARUFFO en Italia «sería inconstitucional que una norma ordinaria intentara introducir en dicho ordenamiento la norma del precedente vinculante» (en *Aspectos del precedente judicial*, cit., p. 27).

risdccionales estuvieran vinculados por sus decisiones anteriores²⁵⁵. Lo expuesto tiene una relación directa con el derecho a la igualdad y de seguridad jurídica²⁵⁶.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión²⁵⁷. El Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 176/2005, de 5 de mayo inadmite un recurso de amparo en el que se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. En el fundamento jurídico segundo lo motiva con cita de sentencias anteriores del Tribunal Constitucional:

«Por lo que se refiere a la pretendida violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE), debemos recordar que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, desde la STC 8/1981, de 30 de marzo, F. 6, el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley proscribe el trato desigual carente de adecuada justificación. En el ámbito de protección de tal derecho, la doctrina constitucional ha ido perfilando una serie de criterios, que resultan relevantes para el caso examinado, y que se sintetizan, entre otras muchas, en las SSTC 266/1994, de 3 de octubre, F. 3, 188/1998, de 28 de septiembre, F. 4, 240/1998, de 15 de diciembre, F. 6, y 176/2000, de 26 de junio, F. 3, tales como: a) el trato desigual debe provenir de un mismo órgano judicial; b) sólo cabe apreciar trato desigual en la decisión de casos sustancialmente iguales, y c) el tratamiento desigual ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional, respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad.

Como se puede comprobar la doctrina del Tribunal Constitucional llega a las siguientes conclusiones:

- un órgano jurisdiccional no está vinculado por la jurisprudencia de otro Tribunal.
- respecto de su jurisprudencia anterior tan sólo está vinculado cuando concurren los siguientes requisitos: que los casos sean sustancialmente iguales y que el trato desigual se concrete en una quiebra injustificada del criterio mantenido hasta entonces²⁵⁸.

255. Tal como he analizado anteriormente no es el caso de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español. La excepción lo constituye las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sí que tienen carácter preceptivo (artículos 5.1 LOPJ).

256. Ver ARMENTA DEU, «Recurso de casación...», cit., pp. 28 y ss.

257. Ver ampliamente el análisis que realiza ROSADO IGLESIAS, en «Seguridad jurídica...», cit., pp. 89 y ss.

258. Ver ampliamente CABAÑAS GARCÍA, op. cit., pp. 86 y ss.

Cuando concurren estas circunstancias y el Tribunal no justifique su cambio de criterio estará vulnerando el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.²⁵⁹

7.1.3. La vinculación de los Tribunales a las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Las reflexiones anteriores las realizo en referencia a los órganos de la jurisdicción ordinaria. En la organización jurisdiccional existen otros Tribunales, cuyas decisiones tienen carácter vinculante para la jurisdicción ordinaria. Me refiero al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está previsto en el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

«La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Tal como afirma PÉREZ GORDO el Tribunal Constitucional va a «actuar como legislador o como juez a decir el derecho, el nuevo derecho, e incluso a dar el derecho»²⁶⁰. Estoy de acuerdo con esta conclusión que PÉREZ GORDO ya vaticinaba en 1972²⁶¹. El Tribunal Constitucional en su función de controlar la constitucionalidad de las leyes se ha convertido en un auténtico legislador. Y esta función se ha recogido en el artículo 5.1. LOPJ.

A diferencia de las reflexiones que he realizado anteriormente, la jurisprudencia que dicta el Tribunal Constitucional sí que tiene carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria²⁶². A idéntica conclusión

259. El TEDH también se ha pronunciado en este mismo sentido, siendo la última vez en la Sentencia de 14 de septiembre de 2021, caso Inmobiliaria y Gestión contra España.

260. PÉREZ GORDO, Alfonso, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, edit. Bosch. Barcelona, 1982, p. 32. Posteriormente analiza las sentencias interpretativas y afirma que «en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no la interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados, o, incluso, integrativas, colmando insuficiencias de los textos legales a aplicar, realmente lo que hace es legislar» (op. cit., p. 64).

261. PÉREZ GORDO, en «El control de constitucionalidad de las leyes», *Revista Jurídica de Catalunya*, número 3, 1972, pp. 83 y ss., que se publicó también en *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Portico, Zaragoza, 1981, pp. 365 y ss.

262. XIOL RIOS afirma que «el artículo 5.1 de la LOPJ no trat de regula la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional como mandatos (lo que entra en el concepto de cosa juzgada), sino su valor como precedente, al margen del caso concreto resuelto y de aquellos a los que el fallo afecte por extensión. El artículo 5.1 de la

tenemos que llegar cuando España cede parte de su soberanía al firmar un tratado internacional, que en lo que nos interesa hace referencia a la sumisión a determinados tribunales internacionales. Este es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶³.

Uno de los aspectos más controvertidos del derecho comunitario son los efectos de las Sentencias que el TJUE dicta en toda clase de procedimientos. En este apartado podemos partir de la base que las sentencias del TJUE tiene el mismo valor que las que dictan los Tribunales Constitucionales estatales en el ámbito de su competencia²⁶⁴.

Para comprender la función del TJUE es esencial partir de la razón de su creación, que es unificar la interpretación o aplicación del derecho de la Unión Europea. Para que pueda realizarlo se obliga al órgano jurisdiccional nacional, que actúa como Juez Comunitario, a plantear una cuestión prejudicial al TJUE cuando tenga una duda sobre la interpretación o aplicación del derecho de la Unión Europea, original o derivado. Una vez que éste ha declarado la interpretación o la aplicación de una norma de la Unión, original o derivada, los jueces nacionales tienen la obligación de seguir el criterio indicado. En caso contrario estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva²⁶⁵.

Otro Tribunal Internacional al que España se ha sometido es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Doctrinalmente se ha discutido el carácter vinculante para los jueces nacionales de su jurisprudencia. Además, a nivel interno la única norma que regula la efectividad de las sentencias que dicte es la causa de la acción de revisión de sentencias firmes²⁶⁶. Tal como afirma GUILLÉN LÓPEZ «el activismo del

LOPJ consagra el precedente constitucional» (en «El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, número 3, septiembre 1986, p. 13 de la versión digital).

263. TARUFFO afirma que «es probable que se pueda hablar d un precedente en el sentido propio de la palabra» (en *El precedente judicial*, cit., p. 22).

264. Sobre esta cuestión ver ampliamente el análisis que realiza JIMENO BULNES, en *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1991, pp 455 y ss. Tras desarrollar la doctrina y jurisprudencia, nacional e internacional, que se ha pronunciado sobre los efectos de las Sentencias dictadas por el TJUE al resolver una cuestión prejudicial planteada al amparo del artículo 177 TCE concluye que «el esquema previsto en la Constitución y en la LOTC con relación al valor de las sentencias constitucionales procedentes de nuestro Tribunal Constitucional puede ser trasladado al espacio comunitario» (op. cit., p. 506).

265. Ver por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional número 241/2015, de 5 de noviembre y el análisis que realizo en *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit.

266. La Ley Orgánica 7/2015, reformó las leyes de enjuiciamiento de los cuatro órdenes jurisdiccionales para incluir como causa de revisión de sentencias firmes «cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adqui-

Tribunal ha logrado poner la obligatoriedad y la eficacia de sus sentencias como principio de general observancia, como concepto al que se concede una vis atractiva respecto del resto de los constructos procesales»²⁶⁷.

La eficacia interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido reconocida legislativamente con la ampliación de las causas de revisión. A título de ejemplo el artículo 510.2 LEC²⁶⁸ prevé que:

«Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas»²⁶⁹.

En la práctica judicial el Tribunal Supremo ha admitido la eficacia directa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en procesos distintos a los que se alegó la vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así el auto del pleno del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 se plantea si puede valorar de nuevo lo ya resuelto por sentencia firme cuando posteriormente a la misma el TEDH dicta una sentencia que puede influir en el sentido de la decisión, admitiendo el incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme que se había planteado alegando la vulneración de un derecho fundamental. Lo fundamenta en el fundamento jurídico sexto en que «La función y las competencias que los actuales arts. 32 y 46 del Convenio atribuyen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen que la interpretación de los preceptos del Convenio por dicho Tribunal tenga una eficacia interpretativa muy relevante respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución».

ridos de buena fe por terceras personas». Así da nueva redacción a los artículos 102 LJCA, 510 LEC, 328 Ley Procesal Militar,

267. GUILLÉN LÓPEZ, en «Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 42, 2018, p. 356.

268. Modificado por la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Este precepto es aplicable al orden social por la remisión que realiza el artículo 236 de la Ley de la Jurisdicción Social.

269. Los artículos 955.3 LECRIM (modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales), 102.2 LCA (modificado por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Como se puede comprobar no le reconoce directamente la eficacia directa, pero al admitir el incidente está haciéndolo implícitamente.

7.2. La inteligencia artificial, el algoritmo y el silogismo judicial

Existen muchos sistemas de Inteligencia Artificial, pero el aplicable a la toma de decisiones humanas sería el denominado enfoque botton-up. La IA se ha dividido en tres tipos, que son la IA específica, la IA general y la súper inteligencia. La aplicada actualmente en nuestra vida diaria para tomar o facilitar decisiones es la primera, que serían sistemas capaces de realizar una tarea concreta²⁷⁰. Tal como nos informa OLIVER «la disponibilidad de cantidades ingentes de datos —big data— como resultado de la actividad humana a través del uso de servicios digitales así como procesos de digitalización del mundo físico, acompañada por la disponibilidad de procesadores muy potentes a bajo coste y el desarrollo de arquitecturas de redes neuronales profundas y complejas —modelos deep learning entrenados con dichos datos ha dado lugar a que la Inteligencia Artificial viva hoy en día una primavera perpetua —en palabras del profesor y amigo de la Universidad de Standford Andrew Ng»²⁷¹.

La aplicación de la Inteligencia Artificial al ámbito jurídico ya se está produciendo en la redacción de contratos, en la prestación de asesoramiento legal y en la toma de decisiones judiciales.

La relación de la Inteligencia Artificial con el asesoramiento jurídico no la voy a desarrollar en este trabajo, ya que no es el ámbito de este que se centra en su influencia en el proceso judicial²⁷². De todas formas, no quiero dejar de dar mi opinión. Considero que es una herramienta imprescindible para el profesional jurídico, pero utilizada en el contexto adecuado. Es indudable que hay muchas consultas básicas para los que será muy útil y quizás la función del abogado se puede limitar a validar las circunstancias del caso concreto y realizar la consulta. Actualmente las bases de datos jurídicos ya incluyen todas las sentencias

270. Sobre esta cuestión existe numerosa bibliografía. Las referencias del texto las he extraído de OLIVER, «Inteligencia artificial: ficción, realidad y ... sueños», discurso de toma posesión como académica de número de la Real Academia de Ingeniería leído en la sesión solemne de 11 de diciembre de 2018. Está disponible en versión electrónica en <http://www.raing.es/es/publicaciones/discursos-de-ingresos/inteligencia-artificial-ficci-n-realidad-y-sue-os>.

271. OLIVER, op. Cit., pp. 16 y 17.

272. Desde esta perspectiva si que afecta al principio de igualdad, ya que ambas partes y su asistencia técnica deben tener la posibilidad de acudir a los mismos medios y herramientas tecnológicas. En caso contrario se podría generar una situación de indefensión (en este sentido se pronuncia el Group of the Commission to Reimagine the Future of New York's Courts en el Report and Recommendations of the Future Trials Working Group de mayo de 2021, p. 11.

del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales en el orden civil. Una cuestión distinta es cómo se clasifican ya que depende de los meta datos y la clasificación que pueden realizar personas o incluso aplicaciones informáticas. Pero lo que no ofrecen estas bases de datos son los hechos fácticos sobre los que se realiza la consulta y los intereses del cliente cuando pide asesoramiento legal. Además, lo que nos va a facilitar es el estado de la cuestión desde un punto de vista histórico, pero no su posible evolución. Así, por ejemplo, si en el año 2012 se hubiera consultado las posibilidades de oponer la existencia de una cláusula abusiva a una ejecución hipotecaria, la respuesta hubiera sido su inviabilidad y la posible condena en costas que también hubiera podido cuantificar. Tiene que ser una persona, en este caso el abogado que lo plantea en el caso concreto, al que esta respuesta no le cuadra aplicando sus conocimientos jurídicos.

La pregunta que planteo es si esto lo hubiera podido realizar una aplicación informática. Se podría responder que sí, pero para ello haría falta que el programa, además de ofrecernos el estado de la cuestión desde el punto de vista jurisprudencial, hubiera tenido que relacionar el caso concreto con los principios aplicables y proponer una solución distinta a la que nos da la jurisprudencia desde una perspectiva histórica. No digo que en un futuro no se pueda realizar ya que las posibilidades del procesamiento de datos y la investigación que se está realizando, lo puede posibilitar, pero actualmente creo que estamos muy lejos de afirmar que se puede realizar.

En mi opinión es la que se aplicaría para complementar y/o sustituir las decisiones judiciales, pero tal como nos dice OLIVER «estamos muy lejos de llegar a este tipo de sistemas». Y añade que «los sistemas actuales manifiestan un tipo limitado de inteligencia ya que son incapaces, entre otras cosas, de generalizar y extender sus niveles de competencia en una cierta tarea a otros ámbitos de manera automática, como haría un humano»²⁷³.

Desde el punto de vista procesal la cuestión no es nueva. Debo destacar los trabajos de SATTÀ, CARNELUTTI y CAPOGRASSI. Especialmente sugerente es el título del trabajo de CARNELUTTI que es *Matemática y Derecho*. Actualmente en España han analizado esta posibilidad GUZMAN FLUJA²⁷⁴, BONET NAVARRO²⁷⁵, NIEVA FENOLL²⁷⁶ y BARONA VILAR²⁷⁷. Si hay una conclusión común en todos ellos es que es

273. OLIVER, op. Cit., pp. 21 y 22.

274. GUZMAN FLUJA, «sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de conflictos», en *Justicia civil y penal en la era global*, edit, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 69 y ss.

275. BONET NAVARRO, «la tutela judicial de los derechos no humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos», cit., pp. 55 y ss.

276. NIEVA FENOLL, *Inteligencia Artificial y proceso judicial*, cit., 2019.

277. BARONA VILAR, *La algoritmización...*, cit.

esencial el elemento subjetivo del juez. Así por ejemplo CAPOGRASSI afirma que «indudablemente esta lógica de la objetividad no elimina la subjetividad del juez. Después de todo esto, queda el juzgar en su parte más secreta y delicada, en el momento de la decisión en el que el hombre juez, no se sabe si con su inteligencia o su voluntad o con todo, dice la última palabra»²⁷⁸. O que tal como afirma CARNELUTTI. «en cuanto al juzgar se asigna un significado comprensivo de toda la actividad del pensamiento, también el silogismo, sino para descubrir sirve para aprobar el descubrimiento»²⁷⁹. O que tal como advierte SATTA si fuera posible lograr una solución automática al problema jurídico planteado no se litigaría, sino que las partes acudirían a este sistema²⁸⁰.

Sin embargo, en la práctica observamos como hay un intento de sustituir los Tribunales de Justicia por la solución ofrecida por los programas informáticos, que combinan los datos de las sentencias dictadas con el algoritmo diseñado por un programador para decirnos cuál es la decisión previsible. Es una tendencia de todos los sistemas revolucionarios cuando tienen éxito el querer eliminar la subjetividad del aplicador del derecho, que en este caso es el juez. Basta con analizar la verdadera intención de MONTESQUIEU cuando diseñó la teoría de la división de poderes cuando afirma que los jueces son «la boca muerta que pronuncian las palabras de la ley». O el origen histórico del recurso de casación en la Francia revolucionaria y que era el instrumento utilizado por la Asamblea Legislativa para «casser» las sentencias dictadas por los jueces y que según la interpretación que ésta realizaba fueran contrarias a las leyes aprobadas por ésta²⁸¹.

En este contexto es donde surge una teoría a la que yo encuentro muchos puntos de conexión con la Inteligencia Artificial aplicada a la toma de decisiones judiciales, que es el silogismo judicial.

7.2.1. El silogismo judicial

El momento esencial de la jurisdicción es el juicio. Todo el proceso se encamina a hacer posible que un tercero, el Juez, establezca la norma de conducta que debe ser impuesta a las partes en el caso concreto. Precisamente por esta característica la doctrina ha intentado desentrañar la actividad que realiza el Juez para efectuar esta conversión.

278. CAPOGRASSI. «Giudizio, processo, scienza, verita. *Rivista di Diritto Processuale* 1959, pp. 10 y 11.

279. CARNELUTTI, en «Matemática e diritto». *Rivista di Diritto Processuale* 1951, p. 203.

280. SATTA, *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 177.

281. Ver NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, edit. Ariel Derecho, Barcelona, 2003, pp. 24 y ss.

En un primer momento se acude a la teoría del silogismo judicial²⁸². Coincide con el auge del positivismo y la época de la codificación. Todo ello responde a la noción que MONTESQUIEU tenía de la actividad jurisdiccional. Para el filósofo francés la función judicial debía limitarse a ser la boca de la ley, su actividad debía reducirse a la mera subsunción del hecho en la norma ²⁸³.

CALAMANDREI afirmaba que no se podrá nunca negar que en la sentencia «se contiene un juicio lógico, el cual, como todo juicio, aún el más elemental y el más simple, debe ser el resultado de un silogismo, explícito o inconsciente» ²⁸⁴. A continuación, añadía que «si la ley establece que, cuando se verifica un hecho específico en determinados extremos, debe producirse una cierta consecuencia jurídica, cuando el juez ha establecido en la realidad la certeza de la existencia de tales extremos, ha establecido al mismo tiempo la certeza de que la voluntad abstracta de ley se ha hecho concreta en el caso especial, y en tal sentido debe decidir» ²⁸⁵.

La génesis lógica se dividirá en las siguientes fases: un examen preliminar sobre la trascendencia de los hechos; una interpretación de los resultados; la construcción de hechos específicos concretos a base de los juicios singulares de hecho; y su calificación jurídica comparando el hecho específico cuya certeza se ha establecido con el hecho específico legal, determinando el efecto jurídico ²⁸⁶. La motivación de la sentencia será la exteriorización de la construcción interna realizada por el órgano judicial ²⁸⁷.

Otros representantes de esta teoría son CHIOVENDA ²⁸⁸, ROCCO ²⁸⁹, GÓMEZ ORBANEJA ²⁹⁰ y MORÓN PALOMINO ²⁹¹.

Esta concepción, si bien es muy pedagógica, no resulta adecuada a la realidad. Las críticas que se han formulado a la teoría silogística se pueden dividir en dos

282. Tal como indica BOURCIER ha sido la época del «legislador todopoderoso». A continuación, añade que «los sistemas de asistencia a la decisión en el ámbito del derecho retomaron en un primer momento esta preeminencia del lenguaje» (en *Inteligencia Artificial y Derecho*, edit. UOC, Barcelona, 2002, p. 144)

283. Ver PEDRAZ PENALVA, *la Jurisdicción...*, cit., p. 919.

284. CALAMANDREI, «la Génesis Lógica de la Sentencia Civil», en *Estudios sobre el Proceso Civil*, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 371.

285. CALAMANDREI, op. cit., p. 408.

286. CALAMANDREI, op. cit., p. 412-413.

287. CALAMANDREI, «La crisis de la motivación», en *Proceso y Democracia*, ed. EJE, Buenos Aires, 1960, p. 115-116.

288. CHIOVENDA, *Instituciones...*, cit., p. 183.

289. ROCCO, *la Sentencia Civil*, México, 1945, pp. 50 y ss.

290. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, cit., p. 420 y ss.

291. MORÓN PALOMINO, «Problemática de la Sentencia Civil», en *Revista de Derecho Procesal*, 1964, p. 47 y ss.

grandes grupos ²⁹²: unas afirman la falsedad y la limitación de la representación del juicio y la otras niegan la distinción entre hecho y derecho.

CALAMANDREI advierte que el esquema trazado por él no es el que realiza el Juez al dictar sentencia. En primer lugar, porque la operación lógica que realiza es mucho más compleja que la que ha expuesto porque son muchos los puntos de derecho y de hecho que debe resolver. Y en segundo lugar, porque estas fases que ha distinguido no se suceden de forma separada, sino que «se alternan y compenetran de un modo inconsciente e irregular»²⁹³. Posteriormente afirmaría en diversas ocasiones que la teoría del silogismo judicial no basta para explicar la formación del juicio, ya que en la misma no se tienen en cuenta los juicios intencionales o de valor que realiza el órgano jurisdiccional y que son determinantes de la sentencia que se dicta. En este sentido llega a invertir la técnica del silogismo judicial al afirmar que «ocurre, a veces que el Juez al hacer la sentencia, invierte el orden natural del silogismo: esto es, primero encuentra la parte dispositiva y después las premisas que sirven para justificarlo»²⁹⁴; incluso llega a afirmar que «más que en la virtud cerebral de la dialéctica, los buenos jueces confían en su pura sensibilidad moral»²⁹⁵. Finalmente, la trascendencia de los juicios de valor sobre el esquema lógico trazado anteriormente lo resume afirmando que «la angustia más obsesionante para un juez escrupuloso ha de ser precisamente ésta: sentir, sugerida por la conciencia, cual es la decisión justa y no conseguir encontrar los argumentos para demostrar según la lógica. En este aspecto, es conveniente que el juez tenga también, aun en pequeño grado, algo de la habilidad del abogado; porque al redactar los fundamentos debe ser el defensor de la tesis antes fijada por su conciencia»²⁹⁶.

Los jueces y tribunales se ven influidos por los elementos volitivos internos, que obviamente no han sido tomados en consideración por las leyes ni explica por qué las normas jurídicas tienen significados diversos ni como la voluntad declarada puede ser contrapuesta²⁹⁷. Además, el dogma del ordenamiento jurídico cerrado ha dejado de ser considerado válido desde hace tiempo, admitiéndose que el Juez suple las lagunas del ordenamiento²⁹⁸; en este sentido SATTA objeta a esta teoría que, si existiese una norma jurídica directamente

292. Ver ampliamente TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 149 y ss.

293. CALAMANDREI, *la Génesis...*, cit., p. 416.

294. En *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, cit., p. 104.

295. En op. cit., p. 106.

296. En op. cit., p. 107.

297. Ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, cit., pp. 71.

298. FRANCO ARIAS, op. cit., p. 92.

aplicable al caso concreto, las partes la encontrarían antes que el juez y no litigarían²⁹⁹. Por ello el juez debe crear la norma; es decir, «fijar la experiencia jurídica de lo concreto»³⁰⁰.

Incluso el sector doctrinal que afirma que la jurisdicción actúa el derecho en el caso concreto reconoce que existen supuestos en los que el Juez crea el derecho. Así MONTERO AROCA individualiza tres planos en que se produce la labor creadora de la jurisdicción³⁰¹:

- cuando la ley confía a los órganos judiciales la misión de crear la norma aplicable en el caso concreto.
- cuando la norma general no se configura de forma completa.
- cuando la norma no es susceptible de aplicación directa.

Del mismo modo BARONA VILAR afirma que hay un factor que concurre en la toma de las decisiones judiciales, que es la predisposición subjetiva del juez³⁰².

CARNELUTTI consideraba que esta teoría había visto el silogismo, pero no lo que hay dentro, que es el juicio. La diferencia entre uno y otro es que mientras el primero demuestra, el segundo realiza una invención en el sentido de descubrir o encontrar. Afirma que no es sencilla la demostración racional, pero la experiencia ha enseñado a los juristas a distinguir entre sentencia y motivación³⁰³. En su opinión la transformación entre la orden abstracta de la ley a la concreta de la sentencia se realiza a través de la interpretación que se obtiene a través de un complejo de juicios, de existencia y de valor³⁰⁴.

TARUFFO afirma que el silogismo judicial es una teoría del juicio que se funda en el modo en el que se enuncia la decisión; es decir, parte del presupuesto de que la estructura del razonamiento decisorio coincide con la estructura del razonamiento expresado en la motivación. A continuación, considera que es errónea porque no se puede demostrar que el razonamiento decisorio tenga una estructura silogística y es incompleta si se presenta como teoría de la motivación porque la deducción es solo un componente de la motivación³⁰⁵. Por último,

299. SATTÀ, *Diritto...*, cit., p. 154 (y en la p. 177 de la edición española).

300. SATTÀ, loc. cit.

301. MONTERO AROCA, *Introducción...*, cit., p. 51-53.

302. BARONA VILAR, *La algoritmización...* cit, p. 620. A continuación, añade que «la mirada del juez en la toma de la decisión va a estar presente, individualizada, subjetivizada y determinada en atención a los hechos, sujetos y circunstancias concurrentes» (loc. cit.).

303. CARNELUTTI, «Matemática e diritto». *Rivista di Diritto Processuale*, 1951, p. 202.

304. CARNELUTTI, «Profilo dei rapporti tra diritto e processo», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, p. 542.

305. TARUFFO, op. cit., p. 156.

considera que es falsa si se afirma que todo el juicio se reduce a la actividad silogística, pero es cierta si se limita a la lógica del juicio, aunque esta teoría no explica cual es su ámbito de aplicación y deja sin explicar aspectos muy relevantes de la estructura del juicio ³⁰⁶.

Ante estas objeciones la doctrina responde afirmando la complejidad del juicio jurisdiccional. Al ser una actividad interna resulta imposible saber cuál es el esquema lógico del mismo³⁰⁷. CAPOGRASSI afirma que «esta lógica de la objetividad no elimina la subjetividad del juez. Después de esto, queda el juzgar en su parte más secreta y delicada, en el momento de la decisión en el que el hombre-juez, no es más que su inteligencia o su voluntad o con ambas, dice la última palabra»³⁰⁸. RAMOS MÉNDEZ critica esta objeción porque no profundizan en la actividad mental del juzgador³⁰⁹.

Para un correcto planteamiento de la cuestión es preciso examinar la posible actividad del juez. SERRA DOMÍNGUEZ distingue tres tipos de juicios ³¹⁰: los juicios históricos, los juicios lógicos y los juicios de valor. Los primeros se utilizarían en el conocimiento de la relación fáctica que se enjuicia; los segundos en el conocimiento de la ley y las diversas interpretaciones que se puede realizar de la misma; y por último los elementos internos que hacen que el juez se decante por una de ellas. Los juicios de valor son los predominantes en el momento de la decisión: a través de ellos se va a interpretar la situación concreta y el significado de la ley que debe aplicarse a la misma³¹¹.

En sentido similar SATTÁ afirmaba que «cuando lo declara, como se dice, no hace sino elegir entre mil hipótesis posibles la que considera más correspondiente con la realidad: y esta elección, a mi juicio, es indudablemente una creación, no una mera percepción o recepción, de donde puede decirse verdaderamente que el hecho existe tal como el juez lo declara» ³¹².

Posteriormente esta teoría es reformulada por RAMOS MÉNDEZ³¹³. Toma como punto de partida la afirmación de SERRA DOMÍNGUEZ, de que «el juicio individual del juez, ajustado o no a la ley, justo o injusto, vale como único derecho indis-

306. TARUFFO, op. cit., pp. 158 y 159.

307. GUASP, *Comentarios...*, cit., p. 16.

308. CAPOGRASSI, «Giudizio Processo Scienza Verità», cit., pp.10-11.

309. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., p. 180.

310. SERRA DOMÍNGUEZ, *el Juicio Jurisdiccional*, cit., p. 94.

311. SERRA DOMÍNGUEZ, *el Juicio...*, cit., p. 93.

312. SATTÁ, *Derecho Procesal Civil. Manual...*, cit., p. 177.

313. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pp. 201 y ss.

cutible en las relaciones entre los particulares»³¹⁴. Consecuentemente afirma la creación judicial del derecho. Desde su punto de vista la ley sería un elemento de referencia del juez, pero no el único. Ésta serviría para que el juzgador conociera cual es el juicio de valor dominante en la sociedad. Y éste debe ser respetado por el Juez en cuanto es funcionario del Estado, pero no por la jurisdicción como institución³¹⁵. En este sentido es significativo que el único recurso que se prevé contra los laudos arbitrales sea el recurso de anulación, que es un nuevo proceso que examina unas causas determinadas, pero que no entra a conocer de la cuestión de fondo planteada.

El respeto de la ley por el órgano judicial es un «desideratum» interno difícilmente controlable³¹⁶. Para lograrlo se permite recurrir la resolución jurisdiccional ante un órgano compuesto por mayor número de miembros para que existan más juicios de valor y que el que uno mantenga se contrarreste por el de los otros miembros del Tribunal. De esta forma no se consigue el respeto de la ley, sino que la decisión responda al sentir mayoritario de la sociedad representada por los jueces³¹⁷.

La importancia de los juicios de valor se demuestra en la teoría tópica³¹⁸ y retórica³¹⁹ que intentan explicar la estructura del juicio jurisdiccional. La teoría tópica no excluye la aplicación de la deducción silogística ya que no se presenta como un modelo del juicio, sino como una indicación del procedimiento de elección de la premisa y de los criterios a utilizar por el juez³²⁰. Desde esta perspectiva esta teoría se puede resumir en dos aspectos: las premisas no se eligen en un sistema completo, ordenado o cerrado de proposiciones que tengan un significado unívoco, ni se deducen de presupuestos fijos; por el contrario, se eligen en el ámbito de múltiples *topoi*³²¹ disponibles y fuera de todo vínculo³²². Es decir, el juez utiliza no solo conceptos jurídicos sistemáticamente determi-

314. SERRA DOMÍNGUEZ, *el Juicio...*, cit., p. 113.

315. SERRA DOMÍNGUEZ, *el Juicio...*, cit., p. 89 y 114.

316. RAMOS MÉNDEZ, op. cit., p. 217.

317. En este sentido SATTÁ afirmaba que «el proceso se sitúa en una total autonomía frente a la ley, la orden, la autonomía en la cual y por la cual la orden, como acto arbitrario del imperio, se disuelve...El proceso, una vez se ha instituido, vive de vida propia» («Il Misterio del Processo», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1949, p. 277 y 280).

318. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, traducción DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Madrid, 1986.

319. PERELMAN, *Raisonnement juridique et logique juridique*, en «IX Archives de Philosophie du Droit», 1966, pp. 1 y ss.

320. Ver el análisis y crítica de esta teoría que realiza TARUFFO, op. cit., pp. 172 y ss.

321. La noción de *topoi* es incierta. La noción de puntos de vista solo evidencian caracteres extrínsecos, sustancialmente reducibles a dos: la no rigurosa determinación de su significado y el fundamento de la *communis opinio* (TARUFFO, op. cit., p. 175).

322. TARUFFO, op. cit., p. 173.

nados, sino también nociones de sentido común³²³. TARUFFO considera que el mérito de esta teoría se halla no en ser un modelo de la motivación ni un esquema lógico justificativo, sino que manifiesta una serie de factores relevantes respecto a la finalidad justificativa a la que se dirige y que se escapan de un análisis lógico—deductivo³²⁴. La importancia de esta teoría es que pone de relieve que el ordenamiento jurídico no es cerrado y que, en ocasiones, el juez utiliza juicios de valor dominantes en un momento determinado en la sociedad para formarse el juicio. Pero se le ha criticado que el uso del *topos* en la solución de un problema «equivale en línea de máxima a la adopción de un punto de vista simple y aproximativa de un principio o de una regla de juicio»³²⁵.

La otra teoría que ha intentado explicar el razonamiento judicial es la nueva retórica. TARUFFO la resume en los siguientes puntos ³²⁶:

- El razonamiento jurídico no se puede identificar con el razonamiento lógico-demostrativo típico de las ciencias exactas: es un razonamiento dialéctico-práctico, relativo esencialmente a valores y a elecciones valorativas.
- El razonamiento jurídico es el razonamiento del juez, en cuanto este último constituye el paradigma de todo razonamiento jurídico. Consecuentemente, el razonamiento del juez tiene naturaleza retórico-argumentativa.

La crítica que le formula TARUFFO a esta doctrina es que lo único que pretende es demostrar es que para explicar la argumentación jurídica no se puede acudir a la concepción matemática-deductiva. Pero no excluye que estén presentes en algún momento del razonamiento judicial fases dotadas de estructura lógica ³²⁷. Otra crítica que le formula es que no se puede hablar de razonamiento jurídico como una categoría unívocamente determinada ya que se debe distinguir el del legislador, el judicial, el del abogado y el del jurista, teniendo cada uno de ellos caracteres propios. Por último esta teoría presume una homogeneidad interna del razonamiento que, en realidad, no tiene ³²⁸. Su mérito reside en demostrar que existen áreas de razonamiento del juez constituidas esencialmente por valoraciones de carácter axiológicas o de elecciones discrecionales entre alternativas igualmente válidas y que no es posible revisar de forma lógica. La diferencia con la teoría tópica es que ésta opera en momentos en el que el razonamiento decisorio es lógicamente

323. TARUFFO, op. cit., p. 174.

324. TARUFFO, op. cit., p. 180.

325. TARUFFO, op. cit., p. 189. Ver el balance general que realiza de esta teoría en op. cit., págs. 186 y ss.

326. TARUFFO, op. cit., pp. 193 y ss.

327. TARUFFO, op. cit., pp. 196 y 197.

328. TARUFFO, op. cit., pp. 197 y 198.

abierto, mientras que la retórica ocupa los espacios no lógicos del razonamiento justificativo, pero no lo agota ³²⁹.

7.2.2. La relación hecho-derecho

Uno de los principales problemas de las teorías que intentan explicar el juicio jurisdiccional radica en establecer correctamente la relación entre hecho y derecho. He analizado como la teoría del silogismo judicial considera que existe una premisa mayor que es la ley, una premisa menor que es el hecho y una conclusión que es la sentencia judicial. Desde esta concepción no existe ningún problema en diferenciar el hecho y el derecho. Pero, esta teoría no responde a la realidad ya que no tiene en cuenta los juicios de valor que serán determinantes del resultado final y la constante interrelación que se produce entre ellos para formar el juicio jurisdiccional.

La crisis del silogismo judicial hizo que se planteará la relación hecho-derecho, poniendo de relieve un sector de la doctrina la imposibilidad de realizar esta distinción porque se trata de una actividad interna del juez que solo se pueden explicar conjuntamente³³⁰. Ello obliga a analizar esta distinción desde la perspectiva de la jurisdicción y del juicio jurisdiccional que he adoptado y afirmarla o, en su caso, proponer una alternativa a la misma.

Desde la perspectiva del silogismo judicial el hecho y el derecho existen de forma independiente del proceso, es decir, no necesitan del proceso para realizarse³³¹. Pero esta distinción es absolutamente empírica porque no existe juicio de hecho que no sea juicio de derecho y viceversa³³². Para corroborar esta afirmación debemos analizar la existencia del hecho y del derecho extra-procesalmente.

329. TARUFFO, op. cit., p. 203.

330. MAZARELLA («Fatto e diritto' in cassazione», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, pp. 82 y ss.), NASI («Fatto –giudizio di–», en *Enciclopedia di diritto*, tomo XVI, Milan, 1967, pp. 201 y ss.), PUNZI (*Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milan, 1963) y SATTÀ (*Diritto Processuale Civile*, cit., pp. 158 y ss.). En España se han pronunciado en este sentido FAIREN GUILLEN («De los hechos al derecho. Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995», en *Revista de Derecho Procesal*, 1997-2, p. 355; anteriormente ya se había pronunciado sobre este tema en «La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española», en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo II, Madrid, 1969, p. 1044 y ss.), GUASP (*Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943), PRIETO-CASTRO (Los hechos en casación», en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, vol. I, Madrid, 1950, p. 244 y ss.) y SENTIS MELENDO («Ex factor oritur ius —del hecho nace el derecho—», en *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1978, p. 391 y ss.) entre otros. Mas recientemente ver por todos GUASCH (*El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona, 1997) y NIEVA FENOLL (*El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000).

331. En este sentido SATTÀ y PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, tomo I, Padua, 1992, p. 200.

332. SATTÀ y PUNZI, op.cit., p. 201.

El hombre tiende a convivir en sociedad, y como los bienes son limitados se produce el conflicto³³³. Una vez que se plantea existen diversos mecanismos para resolverlo. El único en el que confluyen los caracteres de jurisdiccionalidad es el heterocompositivo. A través de él, se confía a un tercero la solución del conflicto, siendo de obligado cumplimiento por las partes. Esta vinculación a la resolución del tercero se realiza voluntariamente por las partes antes de acudir a él o de forma obligatoria por la ley³³⁴.

La cuestión que se plantea es el valor que tienen los mecanismos de solución extrajudicial del conflicto. Según el concepto que he mantenido de derecho no se puede encuadrar en este término al no poder ser impuesto coactivamente a las partes³³⁵. Para ello será necesario que exista una resolución judicial que convalide o acepte la solución que las partes han dado al caso concreto. Ésta será obligatoria para las partes no por la conformidad de las partes sino porque un órgano jurisdiccional la ha convalidado. Desde esta perspectiva los acuerdos extraprocerales no dejan de ser un mecanismo de resolución del conflicto no jurídico, que sólo se convierte en derecho si se convalida judicialmente³³⁶. Por lo tanto, el cumplimiento voluntario de una pauta de conducta general no reside en su obligatoriedad en el caso concreto, ya que ésta es privativa del juicio jurisdiccional, sino la previsión de que éste puede obligar a realizar la conducta extraprocera, por lo que se opta por realizarla extraproceralemente.

La norma jurídica se convierte por lo tanto en una orientación que se hace al justiciable de cuales son los juicios de valor dominantes en un momento determinado para la sociedad. Pero su mera existencia no constituye ninguna garantía para las partes que acuden al proceso de que van a tener éxito en la demanda planteada, sino que solo sirve para determinar sus posibilidades. La única norma de conducta válida para las partes será la que determine el juez en la sentencia³³⁷. Por ello podemos concluir que las normas jurídicas son una mera previsión del resultado o propuesta de norma de conducta que por su carácter

333. Si bien este es el origen del derecho, en la actualidad las relaciones jurídicas tienen una mayor complejidad, lo que motiva que el derecho no se plantee solo cuando existe un conflicto, sino que también existe cuando existe una incertidumbre o una posibilidad de que se haya planteado un conflicto, como puede ser el caso del proceso penal en que no se determinará si existe conflicto hasta que se dicte la sentencia.

334. En un primer momento la vinculación se realizaba porque las partes se sometían voluntariamente a la decisión del tercero que había sido designado por ellos, posteriormente el pretor asume la auctoritas y el imperium para que las partes se sometan a su decisión (ver extensamente SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio jurisdiccional*, cit., p. 167). Sobre el concepto de auctoritas ver extensamente CARRERAS LLANSANA, «Las fronteras del juez», en *Estudios de Derecho Procesal* —con FENECH NAVARRO—, Barcelona, 1962, p. 103 y ss.

335. Ver SATTÀ, *Jurisdicción, nociones generales*, en «Soliloquios y coloquios de un jurista», Buenos Aires, 1971, p. 288.

336. en contra NIEVA FENOLL que no dota al derecho de la nota de imperatividad, por lo que entiende que en este caso se actúa extraproceralemente el derecho (op. cit., p. 117).

337. En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ, *juicio jurisdiccional*, cit., p. 195.

general debe ser particularizada en el caso concreto por el juez, creando de esta forma el derecho.

Por otro lado, nos encontramos con el hecho extraprocesal. Desde un punto de vista filosófico se ha afirmado su inexistencia ya que no existen hechos sino percepciones sobre los hechos³³⁸. Desde el punto de vista procesal solo interesan los que se introducen en el proceso y son tenidos en cuenta por el órgano jurisdiccional en el momento de dictar la sentencia. El resto de las circunstancias fácticas no existen desde esta perspectiva y la resolución judicial será igualmente eficaz.

La distinción hecho-derecho solo se fundamenta desde una perspectiva dualista del derecho, pero incluso desde este punto de vista habría que concluir que tampoco es válida porque «el lenguaje permite separar conceptualmente el hecho y el derecho, pero no así la realidad que no permite la subsistencia aislada del derecho»³³⁹.

Debemos concluir que extraprocesalmente no existe el derecho entendido como la existencia de una norma de conducta que se puede imponer de forma coactiva. Tampoco existen hechos jurídicos ya que éstos solo adquieren esta condición en la medida en que se incorporen al juicio jurisdiccional. Por ello toda actuación voluntaria de una ley o pauta de conducta genérica no es derecho, sino un hecho natural que se puede incorporar a un futuro juicio jurisdiccional.

Uno de los avances de la visión judicialista del derecho o de las teorías monistas es analizar la jurisdicción desde la perspectiva estática y dinámica³⁴⁰. De esta forma se explican alguno de los problemas que dejaban sin resolver las teorías dualistas³⁴¹. Además, constata como el proceso solo se puede analizar desde la perspectiva dinámica ya que está en continua evolución.

Desde una perspectiva estática sería posible realizar la distinción entre hecho y derecho³⁴². En este sentido GUASP afirmaba que tenía dos consecuencias trascendentales para la práctica procesal: la primera sería que el principio dispositivo solo se aplica sobre el material de hecho; y el segundo permitir la división del proceso en instancias³⁴³. Sin embargo, como ya tuvimos ocasión de anali-

338. Ver extensamente NIEVA FENOLL, op. cit., p. 101 y ss.

339. NIEVA FENOLL, op. cit., p. 136.

340. Ver ampliamente SATTÀ y PUNZI, op. cit., p. 12 y ss.

341. Ver infra.

342. Ver infra el desarrollo de la distinción hecho-derecho en la etapa de alegaciones, prueba y conclusiones.

343. GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, cit., p. 13.

zar³⁴⁴, el principio dispositivo no incide solo sobre el material de hecho, sino sobre el juicio jurisdiccional. La segunda incidencia tampoco es válida porque la división del juicio en instancias no deriva de la distinción entre el hecho y el derecho, sino de la necesidad de que los juicios de valor utilizados por el órgano jurisdiccional sean confrontados por un tribunal compuesto por más personas y con tienen más experiencia, con lo que el juicio concreto de uno de ellos se matiza por el del resto de miembros del órgano colegiado ³⁴⁵.

Sin embargo, el legislador no es consciente de que los criterios que establece son inaplicables desde un punto de vista práctico y que solo son válidos si adoptamos una visión estática del proceso, e incluso desde esta perspectiva es criticable porque no se toma en consideración el hecho sino la percepción que tienen el juez y las partes del mismo ³⁴⁶.

Como hemos analizado el proceso es actividad, lo que significa que desde que se inicia solo podemos contemplar los actos de las partes y del juez desde una perspectiva dinámica. Y desde esta posición es imposible distinguir nítidamente entre hecho y derecho ³⁴⁷. Pero el legislador efectúa esta distinción en distintos momentos³⁴⁸: en el escrito de demanda (art. 399 LEC y 163 CPC); en la audiencia previa al juicio distinguiendo entre los cuestiones de hecho y jurídicas (art. 428 LEC) para determinar el objeto de la prueba; en la sentencia al distinguir entre los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho (art. 208 LEC y en el recurso de casación al admitirlo solo por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477 LEC y art. 360 CPC).

Estos preceptos no analizan la relación desde una perspectiva estática, sino que la misma evoluciona mientras se desarrolla el proceso. Como prueba de esta afirmación basta con constatar que en la práctica las cuestiones de hecho y de derecho se entremezclan a lo largo del escrito de demanda, lo que ha dado lugar a la distinción doctrinal entre la teoría de la sustanciación y de la individualización. Y debemos tener en cuenta que ambas teorías se muestran

344. Ver ampliamente las reflexiones que realizo en *El allanamiento en el proceso civil*, Barcelona, 2000, p. 38 y ss.

345. En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ (*Juicio Jurisdiccional*, cit., p. 182) y MARTIN DEL BURGO y MARCHAN (*Una visión antidogmática de la sentencia*, en «Revista General de Derecho», julio-agosto 1997, núm. 634-635, p. 8594)..

346. Ver ampliamente NIEVA FENOLL, op. cit., p. 136 y ss.

347. Como afirma NIEVA FENOLL «hecho y derecho son indivisibles en cualquier fase del proceso» (op. cit., p. 124).

348. A continuación, citaremos tanto la nueva LEC como el Codice di Procedura Civile para constatar que esta distinción no es privativa de nuestro ordenamiento jurídico, sino que también lo efectúan los Estados de nuestro entorno jurídico.

de acuerdo en que los únicos hechos procesalmente relevantes son los que integran la causa petendi de la solicitud ³⁴⁹.

Por lo tanto, la distinción entre hecho y derecho en el proceso no hace referencia, sino a la actividad interna del juzgador para formarse el juicio jurisdiccional. Éste no se forma en el momento final del proceso, sino desde el planteamiento de la demanda³⁵⁰. Desde este momento el juez o tribunal empieza a formular el derecho entendido como la resolución definitiva de la cuestión que se le plantea, lo que explica que desde un momento inicial se pueda formar un juicio provisional para adoptar una medida cautelar (art. 728.2 LEC). Por ello es imposible la distinción entre el hecho y el derecho. Pero precisamente por la parcialidad de los escritos de demanda y de contestación el juez debe depurar las afirmaciones sobre los hechos a través de la prueba y del procedimiento, para de esta forma vincularlos con la causa de pedir.

Además, el órgano jurisdiccional no se forma el juicio en el último momento del proceso, sino que desde la lectura de la demanda empieza a reflexionar sobre la solución más justa al caso concreto. La doctrina es consciente de ello, y por esta circunstancia se ha pronunciado reiteradamente sobre la imposibilidad de distinguir entre las cuestiones de hecho y de derecho. SATTÀ afirmaba que «la aplicación del derecho al hecho se efectúa a través de la búsqueda y la fijación de la regla de la experiencia, que constituye el verdadero juicio, y como tal no es aislable el derecho del hecho... La creación en concreto de la norma se realiza sobre la base de una regla de experiencia, que es determinante conjuntamente del juicio de derecho y de hecho»³⁵¹. SENTIS MELENDO afirma que «el hecho y el derecho viven unidos y fusionados»³⁵². Más recientemente NIEVA FENOLL afirma que «es imposible establecer una distinción entre el hecho y el derecho en el proceso»³⁵³ y GUASCH FERNANDEZ muestra las dudas que le plantea esta distinción, además de que «en el proceso, el hecho no es un elemento independiente, sino una construcción que deriva de la actividad probatoria, y concretamente de la apreciación realizada por el órgano jurisdiccional»³⁵⁴.

Esta última reflexión nos obliga a plantear la dicotomía. La doctrina del silogismo judicial y, en general, las concepciones dualistas de la jurisdicción parten de

349. GUASCH FERNANDEZ, op. cit., p. 184.

350. Sobre la influencia del escrito de demanda en la formación del juicio ver MUÑOZ SABATE, «Indicios probatorios en los escritos de alegaciones», en *Estudios de práctica procesal*, Barcelona, 1987, p. 195 y ss.

351. SATTÀ, *Diritto Processuale Civile*, 8ª edición, cit., p. 158.

352. SENTIS MELENDO, «Ex factor oritur ius (del hecho nace el derecho)», en *La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1978, p. 394.

353. Op. cit., p. 127.

354. En op. cit., p. 185.

la distinción del hecho y el derecho como conceptos independientes³⁵⁵. Ya hemos analizado como extraprocesalmente no tiene sentido porque el hecho que tiene importancia es aquel que se convierte en derecho, ya que en caso contrario es irrelevante. Por ello en el proceso no es importante el hecho metafísicamente considerado, sino las afirmaciones que realizan las partes sobre las percepciones fácticas que han tenido, lo que se va a traducir en una nueva percepción del órgano jurisdiccional sobre la acreditación de las afirmaciones realizadas por las partes. Y ambas están directamente influidas por el interés de la persona: que en el caso de las partes será el interés particular y en el del Juez la resolución del conflicto. Por ello desde un primer momento la percepción de los hechos está directamente influida por sus consecuencias jurídicas.

A modo de conclusión podemos afirmar que, si el derecho se crea a través de la sentencia, no se puede plantear la distinción entre hecho y derecho porque el segundo precisa del primero para dictarse. Es decir, es inconcebible una resolución judicial que no haga referencia al hecho concreto que se le ha planteado. Y en el caso que se dictara sería ineficaz en la práctica.

Como indicábamos anteriormente la distinción hecho-derecho solo tiene sentido cuando se contempla el proceso de una forma estática, pero no de una forma dinámica. Además, solo es admisible desde una perspectiva dualista de las relaciones derecho-proceso. Por ello entendemos que esta distinción carece de sentido y que es perjudicial para el correcto desarrollo del proceso.

Para corroborar las conclusiones que hemos realizado de forma general contemplaremos el proceso en sus diversas etapas para constatar la inexistencia práctica de esta distinción. En todo caso queremos resaltar que a través del análisis de esta distinción se podría recorrer todas las instituciones procesales, ya que en todas ellas subyace esta distinción entre hecho y derecho³⁵⁶. A continuación, analizaremos la distinción en las distintas etapas del proceso, ya que el hecho evoluciona durante el desarrollo del proceso³⁵⁷.

Como hemos indicado el art. 399 LEC regula el contenido de la demanda distinguiendo entre la narración de los hechos y los fundamentos de derecho. El legislador regula detalladamente los escritos de demanda (art. 399 LEC) y de contestación a la demanda (art. 405 LEC). La importancia práctica de los escritos de alegaciones es identificar el juicio que se va a seguir, lo que se realiza a

355. Es muy interesante el análisis que realiza NIEVA FENOLL sobre esta distinción desde la perspectiva dualista (op. cit., p. 136).

356. En este sentido GUASCH FERNANDEZ, op. cit., p. 178.

357. En este sentido GUASCH FERNANDEZ, op. cit., p. 185.

través de la determinación de las personas, la petición y la causa de pedir³⁵⁸. Para realizarlo el legislador exige que se concreten los hechos objeto del proceso, la pretensión y los fundamentos de derecho que conducen a ella. Como se puede observar la estructura de la demanda es idéntica a la del silogismo judicial.

La práctica es consciente de la limitación del esquema legislativo, por lo que surgen dos teorías en torno a la fundamentación de la demanda: la teoría de la sustanciación y la teoría de la individualización. La primera de ellas exige que en la demanda se detallen los hechos, mientras que en la segunda basta con una simple individualización de la relación jurídica controvertida³⁵⁹. Aparentemente en el proceso civil español rige la teoría de la sustanciación ya que en el proceso se realiza un silogismo y es necesario aportar sus dos elementos³⁶⁰. Mas allá de las discusiones teóricas se observa como desde un punto de vista práctico la demanda se basa fundamentalmente en los hechos y en los fundamentos de derecho ya que si no se interrelacionan la situación fáctica será irrelevante³⁶¹. Además, se tiende a convencer al órgano jurisdiccional de la justicia de la petición. Es decir, se manifiesta la importancia de los hechos sobre los fundamentos jurídicos.

Pero incluso hacer referencia en este momento procesal a los hechos es técnicamente incorrecto. En la demanda no se exponen hechos, sino afirmaciones sobre los mismos. Además, éstas son interesadas al realizarla las partes para demostrar la justicia de su pretensión. Los únicos hechos que existen en este momento procesal son las afirmaciones de las partes y la única realidad es la contradicción, a través de la cual se llega al hecho del juicio³⁶². Por lo tanto, desde el punto de vista procesal lo que interesa no es tanto el hecho como pasado, sino el hecho como presente; es decir, como juicio jurisdiccional³⁶³.

Consecuentemente realizar la distinción entre hecho y derecho en el momento de la demanda es errónea ya que por un lado no existen hechos sino afirmaciones de las partes sobre la percepción de los hechos. Por otro lado, los fundamentos jurídicos que se citan en los escritos de alegaciones tan solo son rele-

358. RAMOS MENDEZ, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, cit., p. 305.

359. Ver ampliamente FAIREN GUILLEN, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, voz «demanda», tomo VI, Barcelona, 1954, p. 749 y ss.

360. en este sentido FAIREN, op. ult. Cit., p. 752. Realiza esta afirmación al comentar el art. 523 LEC de 1881, pero es plenamente trasladable a la nueva LEC al no haber variado el contenido de la demanda.

361. En todo caso la importancia de estos elementos varía en función de la pretensión que se ejercite. Ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios...*, cit., p. 733 y ss.

362. En este sentido MAZZARELLA, op. cit., p. 84.

363. MAZZARELLA, op. cit., p. 86.

vantes en la medida en que demuestran la justicia de la pretensión y su adecuación a los juicios de valor dominantes en un momento determinado en la sociedad y que se manifiesta a través de la ley. A través de ambos elementos se establece el objeto del proceso.

La mejor demostración de que en la demanda no se incorporan hechos, sino afirmaciones de las partes sobre las percepciones que han tenido sobre un determinado acontecimiento histórico que tiene trascendencia para el proceso, se demuestra en este trámite procesal. La finalidad del periodo probatorio es permitir que el juez tenga una percepción de los hechos que han afirmado las partes³⁶⁴, en concreto lograr la convicción judicial sobre como se han producido los hechos que han afirmado las partes. Pero incluso desde esta perspectiva no son tanto los hechos en sí mismos considerados, sino la percepción que tenga el juez de los mismos³⁶⁵. Por lo tanto, tampoco se puede afirmar la existencia de un hecho como una realidad independiente, sino como una actividad mental del juez para la formación del juicio jurisdiccional. Como afirma MAZZARELLA la única historia relevante para el proceso es la que se produce en el mismo; y la consideración del pasado no es más que una manifestación de la progresiva racionalización del juicio³⁶⁶.

Como hemos indicado el legislador realiza la distinción entre hecho y derecho en la estructura de la sentencia (art. 209 LEC y 248.3 y 4 LOPJ). También la realiza en los arts. 52 y 70 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado donde atribuye el pronunciamiento sobre los hechos al jurado y la argumentación jurídica al presidente del tribunal.

Es criticable la distinción que realiza el legislador porque la sentencia no es más que la manifestación del juicio jurisdiccional. La forma de la sentencia, y en especial la prevista en la LOTJ, ha sido criticada porque «se basa en una concepción silogística del razonamiento jurídico»³⁶⁷. Explicar este tránsito es imposible, por lo que debe abandonarse esta teoría³⁶⁸. Según FAIREN, siguiendo en este punto a GIULIANI, «la solución se halla en una re-formulación de la noción de hecho y de la relación entre hecho y derecho; la ofrece la lógica de las relaciones: los hechos en el derecho son hechos relacionales (in ordine ad ius)... la

364. En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ afirma que «la prueba versa, más que sobre los hechos, sobre las afirmaciones efectuadas por las partes en torno a los hechos» (en *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 36).

365. En este sentido NIEVA FENOLL, op. cit., p. 123.

366. MAZZARELLA, op. cit., p. 86, nota 16.

367. FAIREN, «De los 'hechos' al 'derecho'. Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995», en *Revista de Derecho Procesal*, 1997-2, p. 359.

368. FAIREN, op. cit., p. 360.

ley determina los hechos jurídicamente relevantes: o sea, a cuales de entre ellos deben seguir efectos jurídicos»³⁶⁹.

La sentencia es la finalidad del proceso. Como afirma MAZARELLA, el hecho se realiza al final de todo el proceso ya que antes la única realidad es que existe contradicción entre las partes. Desde esta perspectiva «representa el análisis del resultado de un juicio, es decir, una opción que el juez realiza no entre todos los posibles, sino solo entre dos posibilidades. Esta elección esta condicionada por la estructura bilateral y contradictoria del proceso jurisdiccional en que se realiza»³⁷⁰.

En sentido contrario se pronuncia TARUFFO, que critica la teoría expuesta argumentando que es inútil porque el control de la motivación no podría distinguirse de un reexamen del fondo del asunto. Por lo que se reduce al absurdo al no diferenciar el control sobre el juicio del de la motivación.³⁷¹ Sin embargo, tampoco mantiene el esquema silogístico porque la calificación jurídica de los hechos se realiza en la premisa menor del razonamiento³⁷². A continuación, considera que el silogismo judicial es falso porque «se reduce a la fase en que se instaura el ligamen entre la norma ya elegida para la solución del conflicto y los hechos declarados»³⁷³. Además, no responde a un esquema lógico porque estos aspectos están unidos por una determinada concepción del ordenamiento, del Estado, de la justicia y de la función del proceso³⁷⁴.

La sentencia constituye la manifestación externa del juicio. El legislador regula su contenido y obliga a que se motive. Pero la estructura de la sentencia es artificial porque no refleja la realidad de la actividad interna del juez para formarse el juicio. En concreto no tiene en cuenta que el juicio no se forma en el último momento, sino desde que se presenta la demanda. Incluso podríamos afirmar que el juicio se forma con carácter previo en la medida en que va a influir los juicios subjetivos que el juez se ha formado a lo largo de toda su vida. La dificultad de plasmar esta realidad en la sentencia motiva que el legislador opte por el esquema del silogismo judicial. Como hemos indicado actualmente se reconoce la limitación del mismo, pero desde el punto de vista de la ley se entiende que es el mejor mecanismo para plasmar el juicio jurisdiccional. Esta limitación de la sentencia motiva que en la práctica se hagan al revés, es decir,

369. GIULIANI, «Leibnitz e la teoria dei fatti relazionali», en *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1993, núm. 2, p. 265. Citado por FAIREN, en op. cit., p. 362.

370. MAZZARELLA, op. cit., p. 85.

371. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 507.

372. TARUFFO, op. cit., p. 154 y 155.

373. TARUFFO, op. cit., p. 158.

374. TARUFFO, op. cit., p. 165.

que primero se llega a la conclusión y después se motiva la decisión ³⁷⁵. Esta posibilidad la reconoce el legislador al permitir que el juez dicte la conclusión de forma oral y posteriormente realice la motivación (art. 210.2 LEC)³⁷⁶.

Donde la distinción hecho-derecho cobra una trascendencia procesal es en el recurso de casación. Los arts. 477 LEC, 849 LECRIM, 88 LCA y 205 e) LPL limitan el recurso de casación a los supuestos en que la sentencia haya infringido la ley aplicable. El legislador parte de la existencia del silogismo judicial para establecer esta distinción. Sin embargo, en la práctica el tribunal de casación analiza cuestiones de hecho. Este esquema sería válido en un primer momento de existencia del recurso de casación ya que simplemente realizaba una función nomofiláctica³⁷⁷, pero en su evolución ha demostrado su insuficiencia al pronunciarse el TS de forma contradictoria sobre la naturaleza de las máximas de la experiencia³⁷⁸ con la única finalidad de permitir su análisis en el recurso de casación³⁷⁹. La única razón por la que se mantiene esta distinción es permitir el control del volumen de recursos que debe resolver el TS³⁸⁰.

He analizado como la estructura del silogismo judicial no es válida para explicar el juicio jurisdiccional, por lo que ocasiona numerosos problemas prácticos su utilización en el ámbito del recurso de casación. La doctrina es consciente de la imposibilidad de distinguir claramente entre las cuestiones de hecho y de derecho, por lo que distinguen entre el hecho en su esencia y en su diagnóstico³⁸¹. Pero este intento tampoco es válido, ya que no se puede realizar esta distinción. Puedo afirmar, siguiendo a GUASCH, que «mientras los hechos se formulan jurídicamente bajo una calificación jurídica específica, el derecho no existe en abstracto, sino a través de los hechos que son precisamente jurídicos»³⁸². Es decir, que mientras el hecho como realidad extraprocesal se puede contemplar aisladamente, el derecho solo cobra sentido cuando se pone

375. En este sentido CALAMANDREI afirmaba que «aun cuando continuamente se repita que la sentencia se puede esquemáticamente reducir a un silogismo en el cual, de premisas dadas, el juez saca, por la sola virtud de la lógica, la conclusión, ocurre a veces que el juez, al hacer la sentencia, invierte el orden natural del silogismo: esto es, primero encuentra la parte dispositiva y después las premisas que sirven para justificarlo» (*Elogio de los jueces escrito por un abogado*, cit., p. 104).

376. En el mismo sentido CALAMANDREI, loc. cit.

377. En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ, Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 1985, p. 842.

378. Ver ampliamente MAZZARELLA (op. cit., p. 118 y ss.) y NIEVA FENOLL (op. cit., p. 171 y ss.).

379. Ver ampliamente GUASCH FERNANDEZ (op. cit., p. 193 y ss.) y NIEVA FENOLL (op. cit., p. 149 y ss.).

380. NIEVA FENOLL, op. cit., p. 141.

381. En este sentido PRIETO-CASTRO (*Los hechos en casación*, cit., p. 253) y FAIREN GUILLEN («La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española», en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo II, Madrid, 1969, p. 1046).

382. GUASCH FERNANDEZ, op. cit., pag. 202.

en relación con los hechos, de forma que si se alteran éstos se cambiaría la solución que se da a la cuestión sometida al juicio jurisdiccional. Y por ello precisamente se puede afirmar que «la determinación de los hechos viene en parte influida por la consecuencia jurídica de la norma»³⁸³.

Debido a la imposibilidad de distinguir entre las cuestiones fácticas y jurídicas sería deseable que el legislador y la jurisprudencia utilizasen otro criterio³⁸⁴ para limitar el volumen de los asuntos en casación o para intentar que no se convierta en una tercera instancia³⁸⁵.

7.2.3. Especial referencia a los juicios de equidad

Una de las quiebras del silogismo judicial se produce cuando el legislador permite que el órgano jurisdiccional juzgue según equidad. En el ordenamiento jurídico español el art. 3.2 Cc. Prevé que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». En Italia los artículos 113 y 114 CPC permiten que el juez decida según equidad cuando la ley lo prevea o cuando las partes lo soliciten y la materia sea disponible.

Pero el concepto de equidad es más amplio que el que se manifiesta expresamente. En concreto se debe distinguir entre la equidad general y la equidad particular³⁸⁶: la primera se concibe como «el conjunto de criterios que, referidos a supuestos ya disciplinados por el Derecho positivo, se encaminan a influenciar, modificar e, incluso sustituir las previsiones de éste; en definitiva, a transformarse ellos mismos en Derecho» que se caracteriza por la generalidad y objetividad³⁸⁷; la segunda presupone el derecho positivo y actúa en el ámbito que éste le permite y se caracteriza por darse en relación con la resolución de un caso concreto y atiende a la solución apropiada³⁸⁸.

383. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, p. 843. SATTÀ y PUNZI afirman que juzgar un hecho es (en cierto modo) dar la calificación jurídica, pensarlo jurídicamente» (*Diritto Processuale Civile*, vol II, Padua, 1992, p. 533 y 534).

384. Se pueden consultar los criterios que aporta NIEVA FENOLL para limitar el volumen de asuntos (op. cit., p. 247).

385. En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 843.

386. En este apartado seguimos la obra de GARRIGA ARIÑO, *Los supuestos juicios de equidad de la Ley de Propiedad Horizontal*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 192 y ss.

387. GARRIGA ARIÑO, op. cit., p. 224.

388. GARRIGA ARIÑO, op. cit., p. 228.

Una segunda distinción hace referencia al modo de operar de los juicios de equidad. En función de la libertad que concede el legislador al juez se puede distinguir entre una equidad sustitutiva, integradora e interpretativa. En la equidad sustitutiva se elimina la aplicación de la norma positiva al caso concreto enjuiciado cuando éste genere soluciones injustas. La equidad integradora concurre cuando el legislador no regula la consecuencia jurídica de una norma, permitiéndole al juez elegir la que más se acomode a la justicia del caso concreto. Por último la equidad interpretativa es el método que se utiliza para conseguir una más justa aplicación de la consecuencia jurídica de la norma y es un criterio de interpretación que tiende a averiguar el significado de la norma³⁸⁹.

Al margen de la equidad general, que no se admite actualmente en los ordenamientos jurídicos continentales dominados por un sistema positivista, existen ejemplos de equidad particular. Pero no de todas sus clases, sino tan solo de la equidad integradora e interpretativa. En el derecho español los ejemplos son escasos, pudiendo citarse tan solo los artículos 13.2 y 16.2.5 de la Ley de Propiedad Horizontal y el 3.2 Cc³⁹⁰. Como se observa el ordenamiento jurídico es reacio a permitir que el órgano jurisdiccional se aparte del derecho positivo en el momento de dictar la resolución. Sin embargo, en la práctica los juicios de valor dominan sobre los juicios históricos y lógicos en el momento de dictar sentencia. Esta circunstancia se manifiesta con mayor fuerza en los juicios de equidad.

La estructura del juicio jurisdiccional en equidad es el mismo que el que hemos desarrollado anteriormente, pero se concede una mayor importancia a los juicios de valor:

Al igual que el juicio de derecho en el juicio de equidad el juez utiliza los juicios históricos para formarse la convicción de cómo se han producido los hechos.

También concurre el juicio lógico en la medida en que para que el juez juzgue en equidad es necesario que el legislador le autorice (art. 3.2 Cc)³⁹¹. El juicio lógico implicará tanto la determinación de la norma aplicable como el alcance de la autorización para juzgar en equidad.

Por último, el juez utilizará los juicios de valor para formar el juicio jurisdiccional. Si bien en el juicio de equidad tiene especial importancia porque la ley le autoriza expresamente a utilizarlo para dictar la resolución más justa en el caso concreto.

389. Ver extensamente GARRIGA ARIÑO, op. cit., pp. 234 y ss.

390. Ver extensamente GARRIGA ARIÑO, op. cit., p. 272 y ss.

391. SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio jurisdiccional», cit., p. 110.

Por ello podemos concluir que la única diferencia entre el juicio de derecho y el juicio de equidad es que en «el primero, los juicios de valor pueden tener una gran relevancia o influir tan sólo mínimamente. En el juicio de equidad, los juicios de valor influyen siempre en forma decisiva, limitándose los juicios de derecho a una norma que permite el juicio de equidad en el caso concreto»³⁹². Pero esta circunstancia se produce porque una ley le permite al juez utilizarlo para lograr la resolución más justa del caso concreto. Y esta facultad la realiza por la imposibilidad de que la ley determine de forma abstracta y genérica el caso concreto, por lo que se autoriza al juez para que diseñe la solución del caso concreto. Sin embargo, esta facultad no es discrecional porque el referente son los juicios de valor dominantes en un momento determinado en la sociedad y que el juez debe interpretar. Por ello no se puede identificar el juicio de equidad con la discrecionalidad judicial.

En muchas ocasiones se ha confundido la equidad con la discrecionalidad. Así por ejemplo BIONDI al diferenciar el juicio de derecho del juicio de equidad afirma que «por encima de toda la actividad de los individuos y del Estado, tendremos una única forma de poder discrecional que consiste en el poder regular conductas obligatorias con un proceso lógico incontrolable en el fondo»³⁹³. En la misma línea el TS ha afirmado en muchas ocasiones que el art. 3.2 Cc puede utilizarse para atemperar las consecuencias jurídicas de una norma (STS de 5 de diciembre de 1996 —RJ 1996\8943-), con lo cual parece que admite la equidad interpretativa. Sin embargo, esta doctrina es fruto de una confusión terminológica. Cuando el TS afirma esta doctrina existe una norma material que admite la discrecionalidad jurisdiccional, pero en ningún caso lo ha permitido cuando no existiera una norma que expresamente lo admita o laguna legal (ver por todas STS de 10 de diciembre de 1997 —RJ 1997\8968-).

En todo caso en el supuesto comentado no se trataría tanto de una decisión dictada en equidad sino discrecional. Es decir, el juez no tomaría como referencia los juicios de valor que considera dominantes en un momento determinado en la sociedad, sino el criterio de justicia en el caso concreto³⁹⁴; entre otras circunstancias que el juez podrá valorar se halla la actuación de las partes en el proceso³⁹⁵. Además, el tribunal no podrá realizar esta actuación para dirimir a controversia que se ha planteado, sino para determinar el «quantum debeatur». Lo que va a realizar a través de la comparación de las actitudes de las

392. SERRA DOMÍNGUEZ, loc. cit. En el mismo sentido ver GARRIGA ARIÑO (op. cit., p. 215).

393. BIONDI, «In tema di potere discrezionale del giudice (appunti e spunti polemici)» en *Rivista di Diritto Processuale* 1928, p. 254 y 255.

394. En todo caso la confusión terminológica se debe a la diferencia entre la equidad general y concreta que hemos expuesto anteriormente. Ver ampliamente GARRIGA ARIÑO, pp. 272 y ss.

395. MARENGO, op. cit., p. 186.

partes y la exigencia del caso concreto³⁹⁶. En este sentido es clarificadora la Sentencia del TS de 12 de mayo de 1997 (RJ 1997\4121) que manifiesta como al dictar la resolución no toma en cuenta criterios preexistentes, sino las actitudes de las partes para declarar resuelto el contrato y condenar a la parte demandada al pago de la cantidad garantizada fundamentándolo en las actitudes de las partes y en la justicia del caso concreto³⁹⁷.

7.2.4. La discrecionalidad judicial

Hay que distinguir entre el juicio de equidad y la discrecionalidad judicial. La doctrina ha discutido cuál es el contenido de la discrecionalidad. RASSELLI afirma que «el poder discrecional se caracteriza por implicar necesariamente una valoración de oportunidad, en relación con el objetivo de la función»³⁹⁸. BIONDI critica este concepto al considerarlo demasiado abstracto, afirmando que «está claro que la discrecionalidad de los sujetos implica siempre una valoración analítica y la consecuente agrupación sintética de las circunstancias de oportunidad con el objetivo que se quiere conseguir... es común a todas las acciones humanas»³⁹⁹. Sin embargo, en el desarrollo posterior que realiza confunde la discrecionalidad judicial con el juicio de equidad⁴⁰⁰.

La discrecionalidad judicial se puede concebir como la libertad que se concede al juez para dictar la resolución más justa del caso concreto de acuerdo con sus juicios de valor y teniendo en cuenta la actitud de las partes⁴⁰¹. La diferencia con los juicios de equidad se halla en que mientras en éstos existe un elemento de referencia, que son los valores dominantes en un momento determinado en la sociedad; la discrecionalidad judicial permite que el Juez dicte la resolución que estime más adecuada sin darle un elemento de referencia. Por ello un sector doctrinal utiliza como criterio identificativo la ausencia de control porque

396. MARENGO, op. cit., p. 187.

397. En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las Sentencias del TS de 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8943), de 8 de febrero de 1996 (RJ 1996\1346) y de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8735), de 8 de octubre de 1992 (RJ 1992\7539), de 7 de julio de 1991 (RJ 1991\4430) y de 16 de octubre de 1990 (RJ 1990\7870).

398. *Il potere discrezionale del giudice civile, vol. I (Esposizione critica della dottrina. Nozione generale)*, Padua, 1927, p. VI-248.

399. BIONDI, op. cit., p. 230.

400. BIONDI, op. cit., p. 238

401. en todo caso el concepto de discrecionalidad es ambiguo. El ámbito en el que más se ha desarrollado es en el derecho administrativo, donde se ha clasificado en función de diversos criterios. Una de ellas es la que atiende a la finalidad; desde esta perspectiva se distingue la discrecionalidad táctica, la discrecionalidad de dispensa, la discrecionalidad de planificación y la discrecionalidad de gestión o management (MARTIN BULLINGER, «La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial», en *la Ley*, 1987-4, pp. 896 y ss).

el «ámbito de actuación discrecional admite varias soluciones y todas ellas son jurídicamente lícitas y válidas»⁴⁰². Sin embargo, siendo cierta esta afirmación debemos matizarla.

La discrecionalidad no se puede confundir con la arbitrariedad⁴⁰³. Para evitarlo la actividad jurisdiccional se somete a unos límites. MARENGO afirma que «el actuar discrecional debe estar informado por criterios objetivos...»; y continua indicando que la objetividad «debe extraerse del contenido que se ha formado en torno a ellos en el ámbito de la comunidad»⁴⁰⁴. Al someterse a límites, la discrecionalidad se puede controlar. En concreto las causas de invalidez pueden ser⁴⁰⁵:

- La falta de respeto de la causa, es decir, del valor puesto por el agente como método de elección.
- La falta de consideraciones de valores comprendidos en el ordenamiento, y que forma parte del contexto en que opera la elección.
- La falta de respeto de la obligación de motivación.

Estas se pueden reducir al control de los aspectos objetivos que el juez debe tener en cuenta y la argumentación de la decisión. Cuando el legislador permite que el juez dicte una resolución discrecionalmente no lo hace de forma genérica⁴⁰⁶, sino que se limita a algún aspecto de la resolución. Además, se incardina en un ámbito objetivo determinado por los hechos y por la norma aplicable⁴⁰⁷. La decisión discrecional no se podrá revisar en el aspecto relativo a los juicios de valor que ha utilizado el órgano jurisdiccional para resolver la cuestión litigiosa, pero sí respecto a los juicios históricos y lógicos que utiliza

402. VAZQUEZ SOTELO, «Discrecionalidad y Derecho Procesal», en *Justicia*, 1995, p. 54.

403. Ver VAZQUEZ SOTELO, op. cit., p. 59.

404. MARENGO, op. cit., p. 76.

405. MARENGO, op. cit., p. 78.

406. Como hemos analizado en estos casos se acude al juicio de equidad. La discrecionalidad tiene su ámbito de aplicación en aspectos parciales de la resolución judicial como la cuantificación de la indemnización o la determinación concreta de la pena (ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, *Juicio jurisdiccional*, cit., pp. 178 y ss.

407. Según PONCE SOLÉ existe una evidente interconexión entre la discrecionalidad y el contexto normativo (op. cit., p. 96). Pone de relieve como el «derecho rodea el corazón de la discrecionalidad de una serie de límites, los elementos reglados, que encuadran el criterio metajurídico que conducirá a la elección final» (op. cit., p. 107). Sigue afirmando que «el gobierno y la administración al efectuar valoraciones discrecionales conforme a criterios metajurídicos deben tener en cuenta los contornos jurídicos, los linderos del poder discrecional; es decir, los elementos reglados y los principios generales del derecho» (p. 108). Respaldando esta postura resulta sumamente gráfica la cita que realiza de DWORKIN (*los derechos en serio*, Barcelona, 1984, pp. 83 y 84) de que «la discreción, como el agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea» (op. cit., p. 96, nota 187).

Estas conclusiones se realizan en el ámbito de discrecionalidad propia del derecho administrativo, pero entendemos que son extensibles a la discrecionalidad judicial debido a la similitud en la actuación de los órganos administrativos y jurisdiccionales, y que incluso se asemejan en mayor medida si tenemos en cuenta la dificultad de realizar el control judicial de la discrecionalidad administrativa, a pesar de la necesidad de fiscalizar los elementos extrajurídicos de este tipo de decisiones (PONCE SOLÉ, op. cit., p. 114).

en la medida en que son objetivables por órgano «a quo». Pero incluso los juicios de valor deben descansar en criterios objetivos de oportunidad que consisten «en datos verificables *pro tempore* en un contexto determinado»⁴⁰⁸.

Además, el Juez, en la decisión discrecional, no es totalmente libre para adoptar la decisión que estime más adecuada. El contenido de la resolución deberá adecuarse a los objetivos fijados por la norma y para ello deberá atender a la causa de la norma⁴⁰⁹.

Por último el Juez al adoptar una decisión discrecional realiza una operación mental que debe ser explicada en la motivación de la sentencia⁴¹⁰. Ésta podrá ser controlada precisamente a través del análisis de la explicación que da el juez de porque ha adoptado esta resolución. En ella deberá explicar cuál es la causa de la resolución y el por qué ha adoptado la decisión concreta entre todas las posibles⁴¹¹. Por ello, si no realiza la motivación se podrá controlar su ausencia; y en el caso de que exista se puede fiscalizar la explicación que da el juez, de forma que si es incongruente o absurda podrá ser revisada por el órgano jurisdiccional que conozca del recurso.

El deber de motivación de las resoluciones jurisdiccionales no se produce sólo en el ámbito de las decisiones discrecionales. Sino que es una obligación impuesta constitucionalmente (art. 120.3 CE)⁴¹².

Una vez analizada la naturaleza y los límites de la actuación discrecional de los órganos jurisdiccionales debemos determinar en qué ámbito el legislador permite este tipo de actuaciones. MARENGO afirma que, con carácter general, se puede afirmar que se dota de discrecionalidad al juez civil en las resoluciones interlocutorias, mientras que el juez penal está autorizado para determinar la entidad de la pena⁴¹³; si bien en el derecho español esta conclusión no es exacta, ya que la discrecionalidad judicial se limita a algunos casos en los que se permite que el juez decrete de oficio la celebración de vista en segunda instancia a pesar de que no haya que practicarse prueba (art. 475.2 LEC) y en el recurso de casación (art. 486.1 LEC) y en el recurso extraordinario por infracción

408. MARENGO, op. cit., p. 76.

409. En este sentido MARENGO, op. cit., pp. 69 y ss.

410. PONCE SOLÉ demuestra como «la motivación actúa como un instrumento al servicio del deber constitucional de buena administración, al obligar al órgano decisor a tener razones y un criterio racional y ponderado que sustente el ejercicio de la discrecionalidad» (op. cit., p. 778).

411. En este sentido MARENGO, op. cit., p. 80.

412. Ver ampliamente el siguiente apartado un análisis del deber de motivación de las resoluciones por los órganos jurisdiccionales.

413. MARENGO, op. cit., p. 72.

procesal (art. 475.2 LEC). Sin embargo, en ocasiones el legislador civil remite la determinación de un extremo de la sentencia a la discrecionalidad judicial. Esta actividad la permite porque es imposible determinarlo con carácter general y abstracto, por lo que deberá establecerse en cada supuesto concreto; y ello solo es posible si se permite que el juez aprecie el extremo de forma discrecional. Ello concurre por ejemplo para determinar la cuantía de los alimentos (art. 146 Cc, la cuantificación de la cláusula penal (art. 1154 Cc)⁴¹⁴ o la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando no se señale por las partes (art. 1128 Cc). En todos estos casos el Juez decide discrecionalmente, sin más límites que los expresados anteriormente.

La discrecionalidad en las resoluciones interlocutorias se permite para adecuar el procedimiento a las necesidades del proceso concreto. Esta actividad sólo la puede realizar el órgano jurisdiccional que conozca del mismo. La decisión del mismo no es totalmente libre, ya que su decisión se incardina en un proceso en marcha. Por ello deberá tener presente los actos anteriores (que sería la causa de la decisión) y los actos posteriores (en la medida en que consiste el objetivo del mismo). Es decir, en el proceso cada acto es consecuencia del anterior y causa del siguiente. Por lo que la decisión judicial deberá ser congruente con los actos procesales anteriores y con los posteriores en la medida en que determinará su contenido. Y recordemos que todos ellos tienen la finalidad de permitir que el órgano jurisdiccional esté en condiciones de dictar la sentencia⁴¹⁵.

En el proceso penal la discrecionalidad se concede para determinar la cuantía de la pena⁴¹⁶. La doctrina ha discutido la naturaleza de esta facultad ya que la posibilidad de establecer un control a la actividad del juez de instancia es incompatible con la discrecionalidad. Este tipo de decisiones no serían discrecionales porque «la actuación y decisión correcta de la Audiencia no puede ser *cualquiera*, sino que solamente puede ser *una, la que proceda* en cada caso»⁴¹⁷.

Estoy de acuerdo con el razonamiento, pero debo matizar la conclusión. Es cierto que el núcleo esencial de la discrecionalidad no es fiscalizable, pero sí que se puede controlar la resolución en relación con la causa y la consecuencia de la misma. Por ello las partes podrán impugnar la resolución jurisdiccional en la medida en que no sea idónea para lograr la consecuencia prevista por la norma o se haya dictado por una causa distinta; sin embargo, no podrá ser

414. Ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, *Juicio...*, cit., p. 179.

415. MARENGO, op. cit., p. 76.

416. Ver por todos ORTEGO y PICO, «Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1995, núm. 3, pp. 27 y ss.

417. VAZQUEZ SOTELLO, op. cit., p. 59.

revisada posteriormente la resolución jurisdiccional si opta por una de las varias soluciones posibles para el caso concreto. En esta medida su resolución será discrecional.

Procesalmente el control de las resoluciones judiciales se realizará a través de los recursos. Si bien recordemos que el órgano jurisdiccional de apelación o casación sólo podrá revisar el respeto de los límites objetivos de la decisión discrecional o la existencia de motivación.

7.3. Los ataques a la previsibilidad de las resoluciones judiciales

En España no se puede hablar técnicamente del precedente judicial, salvo las excepciones de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tal como he expuesto hay que hablar de previsibilidad de las decisiones judiciales, que es esencial para lograr una justicia efectiva. Lamentablemente en muchos de los temas que se están planteando ésta no existe, lo que provoca una mayor litigiosidad.

Este apartado está vinculado directamente con la crisis de la legalidad a la que existe actualmente en los sistemas jurídicos continentales. FERRAJOLI identifica hasta cuatro causas que lo han provocado, que son: la incapacidad del legislador para desempeñar su cometido, que se manifiesta en la inestabilidad de la producción legislativa tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo; la estructura multinivel de los ordenamientos; el desarrollo del estado social y de la esfera pública y su crisis; y la tendencia del poder judicial a expandir su papel y a generar un derecho de creación jurisprudencial⁴¹⁸.

Muchas de las causas expuestas son similares a las que provocan la imprevisibilidad de las decisiones judiciales, que considero que son las siguientes:

- La existencia de un ordenamiento jurídico multinivel.
- La frenesí legislativa.
- La sumarización del proceso.
- La no recurribilidad de las resoluciones judiciales ante los tribunales superiores.
- Los intentos de excluir del conocimiento judicial determinados litigios.

418. FERRAJOLI, en «Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial», en *Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico*, número 20, 2016, pp. 68 y ss.

En la actualidad una de los principales inconvenientes que se plantean es la existencia un sistema normativo multinivel y policéntrico⁴¹⁹. En España las leyes las dicta el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias. Además, también se dictan normas legales por la Unión Europea, que son aplicables directamente (los Reglamentos) o a través de su trasposición por los Estados (Directiva). Esta diversidad de fuentes legislativas provoca que, en ocasiones, deban interpretarse conjuntamente previsiones que están informadas por distintos principios y que son interpretadas por distintos Tribunales. Las soluciones no son uniformes y pueden generar mayor inseguridad jurídica.

A título de ejemplo basta con considerar en la situación actual la regulación aprobada por el Estado y por la Comunidad Autónoma de Catalunya para afrontar los efectos de la pandemia del COVID 19 en los desahucios judiciales y su relación con el derecho a la vivienda. En la Comunidad Autónoma de Catalunya el Govern aprobó el Decreto Ley 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo a la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la COVID-19 en que se acordaba la suspensión de los lanzamientos judiciales hasta la finalización del estado de alarma. Posteriormente el Gobierno de España aprobó el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a la situación de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda, que regula la suspensión de los lanzamientos judiciales cuando concurren una serie de circunstancias. Los requisitos previstos en estas normas son distintos.

Ante esta doble regulación se plantea cuál debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales con sede en Catalunya. Es criticable que el legislador haya provocado esta situación de inseguridad jurídica, pero la pregunta es qué norma aplicarán. El mecanismo de solución del conflicto es que el Gobierno plantease cuestión de inconstitucionalidad contra el Decreto autonómico, lo que implicaría su suspensión automática. Sin embargo, no lo ha hecho.

Los tribunales, pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Pero no es la solución adecuada porque solo se suspendería el proceso concreto y el resto de tribunales podrían realizar una interpretación distinta y aplicar el derecho autonómico.

Además, el Tribunal Constitucional ha cambiado su criterio sobre la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por los órganos jurisdiccionales cuando deban aplicar una normativa autonómica que sea incompatible con una norma estatal. El TC en la Sentencia del pleno 102/2016, de 25 de mayo,

419. Expresión utilizada por CARRATTA (op. cit., p. 507).

declaró que el aplicador del derecho debe realizar un juicio de prevalencia e inaplicar la norma de derecho autonómico cuando sea incompatible con el derecho estatal. Esta doctrina ha sido ratificada en las Sentencias del TC 112/2016, de 20 de junio, 127/2016, de 7 de julio, 204/2016, de 1 de diciembre y en los autos 167/2016, de 4 de octubre y 27/2019, de 9 de abril.

Todo ello lo que crea es inseguridad jurídica sobre la norma aplicable, tal como advierten los votos particulares que se han formulado a las resoluciones citadas.

FERRAJOLI advertía de esta circunstancia advirtiéndole que ha cambiado la relación entre el juez y la ley. Desarrollaba esta conclusión afirmando que «los jueces ordinarios tienen el poder de excepcionar y el juez constitucional el poder de declarar la invalidez constitucional de las leyes».

En este contexto MARINONI afirma que las causas que acaban con la previsibilidad es la subordinación de la ley a los derechos fundamentales, lo que obliga a que el Juez razone a partir de las normas-principios y la necesidad de «considerar cuestiones de orden moral, político y económico, que se encuentran en la estructura abierta de las disposiciones constitucionales» y el uso legislativas de técnica de cláusulas abiertas para evitar una multiplicidad de normas jurídicas en casos iguales⁴²⁰. Estoy de acuerdo con el diagnóstico realizado indicando que, por otro lado, son irremediables. Por un lado, la aplicación de los derechos fundamentales y la irrupción de los derechos sociales obligan a interpretar la ley de conformidad con éstos, y esta función la tiene que hacer el órgano jurisdiccional al dictar la sentencia del caso concreto. Del mismo modo el legislador debe regular de forma general, siendo el juez el que decidirá la controversia del caso concreto interpretando, entre otros elementos, la norma jurídica aprobada. Ambos elementos implican que la decisión final del juez sea imprevisible.

Desde la perspectiva de la crisis de la legalidad FERRAJOLI también advertía de estos niveles de articulación multinivel de los ordenamientos contemporáneos, que se caracteriza «por la complejidad del nuevo sistema de fuentes y por la incertidumbre de las relaciones jerárquicas»⁴²¹.

En otro nivel nos encontramos con la incompatibilidad entre las normas estatales y el derecho de la Unión y la interpretación que realicen los Tribunales⁴²².

420. MARINONI, op. cit., p. 428.

421. FERRAJOLI, en «Argumentación interpretativa...», cit., p. 69.

422. Tal como advierte RODOTA «así ha podido introducir algunas limitaciones y formas al control del poder normativo» (en *El derecho a tener derecho*, edit. Trotta, Madrid, 2014, p. 59).

Lo cierto es que la existencia de un sistema normativo multinivel o policéntrico genera inseguridad jurídica e impide la imprevisibilidad de las decisiones judiciales, lo que potencia la litigiosidad.

CONSTANTINO afirma que la «frenesís legislativa» y la sumarización del proceso afectan a la previsibilidad de las sentencias⁴²³. Trasladando sus reflexiones al proceso español debemos compartir sus conclusiones.

Por un lado, la frenesís legislativa provocan que no se asiente la interpretación uniforme de las leyes aprobadas, lo que implica que cada órgano jurisdiccional la interprete según su criterio, que es válido, pero no único ni uniforme con el del resto de Juzgados y Tribunales. Ello implica una gran inseguridad jurídica ya que las partes antes de iniciar el proceso no conocen la interpretación que se realizará de la norma jurídica, con lo que no se podrá valorar la conveniencia ni determinar la estrategia a seguir para solucionar el litigio.

Por otro lado, el criterio que en un principio se siga tampoco garantiza nada ya que luego podrá ser modificado a medida que se resuelvan los recursos que se interpongan contra la decisión judicial. La doctrina jurisprudencial que fije el tribunal superior no tiene el valor de precedente, pero sí que garantiza a las partes que en el caso en el que el Tribunal de instancia no lo siga se podrá adecuar al mismo por la vía de los recursos.

Para ello lo que hace falta es la norma jurídica se asiente y la misma tenga una vigencia que lo permita⁴²⁴. CONSTANTINO nos informa de las modificaciones que se han producido en Italia del Codice di Procedura Civile, criticándolas. En España se ha producido un fenómeno similar⁴²⁵ que se ha incrementado con motivo de la pandemia. Lo que provoca es inseguridad jurídica al no saber las partes el criterio interpretativo que a va a ser aplicado por los Tribunales.

Otro elemento que hay que valorar es que la interpretación no es uniforme, sino que la jurisprudencia evoluciona en la misma para adecuarla a la realidad social. Por ello es fundamental que se articule un sistema de recursos adecuado que permita que la jurisprudencia se vaya formando. La doctrina jurispuden-

423. CONSTANTINO, en «La prevedibilità...», cit., pp. 654 y 656 respectivamente.

424. Tal como advierte RODOTA «la política no puede andar persiguiendo una legislación imposible, hecha de normas detalladas que frenarían la presunta voluntad de hegemonía de los jueces, pero que ni se podrían proponer ni aplicar porque supondría un legislador a la búsqueda constante de cualquier novedad, operación incompatible con los tiempos parlamentarios, y que estaría destinada a perder el insostenible desafío ante el cambio constante; lo que podría implicar que una norma quedara superada en el momento mismo de su aprobación» (*El derecho a tener derecho*, cit., p. 63).

425. A título de ejemplo en el momento de la revisión final de este trabajo, septiembre de 2021, la Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha sido reformada en 75 ocasiones.

cial se fija y establece tras el análisis de una multitud de procesos, que son aparente similares pero que en la práctica difieren en los hechos, lo que puede provocar distintas respuestas judiciales. Por ello la solución no es provocar una decisión rápida por parte del Tribunal Supremo, para que fije su interpretación y se impongan su carácter vinculante a los tribunales de instancia. Ya he analizado antes que esta previsión implicaría convertirlo en legislador, lo cuál es contrario al sistema jurídico vigente en la actualidad.

Desde esta perspectiva debe mantenerse una estabilidad en las leyes, que permitan que se forme la doctrina jurisprudencial por los Tribunales que permitan que las partes prevean las posibles decisiones.

FERRAJOLI también advertía que una de las causas de la crisis de la legalidad era «inestabilidad de la producción legislativa tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo». Esto provoca: la superproducción de leyes, la disfunción del lenguaje legal que es inconsistente a causa de una creciente tortuosidad, vaguedad y, a veces contradictoriedad de los textos legislativos; en la crisis de la forma general y abstracta de las normas legales y en el predominio de leyes medida, lo que provoca el «fárrago de leyes especiales», que dan lugar a interminables laberintos normativos y a intrincados sistemas de cajas chinas en los cuales se pierde cualquier interprete⁴²⁶.

Resulta sorprendente como estas afirmaciones que realiza FERRAJOLI sobre la producción legislativa y la crisis de la legalidad se aplica también a la falta de previsibilidad de las decisiones judiciales. No lo es si se valora que los dos están directamente relacionados. La inflación legislativa lo que provoca son incoherencias en las leyes aplicables para resolver el conflicto, lo que determina la imprevisión de las decisiones judiciales. Y todo ello hace que la justicia sea más ineficaz ya que las partes no saben cuál es el criterio que va a seguirse para resolver el conflicto, lo que determina el incremento del número de litigios.

CONSTANTINO también denuncia que otro de los obstáculos a la previsión de las decisiones judiciales es la tendencia a la sumarización del proceso civil por el riesgo que concurre de que dependa de la persona del Juez.⁴²⁷ Esta afirmación la realiza en el contexto legislativo italiano en el que se ha potenciado la suma-

426. FERRAJOLI, «Argumentación interpretativa...», cit., p. 69.

427. CONSTANTINO lo justifica en que «la difusión de la tutela sumaria, no vinculada a razones objetivas, como la economía procesal o la naturaleza de los intereses en juego, y, sobre todo, sin ninguna posibilidad de una sucesiva declaración y cognición plena, determina inevitablemente la incertidumbre aplicativa y es fuente de vulneración del principio de igualdad, porque la ausencia de las reglas procesales predeterminadas genera el riesgo de formación de prácticas deformadas de oficio a oficio judicial, y sobre todo de una vuelta al sistema feudal en el cual prevalece la lógica de la pertenencia a la decisión de un *favor principis* y no la aplicación de una regla predeterminada y preventivamente adoptada». (en «La prevedibilità...», cit., pp. 654 y ss).

rización permitiendo que el Juez opte por tramitar el procedimiento con cognición plena o sumaria. Desde esta perspectiva es lógica la posición de CONSTANTINO, pero no es la situación en nuestro país.

En España, el legislador también ha potenciado los procesos sumarios como un instrumento para dotar de mayor eficacia al proceso judicial⁴²⁸. Así por ejemplo lo realiza con la creación del juicio especial para recuperar la posesión de los bienes inmuebles cuando el ocupante no tenga título legítimo regulado en la ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas para permitir la recuperación de la posesión por su titular legítimo de una forma rápida ante la insuficiencia de los procedimientos previstos en la LEC. Es cierto que en estos casos el juez tiene mayores facultades procesales, pero no se le permite elegir el procedimiento por el que debe tramitarse. Sin embargo, la imposibilidad de recurrir alguna de las resoluciones que se dictan, como el auto adoptando medidas cautelares, impedirán la creación de esa doctrina jurisprudencial uniforme y deberemos atender al criterio particular que haya adoptado el órgano jurisdiccional que conozca del asunto.

En mi opinión otros elementos que atacan a la previsibilidad de las decisiones judiciales son la no posibilidad de recurrir una decisión ante los tribunales superiores o la derivación obligatoria a un mecanismo complementario de resolución de conflictos.

Finalmente debo manifestar mi preocupación en esta materia por la tendencia legislativa. El 15 de diciembre de 2020 el Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Con la excusa de introducir mecanismos eficientes para «acoger el previsible incremento de la litigiosidad» y «recuperar el pulso de la actividad judicial» plantea la reforma de la LEC regulando un sistema obligatorio de negociación antes de iniciar el proceso judicial y el procedimiento testigo.

La obligatoriedad del intento previo de negociación previa a la vía jurisdiccional implica un intento de excluir del conocimiento judicial de determinados asuntos, al margen de otras consideraciones sobre su eficacia⁴²⁹. Desde esta

428. Esta opción ha sido criticada por la doctrina. Ver por todos GIMENO SENDRA, en *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, edit. BOE, Madrid, 2021, pp. 71 y ss.

429. Ver ampliamente al respecto el análisis que realicé en «La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, número 1, pp. 88 y ss.

perspectiva es criticable que no se permita la formación de una doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de una cuestión jurídica⁴³⁰.

Otra de las medidas que propone este Anteproyecto de ley es la regulación de los procedimientos testigo en el ámbito de las reclamaciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación, que se tramitan a través del juicio verbal (art. 250.1.14 LEC)⁴³¹. En mi opinión no contribuirá a la formación de una doctrina jurisprudencial ya que son acciones en las que para excluir la eficacia de cosa juzgada de las sentencias ya dictadas en las acciones colectivas que se han ejercitado se centra en las circunstancias personales de las partes y, concretamente, en la información precontractual recibida por el consumidor.

Por ello, desde la perspectiva de la previsibilidad de las decisiones judiciales, creo que estas medidas no contribuirán a que las partes sepan cuáles son los criterios que siguen los órganos jurisdiccionales y se volverá a atender al del órgano jurisdiccional que específicamente conozca del proceso judicial.

430. Y vinculado con esta cuestión recuerdo la afirmación de FISS que «una conciliación privaría a un tribunal de la oportunidad e, incluso, de la capacidad, de establecer una interpretación. En suma, frente a una conciliación los jueces están impedidos para actuar, o, de poder hacerlo, no pueden llegar muy lejos» (FISS, «contra la conciliación», en *El Derecho como razón pública*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 141).

431. Ver infra apartado 8.3.

8 | La falta de previsibilidad de la decisión judicial y la litigiosidad masiva

8.1. La litigiosidad masiva y las cláusulas abusivas existentes en los contratos de préstamo hipotecario

Un fenómeno judicial que se ha producido en los últimos años ha sido la litigiosidad masiva provocada por las cláusulas abusivas existentes en los contratos de préstamo hipotecario celebrados en la primera década del año 2000. La crisis económica que se inició a nivel global en el año 2008 provocó que los deudores hipotecarios devinieran insolventes, que se impagasen y que se ejecutasen. La LEC limitaba las posibilidades de oposición del deudor hipotecario y los Tribunales venían abocados a inadmitirlas y proseguir la ejecución iniciada, terminando con el lanzamiento del deudor hipotecario.

Los Tribunales recogieron el sentimiento social de la injusticia que se estaba produciendo ya que los acreedores eran entidades financieras que habían recibido ayudas públicas para su mantenimiento. Así promovieron distintas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, finalmente, provocó la transformación del tratamiento procesal del consumidor en el proceso civil, tanto declarativo como de ejecución⁴³². El deficiente tratamiento legislativo ha provocado una litigiosidad masiva que ha provocado el colapso de los Tribunales.

Las opciones para solventarlas han sido varias. La primera fue la utilización de las acciones colectivas. Un sector de la jurisprudencia extendió los efectos de litispendencia y de cosa juzgada a las acciones individuales de los consumido-

432. Ver extensamente el análisis que realizo en mi monografía *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

res⁴³³. El efecto fue que éstas se desestimasen. Sin embargo, los afectados plantearon varios recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectivo en su modalidad de acceso a los Tribunales. Los Juzgados de instancia, a los que se revocaban las decisiones que habían adoptado desestimando la excepción de litispendencia y de cosa juzgada alegada por las entidades financieras demandadas, interpusieron una cuestión prejudicial ante el TJUE⁴³⁴

El TJUE respondió a la cuestión prejudicial planteada en la Sentencia de 14 de abril de 2016 afirmando que «las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 9/13, objetos y efectos jurídicos diferentes». Posteriormente afirma que «sin que la articulación sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13».

En el mismo sentido se pronunció Tribunal Constitucional en las Sentencias 148/2016, de 31 de octubre y 208/2016, de 12 de diciembre, que declaró que las acciones individuales y colectivas no tienen identidad objetiva porque «lo cierto es que en ese proceso no se conoció la cláusula sueldo de su contrato», además de no concurrir tampoco la subjetiva porque los afectados no habían sido parte en el proceso colectivo.

Lo que realmente sucedió es que las acciones colectivas ejercitadas no eran tales, o al menos tenían un talón de Aquiles que determinó la no extensión de los efectos de las sentencias dictadas en el proceso colectivo al individual, con lo que perdía toda su eficacia⁴³⁵. Así lo reconoció el Tribunal Supremo al no reconocer efectos de cosa juzgada del proceso colectivo en el iniciado por un

433. Esta interpretación la realizó la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Ver por todas las resoluciones de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona número 326/2014, de 13 de octubre, que aprecia la excepción de cosa juzgada, y el auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona número 112/2014, de 9 de octubre, que estima la existencia de litispendencia.

434. El Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona planteó las cuestiones prejudiciales C-381/14 y C-385/14, que fueron resueltas por la Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016. Su planteamiento provocó el acuerdo de Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona de 21 de noviembre de 2014, en que suspendían los procesos en que se hubiera alegado la litispendencia o prejudicialidad hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviera las cuestiones prejudiciales planteadas. El motivo del acuerdo indicado era que: «los Jueces de lo Mercantil de Barcelona estamos resolviendo de forma diferente sobre las consecuencias jurídicas que tiene sobre el ejercicio de una acción individual de nulidad de una condición general de la contratación, el ejercicio de una acción colectiva de cesación y reclamación de daos y perjuicios por unas asociaciones de consumidores impugnando esa misma cláusula contra los mismos-a entidad bancaria. En unos casos desestiman las excepciones de prejudicialidad civil y en otros se archiva el procedimiento por litispendencia. Ello se debe a que las normas no son claras en esta materia, ya que las diferentes soluciones tienen una sólida fundamentación, pero lo cierto es que se están causando agravios comparativos graves entre los ciudadanos que acuden ante estos Juzgados».

435. Ver el análisis que efectúa ORTELLS RAMOS, «Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa», en *Revista General de Derecho Procesal*, número 54, 2021.

consumidor individual en las Sentencias 139/2015, de 25 de marzo, 357/2017, de 6 de junio, 486/2017, de 20 de julio respecto del efecto negativo de cosa juzgada. Sobre el efecto positivo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia número 367/2017, de 8 de junio, que declara que tienen efecto de cosa juzgada pero que el Tribunal que conozca de la acción individual podrá «resolver en un sentido diferente... cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual».

Es decir, produce efecto de cosa juzgada salvo que las entidades financieras acrediten que las circunstancias personales del cliente o la información suministrada provoque que los elementos fácticos que fueron tenidos en cuenta en el proceso colectivo no concurren en el caso concreto, con lo que el Juez que conozca de la acción individual podrá pronunciarse en un sentido distinto.

Este matiz de las circunstancias personales, junto con la inactividad legislativa, fue aprovechado por las entidades financieras y por algunos asesores de los afectados. Las primeras para negar la extensión de los efectos de las sentencias dictadas a los afectados por concurrir circunstancias personales que los excluían y los segundos para interponer las acciones judiciales a través de demandas estereotipadas en las que no se hacía referencias a ésta.

El resultado ya se conoce y ha sido la alta litigiosidad que provocó la creación de juzgados especializados para evitar el colapso de la Administración de Justicia.

Desde la perspectiva del objeto de este artículo, que es el análisis del precedente judicial, lo que interesa resaltar es el fracaso del Tribunal Supremo en su función nomofiláctica y la propuesta de crear procedimientos testigo.

8.2. El fracaso de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo

En el sistema procesal español el Tribunal Supremo tiene la función nomofiláctica a través del recurso de casación. De esta forma se intenta lograr una interpretación y aplicación uniforme de la norma jurídica para dotar de seguridad jurídica a los justiciables. Sin embargo, los tribunales no están vinculados a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas. Para lograr su efectividad las partes pue-

den interponer el recurso de casación, siendo uno de los motivos que pueden alegar el interés casacional consistente en que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Actualmente el Tribunal Supremo ya no es en todos los casos el máximo intérprete del ordenamiento jurídico. Cuando se aplica, directa o indirectamente, el Derecho de la Unión esta función está reservada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La problemática se plantea por el hecho de que las partes no pueden interponer ningún recurso ante el mismo, sino que es el juez nacional el que tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial si tiene alguna duda sobre su interpretación o aplicación. Cuando el TJUE las resuelve no se pronuncia sobre el caso concreto, sino que responde a la pregunta que le ha formulado el juez nacional, que actúa como juez comunitario, y es éste el que debe aplicarla dictando la sentencia definitiva.

El problema que se plantea es que la aplicación que haga el juez nacional de la interpretación realizada por el TJUE también puede generar dudas y decisiones contradictorias. Actualmente tenemos un ejemplo de este sistema la posibilidad de considerar o no como abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario que referencia al IRPH el interés remuneratorio. Cronológicamente las resoluciones judiciales han sido las siguientes:

- La Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, afirma que la cláusula de interés variable que referencia al IRPH es un índice definido y regulado legalmente, pero que no se define contractualmente, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales. El Tribunal Supremo afirma que es la Administración Pública la que debe controlar que estos índices se ajustan a la normativa, por lo que quedan fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil y no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE al estar excluido en su artículo 1.2.
- La sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, que interpreta que «la referencia al IRPH de las cajas de ahorros en la cláusula controvertida para el cálculo de los intereses adeudados en el marco del contrato sobre el que versa el litigio principal no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, en el sentido de la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 y 32 de la presente sentencia» (pf. 36).
- La sentencia del Tribunal Supremo número 581/2020, de 6 de noviembre, que lo analiza al aplicar la doctrina de la Sentencia del TJUE citada, pero desestima el recurso de casación interpuesto afirmando que «no puede admitirse que la cláusula que fija como índice de referencia del préstamo hipotecario el tipo de interés previsto para la financiación de las viviendas

de protección oficial en el Real Decreto 801/2005 sea abusiva. No se entiende cómo el ofrecimiento al consumidor de un préstamo sometido al sistema de financiación previsto para las viviendas de protección oficial en su normativa reguladora, puede considerarse como una actuación del predisponente contraria a las exigencias de la buena fe. Tampoco puede aceptarse que la dispar evolución en los años posteriores del índice de referencia de este sistema respecto de otros índices, por causas no atribuibles al predisponente, o la falta de información sobre la evolución futura de tal índice, causara, en el momento de la contratación, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, contrario a las exigencias de la buena fe.»

- Contra esta interpretación del Tribunal Supremo el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona ha vuelto a plantear una cuestión prejudicial mediante auto de 2 de diciembre de 2020, asunto Gómez del Moral Guasch II (C-655/20).
- El Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2021 que resuelve la segunda cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona.

Lo cierto es que a pesar del carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE la aplicación de esta por los jueces nacionales generan problemas de interpretación. El Tribunal Supremo ha intentado en varias ocasiones unificar la aplicación del derecho interno para adecuarlo al derecho de la Unión, pero la posibilidad de que los Tribunales de instancia formulen cuestiones prejudiciales ante el TJUE permite que éstos cuando tengan dudas de la solución aportada por el Tribunal Supremo interpongan cuestiones prejudiciales, con lo que el TJUE revisa la decisión adoptada por el TS. Esta situación recuerda al conflicto que se generó entre el TS y el TC⁴³⁶. El TS debe aceptar que el máximo intérprete de la legislación de la Unión Europea, directa o indirecta, es el TJUE. Es cierto que de manera formal ya lo reconoce, pero es irremediable que la interpretación que realice del Derecho de la Unión pueda ser revisada posteriormente por el TJUE, lo que dará lugar a discrepancias. Y el perjudicado será la previsibilidad de las resoluciones judiciales, que incide en una falta de seguridad jurídica y en un incremento de la litigiosidad.

Esta circunstancia se produce por el sistema normativo multi nivel. El TJUE recuerda constantemente que la aplicación de la interpretación del derecho de la Unión que realiza en sus sentencias es competencia del Juez nacional, que lo realizará adaptando la doctrina del TJUE a su normativa interna. El problema es que, por un lado, la función nomofiláctica del derecho nacional la tiene el

436. Ver ampliamente el análisis que realice en *La protección civil de los derechos fundamentales*, edit. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 101 y ss.

Tribunal Supremo y, por otro, el máximo intérprete del derecho de la Unión es el TJUE. La coordinación de ambas normativas, desde la perspectiva que estamos analizando que es fijar unos criterios uniformes de interpretación que pueda ser aplicado por los Tribunales, no está prevista. Y ello provoca que la fijación de esta doctrina jurisprudencial uniforme que aporte seguridad jurídica no se realiza de una manera sencilla.

La debilidad del derecho de la Unión es que las partes no pueden recurrir al TJUE ante una sentencia que sea contraria al mismo, sino que la revisión del criterio judicial se realiza en el ámbito judicial nacional. También debo advertir que a nivel interno el Tribunal Constitucional ha reforzado la aplicación del derecho de la Unión y la interpretación que realiza el TJUE declarando que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva las sentencias nacionales que no las aplican. Siendo cierto, también lo es que deja al margen numerosos procesos en los que el juez nacional no planteó la cuestión prejudicial ante el TJUE y dictó una sentencia aplicando un criterio que luego el TJUE ha afirmado que vulnera el derecho de la Unión⁴³⁷.

8.3. Los procedimientos testigo

Los artículos 37.2 y 3, 110 y 111 de la Ley de La Jurisdicción Contencioso Administrativa desarrollan el procedimiento testigo. Esta regulación se incorporó al ordenamiento jurídico español con la aprobación de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁴³⁸. En el apartado III in fine de la Exposición de Motivos el legislador justifica la regulación en «La preocupación por agilizar la tramitación de las causas es dominante y, en particular, explica la regla que permite al Juez o Tribunal suspender la tramitación de los recursos masivos que tengan idéntico objeto y resolver con carácter preferente uno o varios de ellos. De esta manera se puede eludir la reiteración de trámites, pues los efectos de la primera o primeras sentencias resultantes podrían aplicarse a los demás casos en vía de ejecución o, eventualmente, podrían inducir al desistimiento de otros recursos»⁴³⁹.

437. Sobre esta cuestión ver ampliamente al análisis que realizo en mi monografía sobre *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit., 2018.

438. Estos preceptos han sido objeto de diversas modificaciones legislativas, siendo la última de ellas las de la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que dio nueva redacción a los artículos 37.2 y 3 y 110.4, y la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado que modifica el artículo 110.1 LJCA.

439. Ver el análisis que realiza NOYA FERREIRO, Lourdes, en «La extensión procesal. Del ámbito del enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Tratado sobre el Proceso Administrativo*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, documento TOL7.435.014.

La Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la Comisión General de Codificación ha advertido que la eficacia de este instrumento ha sido nula y ha provocado un incremento de los litigios⁴⁴⁰, realizando una serie de propuestas de mejora, entre las que destaco:

- Extender los efectos del pleito testigo no sólo a los supuestos de sentencia favorable, sino a todas ellas.
- Que sea la Administración y no el órgano judicial el que acuerde extender los efectos de la sentencia.

Además, la doctrina ha puesto de manifiesto numerosas dudas que genera la aplicación de estos preceptos. Así GASCON INCHAUSTI analiza hasta diez cuestiones no resueltas por el legislador, que son las siguientes: la imprecisión del legislador al no indicar el número de recursos que justifique el recurso al procedimiento testigo; el criterio al qué debe atenderse el órgano jurisdiccional para seleccionar el proceso o procesos que han de servir de tipo y que se tramitarán de forma preferente; si se tramita más de un proceso de forma preferente cómo debe tramitarse; si se ha de esperar a la firmeza de la sentencia testigo para proceder a su notificación y dar cabida a la triple opción de los litigantes de los procesos suspensos; el plazo del que disponen los litigantes de los procesos suspensos para solicitar la extensión de la eficacia, la continuación del procedimiento o el desistimiento; si debe incoarse el proceso de ejecución de la sentencia testigo; las consecuencias que tiene en el proceso suspenso la extensión de la eficacia de la sentencia-testigo; cuándo se entiende que la pluralidad de recursos tiene objeto idéntico; quien debe y en qué momento procesal analizar la concurrencia de la identidad de objetos; y la eficacia de la sentencia testigo cuando la doctrina determinante de su fallo fuera contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina de los TSJ en el recurso de casación para unificación de doctrina al amparo del artículo 99 LJCA⁴⁴¹.

En el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de diciembre de 2020,

440. Tal como afirma la Comisión General de Codificación, Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa «el resultado final es que, lejos de disminuir, el número de recursos se ha incrementado en todas las instancias y también se ha multiplicado el número de recursos de casación que se pronuncian sobre temas referidos a la extensión de efectos, llegando a generar cientos de sentencias del Tribunal Supremo que han congestionado algunas secciones» (en *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, p. 53).

441. GASCON INCHAUSTI, Fernando, «Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo», en *Tribunales de Justicia*, 2001 (3), pp. 69-77. Se puede consultar en <https://eprints.ucm.es/26589/>.

se regula el pleito testigo en el orden civil⁴⁴². Lo que se pretende es solucionar la problemática planteada por la litigiosidad masiva derivada de las condiciones generales de la contratación. En la exposición de motivos justifica la reforma a que los actores utilizan demandas o plantillas iguales o similares para el ejercicio de las mismas pretensiones, de modo que un gran número «termina litigando con demandas prácticamente idénticas». Afirma que «este procedimiento testigo reducirá notablemente la litigación en masa».

La propuesta de regulación la realiza en un nuevo artículo 438 ter LEC, que se inserta como una especialidad del juicio verbal porque también modifica el artículo 250.1 LEC añadiendo el inciso 14º para remitir a este procedimiento la tramitación de las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia». El anteproyecto excluye los procedimientos en los que se realice un control de la transparencia de la cláusula o deban valorarse la existencia de vicios del consentimiento⁴⁴³, que habitualmente se plantea en la práctica en estos procesos. Consecuentemente el alcance de la reforma será muy limitado ⁴⁴⁴.

La especialidad del procedimiento testigo está en que cuando el Juez aprecie que una demanda «incluye pretensiones que han sido objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes que no es preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante y que las condiciones generales de la contratación cuestionadas tienen identidad sustancial», lo suspenderá mediante auto hasta que se dicte sentencia firme. Contra este auto se puede interponer recurso de apelación.

Una vez que se dicte sentencia firme en el proceso que se ha elegido como procedimiento testigo, el actor del juicio suspendido podrá desistir de sus pretensiones o solicitar la continuación del procedimiento suspendido, indicando las razones que deben ser, a su juicio, resueltas.

Como se puede comprobar la regulación propuesta en el anteproyecto incurre en los mismos defectos que la regulación de la Ley de la Jurisdicción Conten-

442. Ver el análisis que realiza ORTELLS RAMOS, Manuel, en «Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo...», cit.

443. Que es lógico porque en estos casos tampoco se extiende la cosa juzgada de las sentencias dictadas en los procesos colectivos (ver apartado 8.1.).

444. En este sentido se pronuncia el Consejo General del Poder Judicial en el informe sobre el anteproyecto de 22 de julio de 2021 en la mayor parte de los procedimientos se realiza esta alegación, por ello entiende que tendrá una escasa eficacia práctica (p. 324).

cioso Administrativa y que han provocado el fracaso de la regulación del procedimiento testigo⁴⁴⁵.

Al margen de ello hay que plantearse la vinculación de esta regulación con el de las acciones colectivas. Tal como he expuesto en el apartado anterior éstas están previstas en el ordenamiento jurídico español, pero de forma deficiente. Actualmente está pendiente la trasposición de la Directiva UE 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, que debe realizarse por los Estados miembros antes del 25 de diciembre de 2022, tal como prevé en su artículo 24.

La regulación propuesta incide directamente en la institución del precedente judicial y, en mi opinión, está abocada a su ineficacia. Tal como ha sucedido en el orden contencioso administrativo si se aprueba al menos se duplicarán los litigios:

- El primero será el incidente de suspensión de procedimiento en el que el órgano judicial acuerda suspender el proceso, en el que se puede interponer recurso de apelación si se acuerda.
- El segundo será o bien la continuación del proceso judicial o la solicitud de aplicar el resultado del proceso testigo al suspendido, de conformidad con lo previsto en el artículo 519 LEC.

Además, hay que recordar que el Tribunal Supremo declara la eficacia de las sentencias dictadas en los procesos en los que se ha ejercitado la acción colectiva, salvo que se acredite la concurrencia de circunstancias subjetivas en el caso concreto que justifiquen su no aplicación. Las entidades financieras se han acogido a ella para no reconocer la existencia de cláusulas abusivas a los afectados y de esta forma seguir aplicándola, no dejando otra opción que la reclamación judicial. Y en estos procesos una de los hechos controvertidos es la información y conocimiento que tenía el deudor.

La opción por el procedimiento testigo implicaría imponerlo a las partes, lo que podría ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de las partes a obtener una resolución de fondo fundada en derecho.

445. El Consejo General del Poder Judicial critica en el informe que emite el 22 de julio de 2021 la escasa virtualidad práctica, el modo en que se selecciona el procedimiento testigo, que solo se regule en los procedimientos pendientes ante un mismo Tribunal y plantea dudas sobre la constitucionalidad de la regulación de las costas (apartados 124 y ss. del informe, pp. 323 y ss.).

9 | Conclusiones

PRIMERA. En la Unión Europea se ha iniciado la regulación de la inteligencia Artificial a través del Reglamento de Protección de Datos. Este no realiza ninguna previsión sobre el proceso judicial ni su relación con las nuevas tecnologías, pero lo hace con dos cuestiones que considero fundamentales:

- Por un lado, la necesidad de que las partes sean informadas de los criterios seguidos por el sistema de resolución informática de los litigios.
- Y por otra parte que las partes deben someterse a un sistema automatizado de resolución de conflictos, aunque se prevén una serie de excepciones en el artículo 22 del Reglamento de la Unión Europea de Protección de Datos.

La ciberjusticia en la resolución de conflictos transfronterizos de consumidores también es de gran importancia, un área en la que se espera un mayor desarrollo en un futuro próximo.

SEGUNDA. En el ámbito estatal estamos en una fase inicial de regulación. Lamentablemente, el legislador español no ha aprobado la aplicación de las nuevas tecnologías al proceso judicial aunque desde 2003 existe esta disposición en la LOPJ y el exhorto hecho al Gobierno en la disposición final tercera de la Ley 18/2011, de 5 de julio, que regula el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que establece que «el Gobierno presentará un proyecto de ley que regula integralmente el uso de los sistemas de videoconferencia en la Administración de Justicia».

Es la tarea que queda pendiente si queremos garantizar el respeto del derecho a una tutela judicial efectiva e impedir que la tarea legislativa sea sustituida por los órganos jurisdiccionales, que se verán obligados a adaptar un proceso judicial a la aplicación de las nuevas tecnologías.

TERCERA. La implantación de las tecnologías de la información en el proceso judicial no debe consistir única y exclusivamente en adaptar el procedimiento existente, como se está haciendo. El legislador debe llevar a cabo una auditoría del proceso judicial y determinar que las acciones pueden ser procesadas a través de las tecnologías de la información. Por este motivo, debe regular un nuevo procedimiento telemático que respete el derecho a la tutela judicial efectiva regulado en los artículos 24 CE,⁶ CEDH y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CUARTA. Para aplicar las tecnologías de la información al proceso judicial, deben diferenciarse las acciones administrativas y jurisdiccionales. Las primeras serían las que son competencia del Letrado de la Administración de Justicia y las segundas del Juez o Tribunal.

Las actividades administrativas o de tramitación son susceptibles de automatizarse con el fin de favorecer la eficiencia del proceso. En un primer momento es aconsejable que las tecnologías de la información propongan la resolución al Letrado de la Administración de Justicia, que es quien debe validarla y firmarla. También puede aplicarse a las resoluciones judiciales que terminan el proceso y que se dictan casi automáticamente después del período procesal legalmente previsto sin que ninguna de las partes lleve a cabo ninguna acción, el proceso monitorio, el juicio cambiario o los procesos que siguen la técnica monitoria como el proceso de desahucio por falta de pago de la renta arrendaticia o de entrega de la posesión en caso de ocupación inconsentida de bienes inmuebles.

En todos estos casos debo advertir que considero esencial la validación por parte del Letrado de la Administración de Justicia o del juez, en función de la distribución de competencias llevada a cabo por la LEC, y que sea revisada por el juez como titular de la función jurisdiccional.

QUINTA. La implantación de la ciberjusticia debe respetar los principios esenciales del proceso, distinguiendo aquellos que informen directamente la estructura del proceso y que constituyen una garantía de éxito de la decisión jurisdiccional como son los principios de dualidad de posiciones, de audiencia y de igualdad y otros que son consecuencia del objeto del proceso. Los primeros tienen un carácter eminentemente técnico y estos últimos están instruidos en él.

SEXTA. La regulación de la ciberjusticia debe incluir la obligación de que las partes tengan acceso a los criterios de decisión del litigio y a la posibilidad de ser escuchadas y formular alegaciones sobre la aplicación de estos al caso concreto. Las partes deben tener la posibilidad de refutar los criterios utilizados por las aplicaciones informáticas para sugerir la solución del caso especí-

fico, y esto sólo puede garantizarse si se hacen públicos. Por lo tanto, es esencial que el mismo sea diseñado por el poder legislativo y aplicado por el poder judicial.

SÉPTIMA. Es fundamental que la aplicación de las tecnologías de la información a los mecanismos de resolución de conflictos respete la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

La ciberjusticia planteará el problema de quién controla la implantación y programación de las aplicaciones informáticas. En el sistema legal español y continental, en el que no se sigue el sistema de los precedentes, la aprobación del sistema informático y de la determinación de los algoritmos que son aplicables al proceso judicial es competencia del poder legislativo.

OCTAVA. Las notificaciones procesales son esenciales para respetar el derecho a una tutela judicial efectiva de las partes. Es por eso que deben hacerse en la forma legalmente prevista.

El legislador prevé que las notificaciones hechas a las partes no personadas deben hacerse personalmente, sin que esté previsto que se realicen de forma telemática ni cuando la parte tenga la obligación de comunicarse de esta forma con la Administración de Justicia. Debería modificarse la LEC para prever que cuando la parte tenga la obligación de comunicarse de manera electrónica con la Administración de Justicia la notificación de la pendencia del proceso debe efectuarse en este formato.

NOVENA. Las relaciones entre las personas se realizan de manera mayoritaria en formato digital. Por ello es esencial la prueba electrónica como medio de prueba para incorporar las fuentes de prueba al proceso.

La aportación de la prueba electrónica debe efectuarse en los escritos de demanda y de contestación en la forma prevista por la LEC. Las partes pueden impugnarla en la audiencia previa del juicio ordinario o al inicio de la vista del juicio verbal. Si se impugna la autenticidad no existe una presunción iuris tantum de falsedad, sino que es necesario que sea razonable y sin que sea suficiente una negación de carácter genérico o indeterminado. La autenticidad de la prueba electrónica puede acreditarse a través de un dictamen pericial. También debe atenderse a otros hechos o indicios que ratifiquen su autenticidad o falsedad, que se podrán acreditar a través de otros medios de prueba.

DÉCIMA. La opción legislativa para promover el uso de ADR y ODR es especialmente útil en reclamaciones de pequeñas cuantías.

Si se acude a un ODR, en el que se automatiza la decisión, la forma en que se da el consentimiento del consumidor es esencial para que sus datos personales sean procesados para obtenerlo y que se le facilite información significativa a la lógica subyacente de la decisión. Además, las partes tienen derecho a no estar sujetas a decisiones basadas únicamente en el procesamiento automatizado.

UNDÉCIMA. La automatización en la adopción de decisiones judiciales no se puede hacer porque es contraria al principio de independencia judicial. Además, el sistema continental no regula el sistema de precedentes judiciales, lo que dificulta la previsibilidad de las decisiones judiciales.

DÉCIMO SEGUNDA. La automatización de la adopción de decisiones judiciales sólo sería posible con respecto a las resoluciones adoptadas por el mismo órgano jurisdiccional cuando los hechos del proceso sean idénticos o asimilables. En este caso se limita a las resoluciones anteriores del órgano jurisdiccional, pero no con respecto a otras. Este podrá apartarse cuando lo motive.

DÉCIMO TERCERA. La aplicación de la Inteligencia Artificial a la adopción de resoluciones judiciales es asimilable a defender la teoría del silogismo judicial, que ha resultado insuficiente al ser incompleta, ya que excluye las sentencias subjetivas del derecho, hace una distinción artificial entre hecho y derecho y no explica la aplicación de la equidad. Por lo tanto, en este momento no es posible utilizarla para sustituir a la decisión jurisdiccional.

En cualquier caso, la Inteligencia Artificial es una herramienta muy útil para facilitar la labor decisora del órgano jurisdiccional y de las partes en su actuación procesal, que puede contribuir a una mayor eficiencia de los mecanismos de resolución de conflictos.

DÉCIMO CUARTA. La aplicación de las tecnologías de la información puede proporcionar una mayor eficiencia al proceso de ejecución, en el que muchas de las actuaciones procesales pueden ser automatizadas, como la averiguación judicial del patrimonio, el embargo o la tasación de los bienes.

Es esencial recordar que esto no puede aplicarse en detrimento del derecho de defensa de las partes. En otras palabras, la solicitud debe ser transparente y debe permitir a las partes conocer los criterios de la decisión y presentar argumentos que serán resueltos por el órgano jurisdiccional.

DÉCIMO QUINTA. La conclusión es que la adaptación del proceso judicial a las nuevas tecnologías puede proporcionar más eficacia al proceso judicial y a la protección del consumidor. Pero es necesario distinguir las siguientes áreas:

- Es necesario reforzar los mecanismos de resolución de conflictos alternativos o complementarios al proceso judicial en el que no es factible iniciarlo porque no supera el umbral económico de la litigiosidad.
- En la situación actual, las tecnologías de la información no pueden sustituir la decisión de la persona física, pero si son una ayuda esencial para favorecer una mayor efectividad.
- El órgano competente para regularla es el poder legislativo.
- Sería posible aplicar la inteligencia artificial a la adopción de decisiones en los ODR en caso de que las partes dieran su consentimiento expreso, que los criterios de toma de decisiones sean transparentes y garantizaran el derecho de las partes a realizar alegaciones.
- El legislador podrá imponer la obligación de las partes de acudir a un mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el proceso judicial si no impide el acceso a los órganos jurisdiccionales en un plazo razonable.
- La aplicación de tecnologías de IA al proceso judicial, tanto al proceso de declarativo como al de ejecución, puede dotarles de mayor eficacia cuando la resolución judicial venga impuesta por la ley.. En cualquier caso, se debe permitir a las partes formular un recurso para el que el juez revise la decisión adoptada de forma automatizada
- La implantación de las tecnologías de la información y la inteligencia artificial en el proceso judicial no puede llevarse a cabo automáticamente, pero es esencial llevar a cabo una auditoría de los procedimientos existentes y analizar cómo puede contribuir a darle una mayor eficacia.
- Las tecnologías de la información y la inteligencia artificial pueden contribuir a una mayor protección de los consumidores al obligar a los profesionales a someterse a un ODR en la que se haga una propuesta de resolución, a menos que las partes no autoricen el tratamiento automatizado de sus datos y que se adopte la resolución.
- El consentimiento no puede ser tácito, sino que debe recibir información previa y hacerlo expresamente.
- Los criterios de la decisión automatizada deben ser transparentes para las partes y el poder legislativo debe regularlos, siendo el poder judicial quien debe aplicarlo al proceso judicial.
- La regulación del proceso telemático debe garantizar a las partes el acceso al mecanismo de resolución de conflictos, especialmente en los casos de la brecha digital.

Bibliografía citada

- ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho Probatorio*, edit. José María Bosch, Barcelona, 2012.
- ABEL LLUCH, Xavier. «La prueba documental», en *La prueba documental*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2010.
- ALMAGRO NOSETE, José. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, tomo 1º -con TOMÉ PAULE-, ed. Trivium, Madrid, 1993.
- ALONSO—CUEVILLAS SAYROL, Jaume. «Internet y prueba civil», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2001, número 4.
- ARMENTA DEU, Teresa. «Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales», en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2018.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Derivas de la justicia, tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambio*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2021
- ARMENTA DEU. «El derecho a la igualdad entre mujer y hombre: tratamiento procesal civil», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2010 número 1, pp. 39 y ss
- ARRABAL PLATERO, Paloma. *La prueba tecnològica: aportación, pràctica y valoración*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2020..
- ARRIBAS ALTARRIBA, Javier. «La prueba del hecho notorio», en *Objeto y carga de la prueba*, Barcelona 2007, versión electrónica Vlex id. VLEX-444458.
- BANACLOCHE PALAO, Julio. «El proyecto de nueva oficina judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?», en *Diario La Ley*, 3 de agosto de 2009.
- BARONA VILAR, Silvia, *Algoritmización del derecho y de la justicia, de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021
- BARRAL VIÑALS, Immaculada. «la resolución extrajudicial de conflictos con consumidores tras la ley 7/2017: la mediación de consumo y otros ADRs», en *El sistema de ADR/ ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, edit. Atelier, Barcelona, 2019.
- BENNASAR. Jaume. *La validez del documento electrónico y su eficacia en sede processal*, edit. Lex Nova, Valladolid, 2010.
- BERZOSA FRANCOS, “Principios del Proceso”, en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 1992-3.
- BIONDI, «In tema di potere discrezionale del giudice (appunti e spunti polemici)» en *Rivista di Diritto Processuale* 1928.

- BLASCO SOTO, M. Del Carmen. «El diseño básico de la nueva Oficina Judicial: visión crítica del proyecto», en *Diario La Ley*, número 7208, 1 de julio de 2009.
- BONET NAVARRO, José. «Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil», en *Diario la Ley*, 6 de octubre de 2009, referencia D-103-.
- BONET NAVARRO, José «La tutela judicial de los derechos no humanos, de la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos», en *Revista CEFLEGAL*, CEF, número 208, mayo 2018, pp. 68 y ss.
- BOUCIER, Daniele. *Inteligencia Artificial y Derecho*, edit. UOC, Barcelona, 2002
- BUENO MATA, Federico. *Prueba electrónica y proceso 2.0. especial referencia al proceso civil*, edit. Tirant lo Blanch, 2014, ref. TOL4.147.241 Doctrina.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. «Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio», en *Justicia*, 1991, número III, pp. 565 y ss.
- CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos. *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, edit. Aranzadi, 2010.
- CACHÓN CADENAS, Manuel. «Inconstitucionalitat d'una part del contingut de la llei 13/2009», *Mon Juridic*, febrero 2010, pp. 22 y ss.
- CACHÓN CADENAS, Manuel. *La ejecución procesal civil*, edit. Atelier, 2ª edición, Barcelona, 2018.
- CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Madrid, 1936.
- CALAMANDREI, Piero. «El carácter dialéctico del proceso», *Proceso y democracia*, ed. Ejea, Buenos Aires, 1960.
- CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil. Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, ed. EJEa, Buenos Aires, 1962.
- CALAMANDREI, Piero. «La Génesis Lógica de la Sentencia Civil», en *Estudios sobre el Proceso Civil*, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- CALAMANDREI, Piero. «La crisis de la motivación», en *Proceso y Democracia*, ed. EJEa, Buenos Aires, 1960.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia. *Introducción al derecho procesal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia. "El realismo mágico del nuevo proceso civil", en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2021, núm. 2.
- CAPOGRASSI, Giuseppe. «Giudizio, processo, scienza, verita». *Rivista di Diritto Processuale* 1959, pp. 1 y ss.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*, ed. EJEa, vol. I, Buenos Aires, 1971.
- CARNELUTTI, Francesco. «Matemática e diritto». *Rivista di Diritto Processuale* 1951.
- CARNELUTTI, Francesco. «Profilo dei rapporti tra diritto e processo», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1960
- CARRATTA, Antonio. «Decisioni robotica e valori del processo», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, número 2, pp. 491 y ss.
- CARRERAS LLANSANA, Jorge. *el Embargo de Bienes*, ed. Bosch, Barcelona, 1957.
- CARRERAS LLANSANA, Jorge. «Las fronteras del juez», en *Estudios de Derecho Procesal* (con FENECH NAVARRO), Barcelona, 1962, p. 103 y ss.

- CEPEJ, *Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018.
- CEPEJ, *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia la cyberjusticia*, Documento adoptado en la 32 Reunión plenaria de la CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de junio de 2019.
- CEPEJ. *Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018.
- CGPJ. *La nueva oficina judicial*, CGPJ, Madrid 2006.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. «Capítulo X. la prueba tecnológica», en *La prueba (civil)*, dir. Romero pradas y González Cano, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 (TOL6.433.965).
- COMMISSION TO REIMAGINE THE FUTURE OF NEW YORK'S COURTS. *Report and Recommendations of the Future Trials Working Group*, mayo de 2021. Se puede consultar en <https://www.nycourts.gov/whatsnew/pdf/future-trials-working-grp-april2021.pdf>, último acceso el 18 de septiembre de 2021.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, Sección Especial para la reforma de a Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.
- COMOGGIO, Luigi Paolo. «Riflessioni su rule of law e precedente giudiziale», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, pp. 942 y ss.
- CONSEJO DE EUROPA/TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Derecho a un proceso equitativo (parte civil)*, Estrasburgo, 2013.
- CONSTANTINO, Giorgio. «La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza», en *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, pp. 645 y ss.
- CREMADES, Bernardo María, *el recurso en interés de ley*, edit. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969.
- CUCARELLA GALIANA, Luis. *Derecho Procesal Civil*, 15ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona, 2018.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil*, tomo I (con FERNÁNDEZ), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. «El acabose de nuestra Justicia», en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 3, pp. 16 y ss.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Curso de Derecho procesal Civil*, edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil*, tomo I (con FERNÁNDEZ), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio. «Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Proceso Penal», en *Jueces Para la Democracia*, número 40, 2001.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. «Creación Judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de ley», en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, enero 2013.

DWORKIN. *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984.

FAIREN GUILLEN, Víctor. *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, voz «demanda», tomo VI, Barcelona, 1954, p. 749 y ss.

FAIREN GUILLEN, Víctor. «La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española», en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo II, Madrid, 1969

FAIREN GUILLEN, Víctor. «De los 'hechos' al 'derecho'. Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995», en *Revista de Derecho Procesal*, 1997-2

FAIREN GUILLEN, Víctor. «Examen provisional del proyecto de reforma procesal —en situación de enmiendas en el Congreso de los Diputados—», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2009, pp. 3 y ss.

FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio. «El necesario debate sobre el nuevo modelo de oficina judicial», en *Diario La Ley*, número 7191, 8 de junio de 2009

FERRAJOLI, Luigi. «Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial», en *Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico*, número 20, 2016, pp. 65 y ss

FERRERES COMELLES, Víctor. «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, edit. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

FISS, Owen. «Contra la conciliación», en *El Derecho como razón pública*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2007,

FONS RODRIGUEZ, Carolina. «Reconocimiento judicial y nuevas tecnologías. ¿Puede solicitarse la prueba de un reconocimiento judicial para que el juez presencie, a través de videoconferencia, las imágenes que recoge una persona sobre un determinado lugar o espacio fuera de la circunscripción judicial, y con ello evitar que se tenga que acudir al auxilio judicial», en *La prueba de Reconocimiento Judicial*, dir? Xavier Abel Lluch y Joan Pico Junoy, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 475 y ss.

FUENTES SORIANO, Olga, y ARRABAL PLATERO, Paloma. «Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un principio de prueba. Comentario a la STS 375/2018, de 19 de julio», en *Revista General de Derecho Procesal*, número 47, 2019.

GARCIMARTIN MONTERO, Regina. *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1997.

GARCIA ROSTAN, Gemma. «Los formularios y el principio de legalidad», en *Aciertos, excesos y y carencias en la tramitación del proceso*, edit. Atelier, dir. Juan H. Perezagua Javier López Sánchez, edit. Atelier, Barcelona, 2020,

GARRIGA ARIÑO, Fernando. *Los supuestos juicios de equidad de la Ley de Propiedad Horizontal*, edit. Marcial Pons. Madrid, 2001.

GASCON INCHAUSTI, Fernando, «Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo», en *Tribunales de Justicia*, 2001 (3), pp. 69-77. Se puede consultar en <https://eprints.ucm.es/26589/>.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamento de Derecho Procesal*, edit. Civitas, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, Vicente. *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, edit. Boe, Madrid, 2021.

GIULIANI. «Leibnitz e la teoria dei fatti relazionali», en *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1993, núm. 2.

- GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1º —con HERCE QUEMADA—, ed. AGESA, Madrid, 1979, 8ª edición.
- GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona, 1997.
- GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943.
- GUILLÉN LÓPEZ, Enrique. «Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 42, 2018, pp. 335 y ss.
- GUZMAN FLUJA, Vicente. «sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de conflictos», en *Justicia civil y penal en la era global*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 69 y ss.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan. *Lo jurisdiccional en entredicho*, edit. Aranzadi, 2014.
- ILLAN FERNÁNDEZ, José María. *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, Pamplona, 2009.
- JIMENO BULNES, Mar. *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1991.
- JUAN-SÁNCHEZ, Ricardo. *Proceso justo en España y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, edit. Aranzadi, 2020.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, edit. Ariel, Barcelona, 1980.
- MARINONI, Luiz Guilherme. «El precedente interpretativo», en *Revista Jurídica Luso Brasileira*, año 3, 2017, número 2, pp. 423 y ss.
- MARTIN DEL BURGO Y MARCHAN, «Una visión antidogmática de la sentencia», en *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1997, núm. 634-635.
- MARTIN BULLINGER, «La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial», en *la Ley*, 1987-4, pp. 896 y ss.
- MAZARELLA, Ferdinando. «Fatto e diritto' in cassazione», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, pp. 82 y ss.
- MENG YU y GUODUNG DU, *Why are Chinese Courts tuning to AI?*, en <https://thedi diplomat.com/2019/01/why-are-chinese-courts-turning-to-ai/>, consultado por última vez el 18 de septiembre de 2021.
- MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Tecnos, Madrid, 1976.
- MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*, vol 1, edit. J.M.Bosch, Barcelona, 1994.
- MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2005,
- MONTON REDONDO, Alberto. *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977.
- MORÓN PALOMINO, Manuel. «Problemática de la Sentencia Civil», en *Revista de Derecho Procesal*, 1964, p. 47 y ss
- MORÓN PALOMINO, Manuel. *Derecho Procesal Civil (Cuestiones Fundamentales)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. «Comentario sobre las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007. A vueltas con el valor vinculante de la jurisprudencia», en *Revista General de Derecho Procesal*, 2009, 17.
- Muñoz Aranguren, Arturo. *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2018.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís. «¿Cuándo se deben impugnar los documentos acompañados con la demanda?», en *Revista Jurídica de Catalunya* 2008-2, p. 561.
- MUÑOZ SABATÉ. LLUÍS. *TÉCNICA PROBATORIA*, BARCELONA, 1993.

- MUÑOZ SABATE, Lluís. «Indicios probatorios en los escritos de alegaciones», en *Estudios de práctica procesal*, Barcelona, 1987, p. 195 y ss.
- NASI. «Fatto –giudizio di—», en *Enciclopedia di diritto*, tomo XVI, Milan, 1967, p. 201 y ss.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal I, Introducción*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2018.
- NIEVA FENOLL, Jordi. «La obligatoriedad vs voluntariedad en el sistema arbitral de consumo», en la *Ley, Mediación y Arbitraje*, número 4, oct-dec 2020, 1 d'octubre de 2020.
- NIEVA FENOLL, Jordi. «la prueba en documento multimedia», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, Barcelona, 2000, tomo II, pp. 441 y ss.
- NIEVA FENOLL, Jordi. «Práctica y valoración de la prueba documental multimedia», en *Diario La Ley*, año 2009, referencia R1876, versión electrónica.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000.
- NIEVA FENOLL, Jordi. «Un cambio generacional en el proceso judicial: la inteligencia artificial», en *Derecho procesal. Retos y transformaciones, V Memorial MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ*, EDIT. ATELIER, BARCELONA, 2021, PP. 284 Y SS.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *El recurso de casación civil*, edit. Ariel Derecho, Barcelona, 2003
- NOYA FERREIRO, Lourdes, en «La extensión procesal. Del ámbito del enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Tratado sobre el Proceso Administrativo*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, documento TOL7.435.014.
- OLIVER, Nuria. «Inteligencia artificial: ficción, realidad y ... sueños», *discurso de toma posesión como académica de número de la Real Academia de Ingeniería leído en la sesión solemne de 11 de diciembre de 2018*. Está disponible en versión electrónica en <http://www.raing.es/es/publicaciones/discursos-de-ingresos/inteligencia-artificial-ficci-n-realidad-y-sue-os>
- ORMÁZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. «Informática y prueba judicial. Especial referencia a la firma electrónica», en *Empresa y prueba informática*, dir. Abel Lluch, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 43 y ss.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, edit. La Ley, Madrid, 2000.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco, y PICO JUNOY, Joan. «Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1995, núm. 3, pp. 27 y ss.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Introducción al derecho procesal*, Granada, 1999
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2019.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. «Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa», en *Revista General de Derecho Procesal*, número 54, 2021.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto. «La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, pp. 905 y ss.
- PERDIGUERO BAUTISTA, Eduardo. «las reformas procesales para la implantación de la nueva oficina judicial en el proceso declarativo», en *Diario La Ley*, número 7237, 9 de septiembre de 2009.

- PERELMAN, Chaim. *Raisonnement juridique et logique juridique*, en «IX Archives de Philosophie du Droit», 1966, pp. 1 y ss
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2012
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. «La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva», en *Indret, revista para el análisis del derecho*, Barcelona, abril 2019.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. «La nulidad del convenio arbitral incluido en los contratos DE ADHESIÓN», EN *REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA*, 2007, NÚMERO 4, PP. 1046 Y SS.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. «La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, número 1, pp. 88 y ss.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. en «La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva», en *Indret, revista para el análisis del derecho*, Barcelona, abril 2019.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *La protección civil de los derechos fundamentales*, edit. Atelier, Barcelona, 2011.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *El allanamiento en el proceso civil*, Barcelona, 2000.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. «Especialidades procesales del desalojo de la vivienda ocupada ilegalmente», en *Revista General de Derecho Procesal*, número 46, septiembre 2018.
- PÉREZ GORDO, Alfonso. «El control de constitucionalidad de las leyes», *Revista Jurídica de Catalunya*, número 3, 1972, pp. 83 y ss., que se publicó también en *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Portico, Zaragoza, 1981, pp. 365 y ss
- PÉREZ GORDO, Alfonso. *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, edit. Bosch. Barcelona, 1982.
- PICO JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2011.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo. «Los hechos en casación», en *Estudios y comentarios para la teoría y la practica procesal civil*, vol. I, Madrid, 1950, pp. 244 y ss.
- PUNZI, Carmine. *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milan, 1963.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil*, tomo I. Edit. Atelier, Barcelona, 2008.
- RAMOS MENDEZ, Francisco. «El umbral económico de la litigiosidad», en *Elogio de la nada procesal*, edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 297 y ss.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho y proceso*, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1978.
- RAMOS MENDEZ, Francisco. *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, 2000.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El sistema procesal español*, edit. Atelier, Barcelona, 2016.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, edit. Atelier, Barcelona, 2008.
- RASSELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile, vol. I (Esposizione critica della dottrina. Nozione generale)*, Padua, 1927.
- RIZO GÓMEZ, Belén. «La exclusión de los hechos notorios de la actividad probatoria y la prueba de la costumbre», en *Práctica de los Tribunales*, número 43, sección estudios, Noviembre 2007.

- RODOTA, Stefano. *El derecho a tener derecho*, edit. Trotta, Madrid, 2014.
- ROSADO IGLESIAS, Gema. «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 28, mayo-agosto 2006, pp. 83 y ss.
- SANCHIS PRIETO, Carolina, y CHAVELI DONET, Eduard. *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivos en la LEC 1/2000*, Valencia, 2002. Referencia TOL 234.8.
- SATTA, Salvatore. *Derecho Procesal Civil. Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. II, ed. EJE, Buenos Aires, 1971.
- SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen I, edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- SATTA, Salvatore. «Jurisdicción, nociones generales», en *Soliloquios y coloquios de un jurista*, Buenos Aires, 1971.
- SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*, 8ª edición
- SATTA, Salvatore, y PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*, vol II, Padua, 1992.
- SATTA, Salvatore. «Il Misterio del Processo», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1949
- SENTIS MELENDO, Santiago. «Ex factor oritur ius —del hecho nace el derecho—», en *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1978, p. 391 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. «Notas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Mon Juridic*, abril 2010, pp.19 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. «El juicio jurisdiccional», en *Jurisdicción, acción y proceso*, edit. Atelier, Barcelona, 2008.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. «Jurisdicción», en *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Ariel, Barcelona, 1969.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. «La prueba documental», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, edit. Difusión, Barcelona, 2001. También en *Estudios de Derecho Probatorio*, edit. Communitas, Lima, 2009.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. «Notas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Mon Juridic*, abril 2010, pp.19 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2º, dir. Manuel Albaladejo, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981. Publicado más recientemente en «la prueba de las obligaciones», en *Estudios de Derecho Probatorio*, edit. Communitas, Lima, 2009.
- SERRA DOMINGUEZ, Manuel. en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 785.
- SIGÜENZA LÓPEZ, Julio. «¿Límites a los escritos procesales de las partes?», en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, dir. Juan H. HERRERO PEREZAGUA y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, edit. Atelier, Barcelona, 2020
- SIGÜENZA LÓPEZ, Julio. «Excesiva extensión de los escritos procesales como posible causa de inadmisión de los recursos extraordinarios en el orden civil de la jurisdicción», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 3/2021
- TAPIA FERNANDEZ, Isabel. «¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)», en *Justicia* 2017, número 2, pp. 21 y ss.
- TARUFFO, Michele. *Aspectos del precedente judicial*, edit. Coordinación Editorial, Nuevo León, 2018.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione de la sentenza civile*, Padua, 1975.

- TARUFFO, Michele. TARUFFO, en «Precedente y jurisprudencia», en *Precedente Revista Jurídica*, 2007, pp. 86 y ss.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Derecho a un proceso equitativo (parte civil)*, elaborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estrasburgo, 2013.
- TRIBUNAL SUPREMO, Sala de Gobierno. *Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014*.
- VALLESPÍN PÉREZ, David. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2002.
- VALLESPÍN PÉREZ, David. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, edit. Bosch, Madrid, 2018.
- VAZQUEZ SOTELO, José Luis. «Discrecionalidad y Derecho Procesal», en *Justicia*, 1995.
- VIEHWEG, *TÓPICA Y JURISPRUDENCIA*, TRADUCCIÓN DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, MADRID, 1986.
- VILABOY LOIS, Lotario, y GONZÁLEZ PILLADO, Ester. *La prueba por medio de los modernos avances científicos-tecnológicos en el proceso civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1993.
- VOGELS, Emily A, Digital divide persists even as Americans with lower incomes make gains in tech adoption, 22 de junio de 2021, en <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2021/06/22/digital-divide-persists-even-as-americans-with-lower-incomes-make-gains-in-tech-adoption/>, último acceso el 26 de agosto de 2021.
- VOGELS, Emily A, Some digital divides persist between rural, urban and suburban America, 19 de agosto de 2021, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2021/08/19/some-digital-divides-persist-between-rural-urban-and-suburban-america/>, último acceso el 26 de agosto de 2021.
- XIOL RIOS, Juan Antonio. «El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, número 3, septiembre 1986.



Director
Francisco Ramos Méndez

1. RAMOS MÉNDEZ, F., *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, 2004.
2. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal*, 2016, 12ª ed.
3. ESCALER BASCOMPTE, R., *La administración judicial*, 2004.
4. RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 2019, 11ª ed.
5. FURQUET MONASTERIO, N., *Las comunicaciones procesales*, 2005.
6. RAMOS MÉNDEZ, F., *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, 2005.
7. GUASCH FERNÁNDEZ, S., *El juicio cambiario*, 2006.
8. RAMOS ROMEU, F., *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*, 2006.
9. NIEVA FENOLL, J., *La cosa juzgada*, 2006.
10. DEL POZO PÉREZ, M., *Violencia doméstica y juicio de faltas*, 2006.
11. ESCALER BASCOMPTE, R., *El desahucio por falta de pago*, 2006.
12. YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad de actuaciones y comunicaciones judiciales fallidas*, 2006.
13. NIEVA FENOLL, J., *Enjuiciamiento prima facie*, 2007.
14. ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio de acusación*, 2007.
15. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, 2008.
16. BUJOSA VADELL, L., *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, 2008.
17. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción, Acción y Proceso*, 2008.
18. SBERT PÉREZ, H., *Investigación del Patrimonio del Ejecutado*, 2009.
19. CACHÓN CADENAS, M., PICÓ JUNOY, J. (Coord.), *La ejecución civil: problemas actuales*, 2009.
20. SERRA DOMÍNGUEZ, M. (LIBER AMICORUM), *Realismo jurídico y experiencia procesal*, 2009.
21. VÁZQUEZ SOTELO, J. L. (LIBER AMICORUM), *Rigor doctrinal y práctica forense*, 2009.
22. CALVO SÁNCHEZ, M., *Control de la imparcialidad del tribunal constitucional*, 2009.
23. MALLANDRICH MIRET, N., *MEDIDAS CAUTELARES Y ARBITRAJE*, 2010.
24. PÉREZ DAUDÍ, V. (Coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, 2011.
25. RUIZ DE LA FUENTE, M. C., *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*, 2011.
26. ALISTE SANTOS, T. J., *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, 2011.
27. PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección civil de los derechos fundamentales*, 2012.
28. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., *El derecho de defensa y la profesión de abogado*, 2012.
29. MARTÍN RÍOS, Mª Del P., *Víctima y justicia penal*, 2012.
30. RAMOS MÉNDEZ, F., *El juicio civil*, 2019, 3ª ed.

31. PÉREZ MARÍN, M^a A., *La criminalidad en la Unión Europea: El camino hacia una jurisdicción penal común*, 2012.
32. ESCALER BASCOMPTE, R., *Medidas cautelares y ejecución*, 2013.
33. PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, 2013.
34. CALVO SÁNCHEZ, M. (*Liber amicorum*), *Proceso, Eficacia y Garantías en la Sociedad Global*, 2013.
35. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. (*Liber amicorum*), *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo*, 2013.
36. LETELIER LOYOLA, E., *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, 2013.
37. CACHÓN, PICÓ, RIBA, RUIZ (Coord.), *Problemas procesales del concurso de acreedores*, 2013.
38. CACHÓN CADENAS, M., *La ejecución procesal civil*, 2014.
39. BILBAO BERSSET, J., *La vis atractiva de los juzgados de violencia sobre la mujer*, 2014.
40. RAMOS MÉNDEZ, F., *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, 2014.
41. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *Constitución y Poder Judicial*, 2015, 2^a ed.
42. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., SUÁREZ ROBLEDANO, J. M., *Independencia judicial y Consejos de la Judicatura y Magistratura*, 2015.
43. MARTÍN GARCÍA, A. L., BUJOSA VADELL, L., *La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, 2016.
44. HERMOSO DE MENA, N., *Ejecución hipotecaria. Cuestiones registrales y procesales*, 2016.
45. ORRIOLS GARCIA, S., *El judici de petició de l'ilegítima. Aspectes substantius i processals*, 2016.
46. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, 2016.
47. RAMOS MÉNDEZ, F., *Elogio de la Nada Procesal*, 2016.
48. NEIRA PENA, ANA M^a (Dir.), BUENO DE MATA, F., PÉREZ GAIPO, J. (Coord.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, 2016.
49. ESCALER BASCOMPTE, R., *La carga de la prueba*, 2017.
50. CACHÓN CADENAS, MANUEL, *Francisco Beceña: un procesalista de primera hora*, 2017.
51. ROCA MARTÍNEZ, J. M^a (Dir.), LOREDO COLUNGA, M. (Secretario académico), *El proceso penal en ebullición*, 2017.
52. GARCÍA-PERROTE FORN, M^a ELENA, *Los juicios paralelos. La incidencia de la publicidad del proceso penal en los derechos fundamentales*, 2017.
53. PÉREZ DAUDÍ, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, 2018.
54. NAVARRO VILLANUEVA C., *El Encarcelamiento femenino*, 2018.
55. IIDP Y IIAPL, *La prueba en el proceso / Evidence in the process*, 2018.
56. VELÁZQUEZ, S., *La Corte Constitucional del Ecuador y el estado constitucional de derechos y justicia*, 2018.
57. RAMOS MÉNDEZ F., (*Liber amicorum*). *Derecho y Proceso*, 2018.
58. CASTILLEJO MANZANARES, R. (DIR.), ALONSO SALGADO, C. (COORD.), *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*, 2019.
59. MIGUEL BARRIO, RODRIGO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y JUSTICIA PENAL. *Nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles*, 2019.

60. BUENO DE MATA F. (Dir.) Y GONZÁLEZ PULIDO I. (Coord.), *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, 2019.
61. ORTEGO PÉREZ F., *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, 2019.
62. ALDAY LÓPEZ CABELLO, F., *La exclusión de la prueba ilícita en España y México (Estudio comparado)*, 2020.
63. CACHÓN CADENAS M. Y PÉREZ DAUDÍ V. (Coord.), *El enjuiciamiento civil y penal*, 2019.
64. CONDE FUENTES J. Y SERRANO HOYO G. (Dir.), *La justicia digital en España y la Unión Europea*, 2019.
65. MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio Público y el proceso penal en Europa*, 2019.
66. BRANDÃO BARRIOS, L., *Víctima y Justicia Internacional*, 2020.
67. HERRERO PEREZAGUA J.F. Y LÓPEZ SÁNCHEZ J. (Dirs.), *Aciertos, errores y carencias en la tramitación del proceso*, 2020.
68. CACHÓN CADENAS M. (Estudio edición), JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ MARTÍN Y TALADRIZ. *Un magistrado contra el horror de la retaguardia en la guerra civil*, 2020.
69. PÉREZ DAUDÍ, V., *Tutela efectiva y derecho a la vivienda*, 2021.
70. BUJOSA VADELL, L. M., *Derecho procesal: retos y transformaciones*, 2021.
71. BUJOSA VADELL, Lorenzo M. (Dir.), BUENO DE MATA, Federico (Coord.), *Drones, investigación y medio ambiente*, 2021
72. RAMOS MÉNDEZ F., *Ita Ius Esto. Chequeo a la tutela efectiva prometida*, 2021
73. CACHÓN CADENAS M., *Introducción al enjuiciamiento civil*, 2021
74. PÉREZ DAUDÍ, V. (Dir.), MALLANDRICH MIRET, N. (Coord.), *¿Cuarentena de la administración de justicia?*, 2021

