

Lorenzo Mateo Bujosa Vadell
(Director)

DERECHO PROCESAL

RETOS Y TRANSFORMACIONES

 **Atelier**
LIBROS JURÍDICOS



FUNDACIÓN PRIVADA
**MANUEL
SERRA
DOMÍNGUEZ**

Derecho procesal: retos y transformaciones

CONSULTE ACTUALIZACIONES, ADDENDAS O VÍDEO-RESUMEN EN EL SIGUIENTE LINK O QR:
<https://www.atelierlibros.es/libros/derecho-procesal-retos-y-transformaciones/9788418244445/>



Lorenzo M. Bujosa Vadell

Director

Irene González Pulido

y Walter Reifarth Muñoz

Coordinadores

Derecho procesal: retos y transformaciones

AUTORES

Marien Aguilera Morales

Cristina Alonso Salgado

Pedro Álvarez Sánchez de Movellán

María Jesús Ariza Colmenarejo

Paloma Arrabal Platero

José Bonet Navarro

Federico Bueno de Mata

Gracia F. Caballero

José Caro Catalán

Elisabet Cueto Santa Eugenia

Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas

M^ª Luisa Domínguez Barragán

Tomás Farto Píay

Mercedes Fernández López

María Cristina Fernández González

Leticia Fontestad Portalés

Pablo García Molina

Ayllen Gil Seaton

Vicente Gimeno Sendra

Elena Gómez de Liaño Diego

Alicia González Monje

Pablo Grande Seara

Vicente C. Guzmán Fluja

Jesús-Miguel Hernández Galilea

Luis Alberto Hierro Sánchez

J. Ignacio Leo-Castela

Verónica López Yagües

Renato Machado de Souza

Núria Mallandrich Miret

Fernando Martín Diz

Pilar Martín Ríos

Rodrigo Miguel Barrio

Lidón Montón García

Carmen Navarro Villanueva

Jordi Nieva Fenoll

Manuel Ortells Ramos

Sílvia Pereira Puigvert

Enrique César Pérez-Luño Robledo

María Ángeles Pérez Marín

Walter Reifarth Muñoz

Ana Rodríguez Álvarez

Nicolás Rodríguez-García

Alba Rosell Corbelle

Consuelo Ruiz de la Fuente

Bárbara Sánchez López

Ana Sánchez-Rubio

Eva Isabel Sanjurjo Ríos

Guillermo Schumann Barragán

Selena Tierno Barrios

Félix Valbuena González

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 reprodujere, plagiare, 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.

© 2021 Los autores

© 2021 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18244-44-5

Depósito legal: B 6918-2021

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

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

Índice

PRESENTACIÓN	21
<i>Lorenzo M. Bujosa Vadell</i>	

TRÍPTICO DEL MEMORIAL	25
------------------------------------	----

CONFERENCIA DE APERTURA

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LA MEDIACIÓN PENAL	31
<i>Vicente Gimeno Sendra</i>	

I. La mediación penal y la creación judicial del derecho	31
II. Presupuesto y funciones de la mediación penal	32
III. Naturaleza del objeto	33
IV. Concepto y notas esenciales	34
1. Naturaleza de la mediación	34
2. El principio de oportunidad	34
3. Presupuesto	35
4. El mediador	35
5. Objeto	36
6. La resolución judicial	36
7. La reinserción del imputado	37
V. El principio material de oportunidad	37
1. Supuestos comunes (Parte General)	39
1.1. La atenuante de reparación del daño	39
1.2. La suspensión ordinaria y la sustitución de la pena privativa de libertad	40
2. Supuestos específicos (Parte Especial)	42
2.1. Fundados en una mejor aplicación del « <i>ius puniendi</i> »	42
2.2. Protección del erario público	43
2.3. Reparación del daño	44
2.4. La reinserción del imputado	44

II. Regulación de ambos procesos y delimitación de su ámbito de aplicación	730
III. Relaciones e interferencias entre el internamiento involuntario de menores por trastorno psíquico y el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos	732
1. El papel del Ministerio Fiscal.	733
2. Sobre el cese de la medida de internamiento/ingreso	734
3. Emisión de informes y seguimiento periódico	735
4. La audiencia a progenitores o tutores	736
5. La asistencia letrada	737
IV. Consideraciones conclusivas	739

CONFERENCIA DE CLAUSURA

TRANSFORMACIONES Y FUGAS DE LA JURISDICCIÓN COMO PODER DEL ESTADO	743
<i>Manuel Ortells Ramos</i>	
I. Algunas tesis de Manuel Serra Domínguez sobre la jurisdicción y las razones de mi desacuerdo.	743
II. Muy brevemente sobre la jurisdicción en la Constitución de 1978.	745
III. Las transformaciones de la jurisdicción en el ámbito interno: las orientaciones del legislador y del Tribunal Constitucional	746
1. Las características esenciales de la potestad que exclusivamente se puede atribuir a los Juzgados y Tribunales. ¿Cosa juzgada o ajenidad? Las funciones para-judiciales o arbitrales de la administración pública	746
2. La independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y las normas de vinculación al precedente o a la doctrina jurisprudencial de los órganos jurisdiccionales de grado superior	755
3. Las potestades de gestión y de dirección del proceso ¿son también, o en qué medida son, potestad jurisdiccional exclusivamente atribuible a los jueces?	758
4. Las transformaciones de la jurisdicción por la aplicación de las TIC en la gestión y dirección del proceso y en la resolución sobre su objeto	761
IV. Las transformaciones de la jurisdicción por la integración en la Unión Europea y por la eficacia de las sentencias del TEDH	766
V. Las fugas de la jurisdicción como poder del Estado.	770
1. Las fugas con la complicidad del Estado: arbitraje en tratados sobre inversiones y la jurisprudencia del TJUE en el caso Achmea (STJUE, Gran Sala, 6 de marzo de 2018)	770
2. Los espacios libres de poder estatal, incluido el jurisdiccional, y las actividades con relevancia jurídica en el entorno digital	775

Transformaciones y fugas de la jurisdicción como poder del Estado

Manuel Ortells Ramos
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

I. Algunas tesis de Manuel Serra Domínguez sobre la jurisdicción y las razones de mi desacuerdo

El de jurisdicción es uno de los conceptos fundamentales del Derecho Procesal. En mi opinión, el fundamental junto al del derecho a la tutela judicial. Es, pues, ajustado al tema general del Congreso tratar de sus transformaciones y de realidades que van más allá de las mismas.

Además, el tema es oportuno para un Memorial Profesor M. Serra Domínguez. Las páginas de Manuel Serra no solo fueron básicas para mi reflexión personal sobre la jurisdicción, sino que siguen siendo relevantes para un debate actual sobre esta institución, especialmente sobre la potestad jurisdiccional.

A veces, sin embargo, la oportunidad es un arma de doble filo. En efecto, es incómodo en este contexto tener que empezar por la expresión de mi desacuerdo con alguna de las tesis del profesor Serra sobre la jurisdicción.

Mi divergencia es de método y conviene que la explique brevemente, porque es importante para encuadrar lo que voy a exponer sobre las transformaciones y las fugas de la jurisdicción.

Manuel Serra Domínguez fue radicalmente crítico con el postulado metodológico de la relatividad de la jurisdicción¹. En mi opinión, sin embargo, un plan-

1. En SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Jurisdicción», en *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Editorial Ariel, 1969, p. 22, expresa en forma contundente que: «El concepto de jurisdicción es único y no admite relatividad; relativas son tan sólo las concretas manifestaciones de esa institución. Máxime si, a nuestro entender, la jurisdicción no se resuelve en una función estatal, sino que existe independientemente del Estado, siendo tan sólo unas circunstancias históricas las

teamiento dogmático del concepto de jurisdicción está abocado a ser insuficiente o insuficiente para explicar la jurisdicción según el Derecho de una determinada comunidad política y para descubrir y valorar sus cambios.

Es, en efecto, incorrecto establecer que «es la esencia o índole de la función y no de los órganos encargados de desarrollarla de lo que depende el carácter jurisdiccional», para después concluir que «órganos jurisdiccionales son aquellos a quienes se encomienda dicho cometido, sean éstos del orden judicial administrativo o, incluso, a veces legislativo, ya que la función jurisdiccional es el concepto expuesto no es exclusiva de los primeros»?

Y es, sin duda, insuficiente construir un concepto sólo de potestad jurisdiccional, sin profundizar ni en la calidad del órgano que la ejerce, ni en la existencia de una norma que imponga una exclusiva atribución de aquella potestad a un órgano con determinadas calidades. Enrico Allorio, que, como Manuel Ferrer centraba en la cosa juzgada la esencia de la jurisdicción, no dejó de expresar inseguridad sobre la consistencia de su tesis al enfrentarse con la posibilidad de un ordenamiento que permitiera, en alguna medida, actos administrativos no sujetos a censura jurisdiccional³.

El postulado de la relatividad de la jurisdicción implica sostener que esa jurisdicción depende de las normas constitucionales del Estado. En nuestro caso, de la Constitución española de 1978. Será en ese contexto en el que trataremos las transformaciones y fugas de la jurisdicción.

Esta concreción del parámetro de la relatividad me eximiría de recordar una crítica a la misma que formuló el profesor Gimeno Sendra en un trabajo publicado el año en que se aprobó la Constitución. Sustancialmente consiste en que el postulado de la relatividad podía servir para justificar la corrección de cualquier ordenación estatal de la jurisdicción⁴.

Evidentemente, la ordenación de la jurisdicción en la Constitución de 1978 es cualquier ordenación de la misma, sino precisamente una ordenación que

tada al paradigma de la jurisdicción en un Estado de Derecho. Y, en ese sentido, una ordenación compartida en lo esencial por las comunidades políticas cuya estructura respeta ese paradigma. No es ocioso mencionar esto ahora. En la medida en que los cambios de la jurisdicción conduzcan a sustraer su ordenación de los Estados para atribuirla a centros de poder supraestatales o extraestatales, el reto será examinar si esas nuevas estructuras de poder político respetan los valores del Estado de Derecho.

II. Muy brevemente sobre la jurisdicción en la Constitución de 1978

La norma que condensa la noción de la jurisdicción en la Constitución de 1978 es el art. 117.3.

Si la jurisdicción como actividad, como función, como potestad jurisdiccional, exclusivamente puede ser ejercitada por determinados órganos, cuyos requisitos establece también la Constitución, un concepto de jurisdicción que se ajuste a la ley fundamental exige caracterizar tanto el órgano como la actividad. Un concepto de jurisdicción referido solo al órgano nada resuelve, por lo que la propia Constitución ha previsto en el apartado 4 del art. 117 que, con límites, se les atribuyan funciones no jurisdiccionales. Un concepto de jurisdicción únicamente referido a la potestad solo permite determinar si ésta es jurisdiccional, pero no si la misma está válidamente atribuida de acuerdo con la Constitución.

De los varios requisitos que el art. 117.1 CE establece para el órgano jurisdiccional los prioritarios son el de que la sumisión exclusiva de los jueces y magistrados a la ley y el de su independencia. Los demás requisitos están en función de estos dos fundamentales. Algunos requisitos los establece la Constitución con el fin de garantizar la independencia. Es el caso de la inamovilidad (arts. 117.1 y 2, 159.5 CE), de las prohibiciones (art. 127.1 CE) y las incompatibilidades (arts. 70.1 a) y d), 127.2, 159.4 CE], del principio del juez legal (arts. 117.3 y 24.2 CE) y de la configuración constitucional de un régimen de gobierno autónomo de la Magistratura (art. 122 CE). El principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE) tiene la función de unificar las garantías de la independencia judicial en las diversas clases de órganos jurisdiccionales que la ley puede establecer, salvo los que la propia CE expresamente exceptiona de ese régimen uniforme. Por fin, la responsabilidad de los jueces y magistrados (art. 117.1 CE) tiene como presupuesto la exclusiva sumisión del juez a la ley y su independencia.

determinantes de que en el momento actual el Estado haya recabado para sí el monopolio de la jurisdicción que el Estado asuma la jurisdicción supone necesariamente una existencia de la misma anterior a este concepto de Estado. Por consiguiente, es perfectamente posible obtener un concepto válido de jurisdicción prescindiendo del sujeto que actualmente la detenta: el Estado.

2. Así, GORDILLO GARCÍA, M.: *Concepto de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pp. 31-32.

3. ALONSO, E.: «Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria», en *Problemas de Derecho Procesal* (1963), Melendo), Buenos Aires, 1963, pp. 30-31.

4. GIMENO SENDRA, V.: «Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación del juez», *Revista de Derecho*...

A los órganos que cumplen esos requisitos, y solamente a ellos, se les puede atribuir la potestad jurisdiccional, que el art. 117.3 CE se limita a definir como la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado.

Estos son los límites de la libertad de configuración normativa dentro de los cuales el legislador puede ordenar la jurisdicción, mantener una determinada ordenación o transformarla. Y también los límites que el TC concretará al evaluar si se impugnan normas o actos que no los respeten.

III. Las transformaciones de la jurisdicción en el ámbito interno: las orientaciones del legislador y del Tribunal Constitucional

La ordenación de la jurisdicción en el ámbito interno ha experimentado cambios o intentos de cambio de componentes importantes de la institución. Se podrían analizar sentencias del Tribunal Constitucional relativas a leyes que regular las competencias del Estado y de la Comunidades Autónomas sobre la ordenación de la jurisdicción, podían afectar a la unidad del poder estatal y al figurador de la jurisdicción, o a leyes sobre las atribuciones del CGPJ y al régimen de elección de sus miembros, materias relevantes para la concreción legal de la garantía de la independencia que constituye la razón de ser del sistema de gobierno autónomo del Poder Judicial, o a leyes sobre el rango de las normas rectoras del estatuto de los jueces, sin duda influyentes en el grado de garantía de su independencia.

Pero, como es imprescindible seleccionar, centraré mi atención en tres cambios o intentos del mismo, que me parecen especialmente importantes y apuntan algo sobre un cuarto cambio que se avizora en un horizonte no lejano.

1. Las características esenciales de la potestad que exclusivamente se puede atribuir a los Juzgados y Tribunales. ¿Cosa juzgada o ajenidad? Las funciones para-judiciales o arbitrales de la administración pública

La exclusividad de la atribución a los juzgados y tribunales de la potestad jurisdiccional exige una determinación precisa de en qué consiste esta.

A mi juicio, cuando el TC ha tenido oportunidad de ocuparse de esa determinación, ha rehuído hacerlo o lo ha hecho implícitamente de un modo que contrasta con la concepción tradicional de esa potestad y despeja el camino para una transformación de la misma. Esta orientación del TC concuerda con ciertas líneas de evolución del Derecho que siguen la misma dirección.

Para contextualizar los datos que después presentaré y que avalan objetivamente esta tendencia de transformación de la jurisdicción, debo hacer una mínima introducción⁵.

En una primera aproximación, la potestad jurisdiccional se distinguiría, entre las potestades jurídico-públicas, por ser la potestad de actuación del Derecho; es decir, la de imponer las reacciones previstas por el Derecho para los casos de infracción. Ahora bien, la teoría del Derecho —recuérdese la explicación keiseriana de la administración indirecta⁶— y la potestad de autotutela de la administración pública, tradicionalmente establecida en Derecho español y que la Constitución no prohíbe de modo general, hace necesario encontrar una cualidad distintiva entre esta potestad administrativa (de actuar el Derecho) y la potestad jurisdiccional.

Esa cualidad se encuentra fácilmente en la cosa juzgada, que, de modo evidente según el art. 106.1 CE, es un efecto jurídico que nunca podrá ser producido por la potestad de actuación del Derecho atribuida a la administración y sí únicamente por la potestad atribuida a los órganos jurisdiccionales.

Esto nos lleva al núcleo del problema.

Si la única nota característica de la potestad jurisdiccional fuera la de actuar el Derecho de modo irrevocable, la potestad de actuar el Derecho a la que legalmente no se le atribuyera esta eficacia —por estar previsto un control judicial posterior—:

⁵ No sería potestad jurisdiccional y, por tanto, no sería contrario a la Constitución encomendarla a órganos no jurisdiccionales.

⁶ Pero, además, el legislador no tendría ningún condicionamiento constitucional para establecer en qué casos la potestad de actuación del Derecho se debe atribuir, desde el principio, a los tribunales, o puede ser atribuida a órganos administrativos, con posterior control jurisdiccional.

Hay normas en la Constitución que excluyen esas conclusiones, pero solamente en supuestos específicos de actuación del Derecho —principalmente, los que implican limitación de derechos fundamentales y la actuación del Derecho penal—. El problema es si pueden entenderse excluidas con alcance más general.

⁵ Las ideas de esta introducción ya las expuse y desarrollé más ampliamente en ORTELLS RAMOS, M.: «Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 3, 1984-1985, pp. 415-458.

⁶ KEISER, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*. Ciudad de México, 1969, pp. 323-334.

La jurisprudencia del TC demuestra una clara inclinación por la cosa juzgada como criterio identificador. Veamos.

La STC 80/1983, de 10 de octubre, sobre un amparo directamente interpuesto contra una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada por la vigencia de la Ley de 20 de julio de 1963 y su Reglamento de 1965 — que expresamente excluían de la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de aquel llamado tribunal— no necesitó argumentar más allá del criterio de la cosa juzgada para concluir que aquella restricción había sido derogada por los arts. 24.2 y 106.1 de la Constitución.

En el caso de la STC 146/1996, de 19 de septiembre, el TC desestimó un recurso de inconstitucionalidad del Gobierno Vasco contra la Ley General de Publicidad, que se fundaba, principalmente, en que la atribución solamente a los órganos jurisdiccionales de las pretensiones fundadas en ilícitos publicitarios con la consiguiente supresión del antiguo Jurado Central de Publicidad y sus funciones, desconocía la competencia sobre la materia de publicidad que el Estatuto de Autonomía del País Vasco atribuía en exclusiva a la comunidad autónoma en colaboración con el Estado. El TC negó que se invadiera esa competencia, porque la nueva regulación se acogía a la competencia exclusiva del Estado sobre la materia procesal. Ciertamente la sentencia hubiera podido zonar que las potestades en casos de publicidad ilícita que, con anterioridad, tenían órganos administrativos, no les podían ser atribuidas por ser jurisdiccionales y, consiguientemente, la comunidad autónoma no podía retener competencias sobre esa parte del régimen jurídico de la publicidad. No lo considero necesario para fundar la desestimación. Tal vez porque no estaba en cuestión justificar que era inconstitucional atribuir potestad jurisdiccional a un órgano administrativo, sino explicar que, al tratarse de resolución de controversias entre particulares, la potestad estaba bien atribuida a los jueces.

No obstante, llama la atención que la sentencia se refiera en su f. j. 5^o, con un tono muy neutro en el aspecto argumentativo, a que: «En el Título IV de la Ley en el que se ubican los preceptos impugnados, se plasma, por consiguiente, la opción del legislador estatal (de entre los dos criterios procedimentales — jurisdiccional o administrativo— por los que alternativamente se pronuncia la re-

activa 84/450/CEE, generalizando sus previsiones respecto a la publicidad engañosa a todas las clases de publicidad ilícita), por la vía judicial como criterio para el ejercicio de las acciones de cesación y rectificación. No cabe duda de que las normas recurridas, que configuran un único bloque normativo con el resto de los preceptos contenidos en el referido Título, se insertan en el ámbito de la legislación procesal, pues la implantación o establecimiento de un mecanismo o mecanismo jurisdiccional como medio de resolución de las controversias derivadas en este caso del desarrollo de la actividad publicitaria».

Esa pregunta ya había tenido, en realidad, una respuesta parcial y afirmativa para la materia de arrendamientos rústicos en una sentencia dictada cuatro años antes.

La Ley 6/1986, de las Cortes Valencianas, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos valencianos, se dictó para regular legalmente unas relaciones arrendaticias que, hasta entonces, estaban regidas por la costumbre, y, *inter alia*, estableció que la declaración de que un concreto arrendamiento era de los consuetudinarios y, consiguientemente, sometidos a la nueva regulación legal, correspondía a la administración pública valenciana, con posterior control jurisdiccional por los tribunales del orden contencioso-administrativo.

Presentado un recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno del Estado, la STC 121/1992, de 28 de septiembre, no estimó inconstitucional esa atribución de potestades a la administración, sino solamente las normas de la ley autonómica sobre el orden jurisdiccional al que correspondía el control judicial del ejercicio de esas potestades. La LOPJ —dice el f. j. 4^o de la sentencia— ha delimitado ya «la competencia en el orden civil de los Juzgados y Tribunales en materia contractual en las controversias entre partes en materia de contratos privados. El legislador autonómico en ningún caso puede interferirse en dicho orden competencial o perturbarlo, pero esto es lo que ha venido a hacer con una norma que no puede ser entendida sino como excluyente de la intervención que, según la legislación aplicable, han de tener aquí los órganos jurisdiccionales civiles para resolver las controversias que surjan en torno a la calificación y régimen jurídico de estos contratos».

La tesis de la sentencia es discutible, porque si en ella se reconoce que el asunto es civil ¿tiene fundamento constitucional atribuir una potestad de resolución a la administración, aunque después sea jurisdiccionalmente controlable?

¹ Díez-Picazo Giménez, J., «Ley General de Publicidad. Sistema jurisdiccional de control de la publicidad engañosa», en

La argumentación del voto particular del magistrado Gabaldón López era más consistente: «Parece evidente que el reconocimiento por la Administración de la existencia de un contrato civil entre partes, determinante de todas unas consecuencias que afectan no sólo a quien solicitó aquel acto sino a los demás titulares de la relación jurídica, quienes además pueden ver modificado el contenido de los derechos que la costumbre o el pacto les confería, no es una actividad propia de la Administración sino una potestad de intervención que esa Ley le otorga más allá de sus propias facultades, invadiendo las que son propias de la Jurisdicción (art. 117.3 de la Constitución), puesto que función jurisdiccional es la que resuelve conflictos de intereses privados en la esfera del Derecho civil; y ese es el efecto propio del reconocimiento administrativo de los contratos de arrendamiento históricos».

Con los matices que se quieran —principalmente, que el letrado de la administración de justicia no es un órgano administrativo desvinculado del tribunal la STC 34/2019, de 14 de marzo, continúa la orientación de considerar la cosa juzgada como cualidad distintiva de la potestad jurisdiccional. Esa sentencia estima una auto cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del TC de varias normas contenidas en los arts. 34 y 35 LEC, sobre la jurisdicción del abogado, con fundamento en que excluyen la inmediata potestad de impugnación ante el juez del decreto del letrado de la administración de justicia que decide, después de la impugnación de la parte procesal requerida de pago y del abogado que solicitó el requerimiento, así como de ciertas comprobaciones documentales, cuál es la cantidad debida por el cliente a su abogado. Complementa la declaración de inconstitucionalidad integrando los preceptos inconstitucionales con una remisión provisional al llamado recurso de revisión.

La sentencia reconoce en su f. j. 6º que, en aquellas disposiciones de LEC que configuran un procedimiento sumario en el que el letrado de la administración de justicia, órgano no investido de función jurisdiccional (en el mismo sentido STJUE de 16 de febrero de 2017, asunto Margarit Panicello), valora la adecuación de la minuta a la actuación profesional del letrado, resuelve sobre los derechos del abogado frente a la parte que le ha encargado su defensa, determina la cuantía de lo adeudado e impone su cumplimiento al obligado. Es decir, el letrado decide sobre las relaciones jurídicas existentes entre abogado y su cliente, pues su decisión se proyecta sobre la procedencia de los honorarios reclamados, la documentación aportada y las actuaciones procesales realizadas durante la sustanciación de un litigio. Se le atribuyen facultades decisivas sobre cuestiones sustantivas como su propia competencia, el pago, la existencia de pactos relativos a los honorarios, la propia corrección de estos, su procedencia del procedimiento principal del que trae causa.

Tras esa constatación, la ilegitimidad constitucional de la regulación no debería fundarse en que la resolución del letrado de la administración de justicia no sea inmediatamente impugnabile ante el juez, sino en que quien no tiene la calidad de órgano jurisdiccional no puede ser investido de la potestad (jurisdiccional) de resolver sobre derechos y obligaciones nacidas de un contrato de arrendamiento de servicios entre terceros (la parte y su abogado), ni siquiera si el ordenamiento establece un control jurisdiccional posterior.

Esta orientación de la jurisprudencia del TC sigue la misma dirección de una tendencia preexistente en Derecho español, de una línea de evolución de la organización de los poderes públicos cuya importancia es especialmente notable en el Derecho de la Unión Europea, y coincide también con la orientación jurisprudencial del TEDH.

Parada Vázquez, en un trabajo de finales de los años 60 del pasado siglo, ya se ocupó de lo que llamaba «función arbitral» de la Administración, que no se le atribuye por los afectados, sino que es impuesta por las normas, que otorgan a la Administración un no necesario papel de árbitro, de juez provisional, decidida por ello de las cuestiones suscitadas a través de actos administrativos sólo atacables en la jurisdicción contenciosa, privando de este modo a los particulares afectados de un enfrentamiento directo dentro de un sistema de garantía equilibrado como es un proceso civil⁸. García de Enterría analizaba el fenómeno como exceso de la potestad de autotutela de la Administración⁹, Rivero Isern lo examinó, a finales de los años 70, en su específica manifestación de la Junta Central y del Jurado Central de Publicidad¹⁰.

Esta tendencia a atribuir a la administración potestades que sustancialmente son de resolución de controversias entre terceros, se refuerza con una forma de organización del poder público de gran importancia en los últimos tiempos: las administraciones o autoridades administrativas independientes. La atribución, en este caso, se legitima especialmente por el estatuto de independencia e imparcialidad de estas autoridades, que las acercan a las características orgánicas de los tribunales de justicia, y por las cualidades técnicas, científicas o de experiencia que se requieren de sus miembros, que favorecen la correcta aplicación de los criterios de actuación de estas entidades, todo lo cual influye en que el ejercicio de las mismas obtenga una mayor aceptación pública en general y especialmente de los sectores afectados.

⁸ PARADA VÁZQUEZ, J. R.: «Derecho administrativo, Derecho privado, Derecho garantizador», en *Revista de Administración Pública*, 1972, núm. 57, pp. 83-84.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (con FERRAZER T. R.): *Curso de Derecho Administrativo*, I. Civitas, Madrid, 1980, pp. 438-439.

¹⁰ RIVERO ISERN, E.: *Administración y Justicia: la Junta Central de Publicidad*, Civitas, Madrid, 1970, pp. 10-11.

En el plano internacional, esta forma de organización es recomendada especialmente para la aplicación del Derecho de la Competencia. Así, en los trabajos de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo sobre la determinación de la Competencia, aunque se reconoce que la determinación del organismo apropiado para la defensa de la competencia es cuestión que debe ser decidida por cada país: «La presente ley tipo se ha formulado en el supuesto de que la solución administrativa más eficiente probablemente sería un organismo público casi autónomo, con amplias facultades judiciales y administrativas para realizar investigaciones, adoptar decisiones, aplicar sanciones, etc., sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a un organismo judicial superior. Obsérvese que en la mayoría de los organismos creados en los últimos años (generalmente en países en desarrollo y en transición) existe la tendencia a concederles la mayor independencia administrativa posible».

En el Derecho de la Unión Europea la opción por una actuación del Derecho de entrada por la Administración, con posterior control jurisdiccional, en materia como Derecho de la Competencia y Derecho de la protección de datos personales se asume directamente para la atribución de potestades en la estructura administrativa propia de la Unión, mientras que, en cuanto a la aplicación de las disposiciones sobre aquellas materias, en el ámbito de cada uno de los Estados miembros dejan a estos la elección entre un modelo de primera instancia administrativa sujeta a control jurisdiccional o uno que encamine la aplicación directamente a los órganos jurisdiccionales.

Para el Derecho de la Competencia, el Reglamento (CE) núm. 1/2003, de 18 de diciembre, atribuye potestades concurrentes a la Comisión, a las autoridades administrativas de competencia nacionales y a los órganos jurisdiccionales nacionales (arts. 1, 2 y 3 Reglamento), si bien la Comisión y las autoridades nacionales no tienen competencia para resolver sobre indemnización de daños causados por las conductas contrarias a la competencia. Los órganos jurisdiccionales sí que tienen esa atribución, como reconoce el considerando 7 del Reglamento, pero la atribución también a éstos órganos de la potestad de aplicar directamente los arts. 81 y 82 del Tratado (actuales arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE) revela que potestades de la misma naturaleza son atribuidas tanto a los órganos jurisdiccionales, como a la Comisión y a las autoridades administrativas nacionales de la competencia, y que el sistema es indiferente a una atribución normativa de las mismas según su naturaleza, dejando a los interesados la opción de activar las últimas en primer lugar en

vez de acudir directamente a los tribunales. La concurrencia antes expuesta queda matizada por la posición preeminente que el art. 16 del Reglamento asigna a la Comisión, si bien las decisiones de la misma están sujetas a control jurisdiccional del TJUE (arts. 16 y 31 del Reglamento).

En materia de protección de datos personales, el Comité Europeo de Protección de Datos se configura como autoridad administrativa independiente (art. 69 Reglamento 679/2016, de 27 abril, 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), y, aunque sus funciones (art. 70 del Reglamento) no facilitan entender que pueda llegar a resolver controversias singulares entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento, el considerando 143 del Reglamento se refiere al «caso de que las decisiones del Comité afecten directa e individualmente a un responsable, un encargado o al reclamante, estos pueden interponer recurso de anulación de dichas decisiones en el plazo de dos meses a partir de su publicación en el sitio web del Comité, de conformidad con el artículo 263 del TFUE». Los arts. 77, 78 y 79 del Reglamento no dejan cerrado que la potestad de resolver sobre reclamaciones de los interesados por tratamiento ilícito de sus datos pueda atribuirse por el Derecho del Estado miembro a la autoridad nacional de control o a los tribunales; sólo establecen que el acceso a los tribunales siempre debe estar previsto contra las resoluciones de las autoridades de control (art. 78 del Reglamento) y también permiten que el interesado opte por ejercitar directamente acciones contra el responsable del tratamiento (art. 79 del Reglamento). La segunda previsión denota una clara indiferencia en cuanto a la vía administrativa, con posterior control jurisdiccional, o la vía judicial directa, y es reveladora de que se considera irrelevante la calidad de la potestad de primer pronunciamiento sobre la controversia. Esa indiferencia sólo tiene una excepción: si el interesado pretende una indemnización por los daños que se le han causado, sólo está abierta la vía judicial (art. 82 del Reglamento, especialmente apartado 6), como si el único objeto jurídico-privado de la controversia entre titular de los datos y responsable del tratamiento fuera el derecho a indemnización y no el respeto en forma específica de los derechos lesionados.

Por fin, aquella orientación de la jurisprudencia del TC coincide con la que muestra la jurisprudencia del TEDH. Ya en su Sentencia de 28 de junio de 1981, caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyère*, el TEDH advertía que: «El Tribunal no cree indispensable averiguar lo que constituía el Consejo Provincial. El artículo 6.1, al consagrar el «derecho a un Tribunal» (párrafo 44 más arriba), no obliga, sin embargo, a los Estados contratantes a someter los «litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil» a procedimientos que se desarrollen en cada uno de sus estadios ante «Tribunales» conformes con sus diversas prescripciones. Imperativos de flexibilidad y eficacia, plenamente compatibles con la pro-

11. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: Ley Tipo de Defensa de la Competencia. Elementos sustantivos de una Ley de Defensa de la Competencia, comentarios y enfoques alternativos en las Naciones Unidas, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007, disponible en https://unctad.org/tfrdpconf5d7rev3_sp.pdf (última consulta 05/12/2019), pp. 68-69.

tección de los derechos humanos, «pueden justificar la intervención previa de órganos administrativos o corporativos, y, a fortiori, de órganos jurisdiccionales que no satisfagan en todos los aspectos estas mismas prescripciones, tal sistema puede ampararse en la tradición jurídica de muchos Estados miembros del Consejo de Europa». Esta doctrina se confirma en la STEDH de 21 de septiembre de 1993, caso *Zumtobel v. Austria*, apartados 29-32, que no considera violado el derecho al pronunciamiento de un tribunal del art. 6.1 CEDH por que, a pesar de que el órgano que resolvió en primer lugar no era jurisdiccional, su resolución pudo ser plenamente revisada por un órgano jurisdiccional. Solo faltando el derecho a este control judicial plenario posterior la garantía del art. 6.1 CEDH se considera violada (STEDH 4 abril 2013, caso *Julius Klöber Schlachthof GMBH y otros v. Austria*, apartados 28-34).

En conclusión, la tendencia que he intentado objetivar revela que está en curso una transformación de la jurisdicción en cuanto potestad, que puede convertirse, de modo general, en la potestad de decir la «última palabra» sobre la conformidad a Derecho de la aplicación del mismo previamente realizada por un órgano del poder público no jurisdiccional.

Esta transformación de la jurisdicción resulta especialmente llamativa en el contexto constitucional español. Uno de los principales objetivos del diseño constitucional de la jurisdicción en la CE de 1978 fue el de impedir que el legislador ordinario pudiera constituir libremente tribunales. Lo demuestra el significado que debe atribuirse al principio de unidad jurisdiccional establecido por el art. 117.5 CE¹². Esta transformación conduciría a que el ejercicio de potestad jurisdiccional, en una primera etapa de resolución, quedara en manos de órganos no jurisdiccionales.

Sí se generaliza y consolida esta transformación será necesario plantearse nuevas cuestiones y asumir nuevos retos. Ahora me limitaré a enunciarlos. Si la decisión del tercero es ejecutiva, sin perjuicio del derecho de pedir tutela judicial—debería empezarse por cuestionar esto—importará concretar el régimen de la tutela provisional que se podrá obtener de los órganos jurisdiccionales para que la primera decisión no jurisdiccional no acabe por consolidar situaciones inamovibles en la realidad, generadoras de daños solamente indemnizables. En el plano de los poderes de declaración de lo que es conforme a Derecho, será necesario analizar, de derecho y de hecho, la amplitud e intensidad de la potestad de control a posteriori de la declaración inicialmente emitida por quien no es juez. A la hora de estas reflexiones, deberá prestarse especial atención al control judicial de las autoridades administrativas independientes

cuyo estatuto puede justificar la restricción de unos poderes de control internos, y, en términos generales, a la tendencia de los órganos jurisdiccionales a retraerse y adoptar una actitud deferente hacia sus resoluciones.

2. La independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y las normas de vinculación al precedente o a la doctrina jurisprudencial de los órganos jurisdiccionales de grado superior

La independencia del juez en el ejercicio de su potestad exclusiva se ha entendido en Derecho español y en Derecho europeo continental como inexistencia de una vinculación a los criterios sostenidos por los tribunales de grado superior en calidad de jurisprudencia, doctrina jurisprudencial o precedente. La expresión normativa de esta cualidad se halla en la genérica referencia a que los jueces son independientes del art. 117.1 CE y, más específicamente, en el art. 12 LOPJ.

Las normas que impulsieran a los jueces esa vinculación serían, ciertamente, una transformación de esta faceta de la independencia judicial. Hay que puntualizar: no lo son, en cambio, las que imponen tomar en consideración aquellos criterios y, en su caso, razonar el disenso, ni las que toman la divergencia de criterio como presupuesto de admisión de determinados recursos. Estas últimas normas son técnicas de protección de la igualdad en la aplicación de la ley, que pueden explicarse sin necesidad de enfrentarse con el núcleo del conflicto entre independencia judicial y norma de vinculación. Las normas realmente transformadoras son las que imponen el seguimiento de aquellos criterios como regla de juicio equiparada a la ley y otras fuentes del Derecho.

Entre nosotros, la tendencia a establecer la vinculación a los criterios establecidos por el TS se ha manifestado en planes de reforma legal no culminados y en un pronunciamiento del TC sobre la constitucionalidad de una norma.

El primer intento de reforma legal fue, en 2006, el del Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal¹³. La disposición más significativa era un nuevo párrafo añadido al art. 5.1 LOPJ, según el cual: «Los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo».

¹² Ortells Ramos, M. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirulloy, 2006, p. 100.

¹³ Detalladamente sobre este intento de reforma, Ortells Ramos, M. «Una nueva reforma de la casación civil

Esa disposición tan explícita iba acompañada de otras que reformaban el curso de casación y que, específicamente para el proceso civil, restringían drásticamente las resoluciones recurribles y potenciaban un recurso en interés de la ley, solo orientado a crear jurisprudencia y para el que solo estaba legitimado el Ministerio Fiscal.

El objetivo era reducir la carga de trabajo de la Sala Primera y, simultáneamente, no desatender la función de unificar la interpretación y aplicación de las normas. Para ello se confiaba en el deber de seguimiento por los jueces y tribunales de una jurisprudencia del TS creada a través de cauces restringidos en cuanto al número de asuntos que podían acceder a ese Tribunal, pero que podían alcanzar, en lo cualitativo, a todas las áreas del Derecho privado.

El Proyecto no recogió una propuesta de la Sala de Gobierno del TS que, pocos años antes, intentaba alcanzar un objetivo similar con técnica algo distinta. Proponía un recurso de casación ante las Salas de lo Civil de los TSJ en todas las materias de Derecho privado, con el deber de esas Salas de plantear cuestiones prejudicial ante la Sala Primera del TS si consideraban que debían resolver con criterio jurídico distinto un asunto igual a otro resuelto por el mismo o por otro TSJ o por el TS, o sobre el que no existiera doctrina jurisprudencial del TS. Lo anterior iba acompañado de una norma de vinculación a la doctrina jurisprudencial del TS.

Es importante reseñar que el Informe del CGPJ fue muy favorable al expresado establecimiento legal del carácter vinculante de la jurisprudencia del TS.¹⁴

Un segundo intento de reforma es más reciente y estableció la norma de vinculación de modo indirecto y con cierta sofisticación.

En 2011, un Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la creación de los Tribunales de Instancia, atribuía la primera instancia de la justicia civil, por lo que ahora importa, no a juzgados con juez titular unipersonal, sino a secciones o salas de un tribunal de instancia en el que se integraban las plazas a las que los jueces están destinados. Las secciones o salas podían constituirse, para ejercer potestad jurisdiccional, en formación de juez único o de órganos colegiados.

distribución de los asuntos de competencia de la sección o sala según unas reglas de reparto aprobadas por órganos de gobierno interno del Poder Judicial.

Por otra parte, el art. 94 del Anteproyecto establecía: «1. Podrán ser llamados a decidir un asunto en Pleno todos los Jueces y Magistrados que formen una Sección del Tribunal de Instancia, siempre que esté integrada por tres o más Jueces o Magistrados, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para unificar criterios relativos a cuestiones sustantivas o procesales.

2. El criterio adoptado tendrá carácter vinculante para todos los miembros de la Sección. Sólo podrán apartarse, expresa y razonadamente del mismo, cuando, en mérito a los hechos, se trate de un caso distinto, o cuando exista contradicción con los criterios de un Tribunal superior».

Es cierto que, en la jurisprudencia del TC sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley, un órgano jurisdiccional está vinculado por su propio precedente al resolver futuros casos iguales, pero en la ordenación proyectada de los tribunales de instancia el órgano jurisdiccional vinculado —juez unipersonal destinado en una sección del tribunal de instancia— no era el mismo que el que había creado el precedente —pleno de la sección del tribunal de instancia— y, además, no bastaba para su desvinculación con motivar la diferencia de los casos, porque la norma imponía, también, que la divergencia estuviera amparada por criterios establecidos por un tribunal de grado superior, lo que, indirectamente, suponía establecer la vinculación a estos últimos criterios.

A diferencia del informe del CGPJ sobre la norma de vinculación en el Proyecto de 2006, el informe preceptivo del CGPJ, de 31 de marzo de 2011, sobre el Anteproyecto de 2011, consideró que la regulación proyectada en el art. 94 era inconstitucional por contraria a la independencia de los jueces¹⁵.

Entre ambos intentos, la STC 37/2012, de 19 de marzo, resolvió una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 100.7 LCA, en su redacción entonces vigente, y declaró que esa norma no vulneraba la independencia judicial, a pesar de que sometía a todos los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo a la «doctrina legal» formulada por algunos altos órganos jurisdiccionales al resolver un recurso en interés de la ley y publicada en el BOE.

El argumento principal para tal conclusión fue que la «doctrina legal» constituye una concreción vinculante del propio precepto legal interpretado, «una

14. CGPJ, Informe al Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en materia de recurso de casación, de doble instancia penal y de justicia de proximidad, pp. 13, 14, 15 y 16. Este informe puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-modifica-la-Ley-1-2000-de-7-de-enero-de-enjuiciamiento-civil-en-materia-de-recurso-de-casacion-de-doble-instancia>.

15. El texto del informe, en el que destacó las pp. 46-49 y 70-71, puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-6-1985-de-1-de-julio-del-Poder-Judicial-para-la-creacion-de>.

interpretación que se incorpora al precepto mismo». En palabras llanas: la «doctrina legal» es como la propia ley interpretada, por eso el TC admite que el tribunal que deba aplicar la «doctrina legal» pueda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del bloque integrado por el precepto legal interpretado y por su interpretación vinculante en calidad de «doctrina legal».

Así las cosas, poco hay que esforzarse en explicar qué ha cambiado en cuanto a la esencia de la independencia judicial. En efecto, si se acepta la fundamentación del TC, nada habría cambiado, porque el juez continuaría sujeto sólo a la ley y al Derecho, si bien deberá entenderse que también es ley la «doctrina legal» fijada por algunos altos tribunales al resolver determinados recursos.

El estado de la cuestión, a día de hoy, es que ninguno de los proyectos de reforma llegó a ser ley, y que, sorprendentemente, incluso la STC 37/2012 no tiene en la actualidad ninguna norma a la que aplicarse, porque las de la LCA fueron derogadas y el art. 493 LEC sigue sin ser aplicable desde la entrada en vigor de la Ley 1/2000 (disposición final 16ª).

Sin embargo, es muy probable que se replantee la necesidad de establecer una norma de esa naturaleza y también vías procesales que agilicen la formación de doctrina jurisprudencial por el TS. En los últimos años otra razón ha venido a añadirse a la necesidad de que el TS pueda cumplir su función sin la dificultad que deriva de la sobrecarga de trabajo. La proliferación de litigios en masa genera una actitud social de espera de la respuesta judicial de más alto grado para, en función de cual sea la misma, decidir (los eventuales demandantes) si se demanda o no, o (los eventuales demandados) si conviene allanarse o no ante las reclamaciones extrajudiciales. Se entiende que los órganos jurisdiccionales de grado inferior seguirán el criterio fijado por el TS. Hasta es posible que los órganos jurisdiccionales de instancia difieran la decisión en espera de esa fijación de criterio. El carácter masivo de los litigios que están a la espera de respuesta acrecienta el valor que se asigna a que la respuesta sea igual para casos iguales, porque la comparación es más inmediata que la que puede establecerse entre criterios de resolución que se manifiestan esporádicamente. También incrementa la percepción de la urgencia en alcanzar la respuesta, porque su retraso aumenta el riesgo de proliferación de criterios desiguales de resolución.

3. Las potestades de gestión y de dirección del proceso ¿son también, o en qué medida son, potestad jurisdiccional exclusivamente atribuible a los jueces?

potestades de gestión y dirección del proceso y, consiguientemente, sobre su legítima atribución atendida la norma constitucional de exclusividad. El tratamiento de esta materia se situaba en un plano estrictamente teórico¹⁶.

La cuestión de la naturaleza de las funciones/potestades de gestión y dirección del proceso y de su legítima atribución solo al juez —unipersonal o colegiado— o a otro servidor público destinado en el juzgado o tribunal se ha planteado, en cambio, con toda crudeza con los planes, los proyectos normativos y con las leyes resultantes sobre la oficina judicial y la atribución de potestades a los secretarios judiciales, actualmente letrados de la administración de justicia.

Esta reforma abrió un debate con dos posiciones enfrentadas muy radicalmente. Una posición contraria a la atribución de determinadas potestades a los LAJ y a la posición que asigna a los mismos en la estructura de la oficina judicial, así como al diseño de la misma. Otra posición favorable a ese cambio y defensa del mismo¹⁷.

La aprobación y puesta en práctica de la reforma —nada ágil, por lo demás, en lo que se refiere a la efectiva implantación de la oficina judicial— ya ha permitido aportaciones autorizadas del TC, con tres declaraciones de inconstitucionalidad —falta de inmediato «recurso» de revisión directa contra resolución del LAJ de señalamiento de vista (LJCA, LRSJ) y de aprobación de minuta del abogado— que no consideraran inconstitucional, al menos en las cuestiones analizadas, la opción legislativa de atribuir al LAJ determinadas funciones/potestades de gestión y dirección siempre que su ejercicio se someta, sin dilación, al control del juez.

A mi juicio, la reforma mencionada no produce, de entrada y con total seguridad, una transformación de la jurisdicción, en cuanto potestad jurisdiccional y en su proyección sobre el desarrollo del proceso, sino solamente una mayor precisión normativa de unas reglas de funcionamiento interno de los juzgados y tribunales que, con anterioridad, dependían, en buena medida, del criterio de jueces, presidentes y/o secretarios judiciales. En ese estado de cosas, la ordenación de detalle del ejercicio de las funciones no respondía a fundamentos constitucionales y legales, sino a la inercia de un funcionamiento tradicional o al espíritu innovador de jueces, presidentes y/o secretarios judiciales.

16. Ortells: «Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional...», cit., apartado 13.

17. Ortells Ramos, M.: «Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficiencia y técnica legislativa», en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global*, II, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 183-186; De Benito Lomés-Lomázar, M.: *Justicia o burocracia*, Thomson Reuters Civitas, Círculo Menor, 2017, pp.

La opción por una ordenación normativa más específica del funcionamiento de los juzgados y tribunales impone el examen del respeto a la norma constitucional de exclusiva atribución a los jueces de la potestad jurisdiccional en su proyección sobre la gestión y dirección del proceso.

Ahora bien, para hacer ese examen no es correcto, en mi opinión, realizar juicios globales sobre si toda la potestad de gestionar/dirigir un proceso es potestad de juzgar—y, por tanto, exclusiva del juez—o no lo es en absoluto—debe que mediante la misma no se decide sobre el objeto del proceso—. He sostenido en otro lugar que ese examen ha de empezar por reconocer la libertad de configuración normativa que la Constitución concede al Poder Legislativo, que le habilita para moverse en un amplio campo de opciones de regulación que no puede equiparse en sus limitaciones al que tiene la Administración cuando ejerce potestades de desarrollo reglamentario de leyes; y, en segundo lugar, ha de analizar las diferentes normas atributivas de funciones y potestades a los LAJ y su incidencia específica sobre cada uno de los elementos que componen el desarrollo de un proceso¹⁸.

La regulación que, después de ser examinada de ese modo, no pueda considerarse inconstitucional, debe ser valorada con arreglo a criterios de eficiencia que, por lo demás, no son solamente genéricamente racionales, sino incluso constitucionalmente debidos por la exigencia de efectividad en la prestación de tutela judicial (art. 24.1 CE), por el imperativo de prestar esa tutela en un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y por el deber del Estado imputado en su responsabilidad por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 121 CE).

En ese plano de valoración, la opción organizativa de la oficina judicial, con regulación precisa de su funcionamiento interno, es más eficiente que una opción que posibilite una ordenación informal y heterogénea del mismo en los diversos juzgados y tribunales¹⁹. Esta opción es también más respetuosa que la que podemos llamar «tradicional» con la seguridad jurídica y con la igualdad de trato de quienes se relacionan con los juzgados y tribunales.

Entre las previsiones de las leyes procesales y las decisiones singulares de los jueces en ejercicio de las potestades que les atribuyen esas leyes deja de haber

un ámbito libre de regulación u objeto de una regulación de contenido y origen desconocidos, salvo para quienes estén afezados a las prácticas de cada juzgado o tribunal.

Ocurre que las reformas de la nueva oficina judicial y de atribución de determinadas potestades a los LAJ han sido criticadas por conllevar una deslegalización del Derecho procesal²⁰. Para que esta crítica fuera fundada habría que presuponer que la ley procesal regulaba todo lo necesario para el desarrollo concreto del procedimiento, en sus más mínimos, aunque necesarios, detalles. La experiencia personal o la atenta observación de la realidad conduce a la conclusión diferente de que cada juzgado o tribunal tenía sus prácticas peculiares y funcionaba mejor o peor.

Una regulación de rango infralegal no es en sí misma negativa, porque debe ir acompañada del cumplimiento de las exigencias propias del principio de jerarquía normativa. Nada excluye esta limitación, ni requiere gran esfuerzo justificarla. Sí que es importante recordar cuáles son sus consecuencias. No solo los jueces y tribunales no deberán aplicar las disposiciones si, para la cuestión de tramitación que ha de ser resuelta, consideran que lo que tales disposiciones establecen es contrario a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ), sino que debería establecerse un régimen de publicación de tales disposiciones y de impugnación jurisdiccional de las mismas—más allá de la de sus actos de aplicación—. Esto contribuiría a la depuración de ilegalidades y, con ella, a evitar incidencias singulares y repetidas en los actos de aplicación, lo que favorecería también eliminar o reducir un factor de ineficiencia²¹.

4. Las transformaciones de la jurisdicción por la aplicación de las TIC en la gestión y dirección del proceso y en la resolución sobre su objeto

La incidencia de las TIC en el proceso es variada. Y lo mismo vale para la llamada inteligencia artificial, que en sustancia no es más que un avance cualitativo de aquellas tecnologías.

Por un lado, la actividad que se desarrolla con utilización de las TIC puede tener relevancia jurídica y generar controversias y situaciones de necesidad de tutela judicial. El problema es si la jurisdicción podrá ejercerse respecto de las mismas

18. ORTELLS: «Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial...», cit., pp. 187-195.

19. En ese sentido, aunque sin renunciar a la crítica para perfeccionar la eficiencia de la ordenación existente, Ortells: «Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial...», cit., pp. 195-206. También Ramos: «Eficiencia de la justicia civil. Reformas de la ley procesal y otros factores de mejora en la experiencia española. Conferencia de apertura de las VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Santiago de Chile, 19 y 20 de octubre de 2017, pendiente de publicación, apartados III.1 y 2.

20. De Benito, Justicia o burocracia, cit., pp. 97-104.

21. Ortells: «Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial...», cit., pp. 200-202.

como está previsto que lo haga respecto de las controversias que se producen en un entorno real. Me referiré brevemente a eso en el apartado V.2.

Por otro lado, las TIC afectan a la propia actividad procesal. En algunos aspectos esta afectación ya es efectiva en la actualidad. Así la que hecho posible una nueva forma para la intercomunicación entre juez y partes y otras personas o entidades que deban colaborar en el desarrollo de un proceso; tanto para la intercomunicación que antes se desarrollaba por intercambio de actos escritos como para la comunicación directa que requiere simultánea presencia personal. También la que deriva de que las TIC han generado nuevas fuentes de prueba, respecto de las cuales las normas o los jueces determinan si y cómo pueden utilizarse como medios de prueba en el proceso.

Un paso más en la afectación a la actividad procesal consiste, o consistirá, en las TIC penetraran en el ejercicio mismo de la potestad jurisdiccional, si no en su integridad, si en algunas manifestaciones o elementos de esa potestad.

Todas las normas constitucionales sobre la jurisdicción en cuanto potestad por misión a la ley con independencia y garantías de esta (independencia) están concebidas para una actividad humana. La transformación de la jurisdicción que consideramos ahora tal vez no implique, o no implique aún, sustituir esa actividad humana por la de una máquina y un modo de funcionamiento programado—incluso abierto a auto-modificaciones según resultados de su funcionamiento—, pero sí que comporta que la actividad jurisdiccional se realice con el concurso de tales instrumentos.

Esta breve reflexión²² versará sobre si, y en qué medida, es posible que se produzca ese concurso, si es legítimo aceptarlo y con qué garantías.

Me parece razonable distinguir, de entrada, entre la utilización de las TIC para las tareas de gestión y de dirección del proceso y su empleo para la actividad de resolución sobre el objeto del proceso, o, tal vez más exactamente, sobre la tutela judicial pretendida.

22. Mucho menos extensa y profunda que otras que ya se han publicado entre nosotros como *Mérea Fandi* (1.ª edición, gencia artificial y proceso judicial, Madrid, Marcial Pons, 2018; Bonet Navarro, J., «La tutela judicial de los derechos humanos. De la tramitación electrónica al proceso con robots autónomos», en *Revista Ceflegal* (Cef, núm. 2018/2018). Otros documentos para la reflexión, muy atentos a las experiencias y aplicaciones prácticas, CEPEJ, *Supporting the implementation of the Guidelines on how to drive change towards Cyberjustice*, accessible in <http://m.coe.int/cepej-toolkit-cyberjustice-en-cepelj-2019-7/168094ef3e> (última visita 15/07/2019). CEPEJ, *European Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, accessible in <http://www.coe.int/t/e/inter/computers-and-law/7842-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-in-judicial-systems-and-their-environment.html> (última visita 30/10/2019).

La transformación que consideramos es más probable e inmediata en el primer ámbito mencionado²³. En la medida en que las normas procesales no incluyan conceptos indeterminados, ni apreciaciones discrecionales, ni atribuyan potestades discrecionales, una programación informática correcta en cuanto al carácter completo y unívoco de los datos cuya introducción sea relevante y en cuanto a tratamiento e interrelación a los que sean sometidos para producir una respuesta, tiene más probabilidades de ser aceptada como un modo correcto y conveniente de ejercer funciones de gestión y dirección de un proceso (judicial).

A enorme distancia de lo que podría dar de sí una programación más completa y compleja, es justo que mencione una herramienta informática interactiva denominada «Alter Procesal», que durante un tiempo produjo y comercializó Wolters Kluwer La Ley²⁴. Trabajé y dirigí en el equipo que realizó el análisis del desarrollo de los procedimientos judiciales civiles, con precisión de los diferentes condicionantes del mismo y de las diversas alternativas de resultados. Ese análisis era la base de la programación informática que posibilitaba la interacción del usuario. La realización de aquel trabajo de análisis nos permitió constatar las posibilidades y también las dificultades y los límites de una gestión y dirección informáticas de la actividad procesal.

La mayor asequibilidad y la más convincente justificación de la informatización plena de estas funciones corresponde a aquellas partes de las mismas cuyo desarrollo depende de condiciones unívocas en su singularidad y delimitadas exactamente en su conjunto, a cuya verificación puedan ser vinculadas instrucciones de tratamiento definidas con precisión que generarán las respuestas debidas según las condiciones verificadas.

No obstante, sin que el tratamiento informático cumpla una función decisora, puede cumplir una función de propuesta, de información que auxilie a la toma de decisión personal del juez o de quien tenga la competencia. Pienso, principalmente, en la utilización de medios informáticos para detectar las identidades subjetivas y objetivas y las conexiones que deben fundar decisiones sobre litispendencia, acumulación de procesos, y cosa juzgada que, si bien legalmente deben ser adoptadas de oficio, no lo pueden ser prácticamente precisamente por la carencia de información²⁵. También sería el caso de las resoluciones

23. De hecho, el art. 45 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, se refiere a la a actuación judicial automatizada.

24. La empresa editorial dejó de comercializarla. Una información suficiente sobre ITER PROCESAL puede encontrarse en <https://www.youtube.com/watch?v=H0EG6iVZo1s>, <http://www.acjur.es/noticias/la-ley-lanza-iter-el-primer-software-que-ayuda-a-los-abogados-a-desarrollar-su-estrategia-procesal> (última visita 30/10/2019).

25. Ya lo advertía en apartado II.1 de Ortelis Ramos, M.: «Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso judicial. Especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones pro-

sobre admisión a trámite de recursos que dependa de presupuestos de contradicción de criterios de la resolución recurrida con otra u otras o de que el tribunal *ad quem* no haya rechazado con anterioridad recursos iguales.

Me limitaré, ahora, a algunas consideraciones críticas respecto de la puesta en práctica de estas posibilidades:

- 1º) Será difícil, e incluso inconveniente, dar el paso hacia esa puesta en práctica sin haber agotado el debate y la resolución de las cuestiones sobre la legítima atribución de funciones/potestades de gestión y dirección del proceso, que hemos visto en el apartado III.3 que continúan siendo dudas. El resultado de ese debate sobre garantías jurídicas es el que debe informar el diseño y el uso de los instrumentos de tratamiento informático con un alcance y dentro de unos límites correctos²⁶.
- 2º) La programación informática de las actividades de gestión y de dirección del proceso es, en sustancia, una regulación de tales actividades, solo que mediante presupuestos y consecuencias que no se expresan con palabras y sus significados, sino con lenguaje de programación, consistente en una serie de instrucciones que permiten a un programador escribir secuencias de órdenes y algoritmos que controlan el comportamiento físico y lógico de una computadora para que trate datos y genere resultados.
- 3º) Como consecuencia de lo anterior, y para preservar las garantías jurídicas respecto de esta forma de regulación, los programas informáticos que controlen funciones de gestión y dirección de un proceso deben ser aprobados y publicados en modo que permita su comprensión, así como debe prevverse una posibilidad impugnación de los mismos, sin perjuicio de la impugnabilidad de sus actos de aplicación. La falta de transparencia, la existencia de «cajas negras», no es compatible con las garantías a las que tienen derecho quienes entran en relación con el juez para obtener una decisión sobre una tutela judicial pretendida.
- 4º) El establecimiento de un tratamiento informático de funciones de gestión y dirección del proceso debe ir acompañado, mientras no se produzca un cambio cultural profundo, de la previsión normativa de que nuevos profesionales que asistan a las partes y a los jueces y sus auxiliares en la realización de los actos procesales. Hasta este momento la necesidad de asistencia de profesionales o la específica formación profesional de quienes actúan en un proceso se ha centrado en la preparación jurídica. La implantación, y tanto más cuanto más generalizada y amplia, de una trami-

tación informática requerirá de asistentes con formación específica en esa técnica.

Es obvio que son mayores los problemas de la utilización de las TIC para la resolución sobre la tutela judicial. Solo dejaré apuntadas dos consideraciones

Esos problemas se reducen si se trata de resolver sobre la tutela judicial ejecutiva y sobre la declarativa que se pretenda en procedimiento de estructura monitoria, al menos en cuanto termine con pago o con creación de título ejecutivo, siempre que, en ambos casos, las pretensiones no se interpongan por empresas o profesionales contra consumidores y usuarios, dado que, si fueren así, es preceptivo el examen de posibles cláusulas abusivas, para lo que no siempre sería suficiente que el algoritmo de decisión incluyera la obtención de información de eventuales inscripciones en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La segunda consideración se refiere a la tutela judicial declarativa, incluyendo la cautelar en cuanto a la actividad de constatación y de razonamiento requeridas para comprobar que concurren los presupuestos de la tutela.

Incluso si el uso de TIC es limitado, en el doble sentido de que no consista en agotar toda la actividad de razonamiento y resolución, sino que solo se aplique a algunos componentes de la misma, y de que tenga solo una eficacia de «puesta» de posibilidades de decisión y no plenamente sustitutiva de la capacidad personal de decisión del juez, se enfrenta con la crítica radical de que elimina, o induce a eliminar, el examen singular y específico por el juez de todos los datos relevantes para la resolución del caso.

Sin duda eso es posible por los sesgos del algoritmo o por la insuficiencia de los factores que toma en consideración.

Sin embargo, esa crítica, que nace de una fuerte exigencia respecto de cómo ha de razonar y decidir el juez, tal vez ignora cuáles son los estándares de esa actividad cuando el juez la realiza sin el apoyo instrumental de medios tecnológicos. Es más, el uso razonablemente limitado de esos medios puede contribuir a que la misma sea más completa y objetiva y a que sus resultados quedar sometidos con mayor claridad a una revisión crítica con oportunidad de las impugnaciones.

En todo caso, debe cumplirse el requisito de publicidad del programa informático y del hecho de su utilización, entendiéndose esa publicidad como la que requiere una norma, si el programa aplicado para la resolución cumple una función normativa, o como la que impone el cumplimiento del deber de motivación,

cesales», XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal. En homenaje a la Escuela procesalista uruguayá, Montevideo- Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 607-675.

IV. Las transformaciones de la jurisdicción por la integración en la Unión Europea y por la eficacia de las sentencias del TEDH

La jurisdicción como poder del Estado es una manifestación de la soberanía. Constituye, sin duda, una transformación importante de la jurisdicción tanto que, en el ámbito de soberanía del Estado, pueda producir efectos jurídicos inmediatos la jurisdicción de una institución supraestatal, como que la eficacia de las resoluciones firmes de la jurisdicción estatal pueda ser impugnada ante una jurisdicción distinta a la del Estado.

Propiamente, la única pérdida de soberanía española en cuanto a la jurisdicción es la que deriva de la integración en la UE (arts. 280, 257, p. 6, 299 TFUE).

No determinó esa pérdida ni la ratificación del CEDH y de sus protocolos, incluido el que establece que el Estado puede ser demandado ante el TEDH por quienes consideren que se han violado sus derechos fundamentales reconocidos por el sistema del CEDH. Desde bien pronto, se comprobó que las sentencias del TEDH no podían modificar los efectos de las sentencias de los tribunales españoles, que previamente habían sido dictadas para cumplir el requisito de agotamiento de los recursos internos. También pronto se exploraron, sin demasiado éxito, diversas vías para que las sentencias del TEDH tuvieran una eficacia de la que carecían dentro del ordenamiento español²⁷. Producido el cambio legal que, dentro de ciertos límites²⁸, lo hizo posible, no hay que pasar por alto que el motivo de revisión que habilita para obtener del TS un pronunciamiento que modifique la sentencia interna y sus efectos continúa siendo manifestación de la soberanía del Estado en lo jurisdiccional, de naturaleza similar a la que se expresa en el juicio de *exequatur*.

La incidencia de la pérdida de soberanía jurisdiccional por la integración en la Unión Europea respecto de las sentencias de los tribunales del Estado ha tenido unos avatares distintos.

La aplicación por los tribunales españoles del instrumento establecido por la UE para aquella incidencia (vinculación a la jurisprudencia del TJUE y deber de planteamiento de cuestión prejudicial ante el mismo) ha tenido una evolución reveladora de cierta resistencia inicial a su efectividad. Además, los límites in-

plícitos en ese instrumento han conducido a que empiecen a manifestarse necesidades de otras formas de expresión de la supremacía del TJUE.

Como es sabido, salvo el TJUE y el Tribunal General de la UE, con sus específicas competencias, la organización de la UE no comprende el establecimiento de órganos jurisdiccionales específicos para la aplicación de su Derecho. Este Derecho forma parte —y, además, con la característica específica de la primacía— del sistema de fuentes al que está sujeto el juez español, que ha de hacer aplicación del mismo en cuanto corresponda y que es, en ese sentido, juez de la UE.

Este modo de aplicación jurisdiccional del Derecho de la UE comporta un elevado riesgo de dispersión en la interpretación de sus normas por los tribunales de los Estados miembros. El instrumento para contrarrestar ese riesgo e instaurar una interpretación y aplicación (y una evolución de las mismas) uniformes es la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE (antiguos art. 234 TCE y art. 177 TCCE).

La cuestión prejudicial como técnica para garantizar la unidad de interpretación y aplicación del Derecho de la UE, es el producto necesario de un enfoque realista del problema, y, como tal, una técnica insuficiente para salvaguardar en la decisión de los concretos litigios, la supremacía del ordenamiento de la UE sobre los ordenamientos nacionales.

Es un producto de la necesidad. No sería asumible —por su incidencia en la duración de los procesos— un recurso por infracción de Derecho europeo ante un tribunal único en la Unión. La extensión territorial, el número de habitantes, el volumen y complejidad de las relaciones sociales y económicas en la Unión que, actualmente, ya desbordan los sistemas judiciales estatales, harían inviable esa técnica procesal para garantizar la uniforme interpretación y aplicación de su Derecho. Esta suerte de «aduanas judiciales nacionales» controlan, con la objetividad que cabe reconocer a los órganos jurisdiccionales, el flujo de asuntos que deben ser resueltos por el TJUE.

Como contrapartida, queda puesta en cuestión la efectividad de este modo de garantizar la uniformidad, porque el acceso al mismo depende de los diferentes tribunales de los Estados miembros o, en el mejor de los casos, de sus diversos tribunales supremos.

De diversos modos se ha intentado objetivar el supuesto de hecho del deber de planteamiento de la cuestión prejudicial²⁹. Pero, con ser importante el autc-

27. Ortells Ramos, M.: «El juez español ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del TEDH», en Seminario sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Valencia, Generalitat Valenciana, Conselleria de Benestar Social, 1998, pp. 13-45.

28. Ortells Ramos, M.: «Impugnación de la cosa juzgada «interna» para dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España. La reforma de 2015», en *Estudios en homenaje a Adria Ferrer*.

29. Jimeno Buñes, M.: La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 25-106.

30. Detalladamente sobre los diferentes modos de concebir el supuesto del deber de planteamiento, Jimeno Buñes

control, lo decisivo es constatar que no existía un control externo al tribunal que debía cumplirlo de que ese deber existía en concreto y debía ser cumplido, y con potestad de imponer su cumplimiento³¹.

La vía de control más efectiva que se intentó en España fue la del recurso de amparo ante el TC. La negativa a plantear la cuestión de prejudicial siendo procedente, sería una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto derecho a un pronunciamiento de fondo no arbitrario y emitido sin prescindir del sistema de fuentes —que comprende el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario—.

No obstante, en una primera etapa el TC, en STC 111/1993, de 25 de marzo, y STC 180/1993, de 31 de mayo, desestimó los recursos de amparo, aduciendo que: «la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde en forma exclusiva e irrevocable al órgano judicial», así como que «ninguna vulneración existe del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE cuando el Juez estima, razonadamente, que no alberga dudas sobre la interpretación»³².

La efectividad de la transformación de la jurisdicción como poder del Estado a causa de la integración en la UE se ha asentado y reforzado no sólo por la práctica de los tribunales, sino por vía legislativa y por una clara jurisprudencia del TC dirigida a proteger la primacía del Derecho de la Unión.

Por una parte, la Ley Orgánica núm. 7/2015 de 21 de julio, añadió un art. 166 a la LOPJ, según el cual:

- «1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea tendrán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes».

Por otra, la STC 75/2017, de 19 junio, Fj. 1-3, considera violación del derecho a la tutela judicial efectiva sentenciar desconociendo la vinculación a la jurisprudencia del TJUE; la STC 22/2018, de 5 de marzo de 2018, Fj. 3-4, estima el amparo por sentenciar en el caso omitiendo el deber de planteamiento de cuestión prejudicial; y la STC, Pleno, 31/2019, de 28 febrero, sintetiza en el Fj. 4

la jurisprudencia del TC sobre deber de planteamiento de la cuestión prejudicial y sujeción a la jurisprudencia del TJUE y, en el caso concreto estima el amparo, por haberse omitido toda consideración conducente a plantear aquella cuestión.

Los límites propios de la técnica de la cuestión prejudicial han planteado problemas que pueden desbordarla como sistema para garantizar la supremacía del Derecho de la Unión. Se trata de la eficacia que deben tener las sentencias sobre cuestiones prejudiciales dictadas por el TJUE respecto de la cosa juzgada ya producida en el ámbito interno con anterioridad a tales sentencias, si entendido de las dictadas por los tribunales nacionales resultara *a posteriori* divergente del modo en que la cuestión ha acabado por ser resuelta por el Tribunal de la Unión.

Por el momento, dos resoluciones del TS han negado que el juicio de revisión sea el medio para conseguir ese objetivo. La STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 11 febrero 2016 (Id Cendoj 28079110012016100066), desestimó una demanda de revisión con la motivación de que las causales de revisión no la permiten, diferencia de lo que se ha establecido respecto de las sentencias del TEDH. En ATS 19 abril 2017 (Id Cendoj 28079110012017200960) no considera admisible la revisión de un proceso en el que se desestimó la condena a devolver intereses de un préstamo hipotecario aplicados con base en una cláusula abusiva («cláusula suelo»), habiéndose fundado la demanda de revisión en que el criterio de cálculo de los intereses indebidos establecido por la STS 24/2013, de 1 de mayo, al que se había ajustado la sentencia firme del proceso cuestionado había sido posteriormente modificado por la STJUE de 21 de diciembre de 2017. La única novedad posterior a la cosa juzgada era un cambio de criterio jurídico sobre la cuestión litigiosa.

La lectura de estas resoluciones evoca uno de los estadios por los que transcurrieron los intentos de que, con fundamento en sentencias del TEDH, pudieran eliminarse la cosa juzgada de sentencias firmes dictadas por tribunales españoles. Cómo puede evolucionar esta cuestión es un tema abierto³³, pero empieza a no percibirse como algo pacífico el blindaje de la cosa juzgada producida por los tribunales nacionales en estos casos.

31. Un análisis detallado de las técnicas de control, con conclusiones nada optimistas, puede verse en Jimeno Muñoz La cuestión prejudicial, pp. 312-335.

33. La fuente Torralba, A. J.: «Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo: problemas de cosa juzgada ante el posible pronunciamiento del TJUE favorable a la retroactividad plena de la declaración de nulidad», en El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico, Dir. García-Rostán Calvo, G., Sigüenza López, J., Thomson Reuters Anzadi, Clear Menor, 2017, pp. 289-307; Sánchez García, J. M.: «El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de cosa juzgada regulada en la LCC», en RU

V. Las fugas de la jurisdicción como poder del Estado

Junto a las transformaciones de la jurisdicción como poder del Estado hay auténticas fugas de la misma. Algunas se deben a la globalización de las relaciones económicas no acompañada de la creación, a ese mismo nivel global, de instituciones que respondan a las exigencias de una justicia independiente e imparcial. Otras derivan de la difícil asequibilidad para ser sujetas no solo a la jurisdicción, sino a cualquier poder del Estado, de las actividades que se realizan en el ciberespacio.

1. Las fugas con la complicidad del Estado: arbitraje en tratados sobre inversiones y la jurisprudencia del TJUE en el caso Achmea (STJUE, Gran Sala, 6 de marzo de 2018)

La globalización de las relaciones económicas ha determinado que entidades privadas —empresas multinacionales potentes— reclamen para sí, en las controversias con los Estados en los que desarrollan sus actividades, un *status* igual al de estos, lo que incluye la facultad de eludir la jurisdicción estatal que pudiera ser competente según las normas de Derecho internacional privado. Y la de acceder a medios de solución de las controversias que solo eran necesarios y estaban previstos para las controversias inter-estatales.

En la base de esta situación está la desconfianza hacia la jurisdicción del Estado que podría ser competente, por la real o imaginada carencia de formación de sus jueces o por su falta de independencia e imparcialidad para resolver sobre los asuntos controvertidos que afectan al Estado de cuya organización forman parte, o, más profundamente, que, en un contexto de relaciones sociales y económicas con déficit de institucionalización, se hace presente y se maximiza el aprovechamiento de las posiciones de ventaja y de superioridad de los sujetos de las controversias.

Esta fuga de la jurisdicción del Estado requiere de la complicidad de los Estados. Del Estado que apadrina y da cobertura a las entidades privadas para que puedan eludir una jurisdicción estatal. Y del Estado que acepta, tal vez porque no puede más que aceptar, que se produzca esa fuga.

En efecto, la posibilidad de esta fuga de la jurisdicción se articula mediante tratados internacionales que reconocen a entidades privadas, en caso de controversia con un Estado a causa de las actividades económicas desarrolladas en el ámbito de soberanía de éste y a las que el tratado sea aplicable, la opción de acudir bien a los tribunales de ese Estado, bien a un medio de solución de controversias que hayan pactado, o a un arbitraje.

je internacional, opción que es incondicionalmente consentida por los Estados contratantes.

Con matices diversos, cláusulas de esa naturaleza están presentes en tratados bilaterales de protección de inversiones³⁴, en el Tratado sobre la Carta Europea de la Energía —para las controversias propias de esa área económica³⁵ y en el multilateral Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966³⁶.

Este tipo de tratados se explica por la desconfianza de los agentes económicos privados frente a las jurisdicciones estatales, pero la experiencia de su aplicación ha devuelto el problema al plano de la legitimidad de la jurisdicción, por lo que algunos Estados y movimientos políticos ponen en cuestión que los arbitrajes de este sistema cumplan las exigencias para que una jurisdicción deba considerarse legítima³⁷.

Si el sistema de solución de controversias al que nos referimos es consecuencia de una globalización únicamente de las relaciones económicas, no acompañada de una institucionalización al mismo nivel que incluya un sistema de justicia, es comprensible que en los ámbitos en los que las relaciones entre los Estados dan pasos, de manera progresiva, hacia esa institucionalización, aquél sistema se ponga en entredicho, sea corregido en alguna medida y se plane su eliminación.

En el ámbito de la Unión Europea se ha producido una muestra relevante de esta reacción con la abreviadamente conocida como jurisprudencia Achmea, interesante tanto por sí misma, como por las consecuencias que ha desencadenado. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 6 de marzo de 2018, ha declarado que «los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el

34. Una primera información sobre los mismos en Peyrou, A. A.: «Los tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones (TBI) y el CIADI», accesible en <https://docplayer.es/7182403-Los-tratados-bilaterales-de-proteccion-promocion-de-inversiones-tbi-y-el-ciadi-alejandro-a-peyrou-1.html> (última consulta 10/01/2020); Arsen, P. B. R.: «Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos», accesible en <https://diretiosp.fgv.br/sites/diretiosp.fgv.br/files/anejo10-tratadosbilateralesdeinversion.pdf> (última consulta 10/01/2020).

35. Información básica en <https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/> y <https://energycharter.org/process/european-energy-charter-1991/> (última consulta 10/01/2020).

36. El CIADI es una organización del Grupo del Banco Mundial sobre la que puede encontrarse información básica en <https://csid.worldbank.org/en/> (última consulta 10/01/2020). El Convenio fue ratificado por España el 20 de junio de 1994 (BOE 13 septiembre 1994).

37. A título de ejemplo de estas reacciones puede verse <http://omal.info/spip.php?article6140>; <https://www.lamarea.com/2019/02/01/tribunales-de-arbitraje-blindaje-empresarial/>; <https://www.lamarea.com/2019/01/29/justicia>.

sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro».

La cuestión prejudicial fue planteada por el TS alemán, con ocasión de conocer del recurso contra un laudo arbitral dictado en Frankfurt, en un arbitraje instado por una empresa holandesa contra la República Eslovaca, en cuanto suscitadora de la República Federal Checa y Eslovaca, signataria del TBI, respecto de una controversia sobre inversiones realizadas en ese Estado.

Básicamente las razones de la declaración son que el tribunal arbitral tiene el deber de aplicar el Derecho del Estado miembro de la UE y el Derecho de este, que también lo es de aquél, pero, al no ser un órgano jurisdiccional del Estado miembro, no puede activar la cuestión prejudicial ante el TJUE, instrumento que protege la supremacía del Derecho de la Unión y su interpretación unitaria. El control judicial del laudo previsto por el Derecho de un Estado miembro no corrige lo anterior, en cuanto solo habilita para un control limitado; específicamente, en este caso los Estados contratantes se han obligado por el TBI a sustraer el asunto a la competencia de sus tribunales y a los recursos previstos en el art. 19 TUE. Con ello los Estados contratantes, sin consentimiento de la UE que no es signataria del tratado, estarían alterando el Derecho de la Unión en cuanto al sistema que garantiza su supremacía e interpretación unitaria en todos los Estados miembros.

La sentencia Achmea ha dado lugar a una serie de iniciativas y de tomas de posición reveladoras de los intereses, y también de los principios, que están en juego. Desde una perspectiva que cabe considerar representativa de los intereses públicos, son relevantes diferentes actos de órganos de la UE.

El 19 de julio de 2018 la Comisión Europea dirigió una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la «Protección de la inversión intra-UE». En ella enfatiza la protección jurídica que el Derecho de la UE dispensan a las inversiones en el ámbito intracomunitario, recuerda que ese Derecho tiene prelación sobre el de los Estados miembros y también que el sistema judicial de

la UE garantiza la aplicación de aquella protección, tanto porque el propio Derecho de la UE impone que los tribunales de los Estados miembros reúnan los requisitos de independencia e imparcialidad³⁹ y actúen mediante un procedimiento que garantice una tutela efectiva, lo que hace de ellos unos tribunales en los que se puede confiar, cuanto por la funciones y la posición que ocupan el TJUE para asegurar el respeto a la primacía del Derecho de la Unión y su uniforme aplicación del mismo por los tribunales de los Estados miembros. Estos fundamentos le llevan a concluir que:

«Los inversores de la UE no pueden invocar los TBI intra-UE, que son incompatible con el Derecho de la Unión y ya no son necesarios en el mercado único. No pueden recurrir a los tribunales arbitrales establecidos por esos TBI intra-UE ni, en caso de litigios dentro de la UE, a los tribunales arbitrales establecidos en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía.»

Los representantes de los Gobiernos de la Estados miembros, con excepción de los de Suecia, Luxemburgo, Finlandia, Hungría, Eslovenia y Malta, firmaron una declaración el 15 de enero de 2019 sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia del TJUE en el caso Achmea y sobre la protección de inversiones en la Unión Europea⁴⁰, comprometiéndose a rescindir, antes del 6 de diciembre de 2019, los TIB en los que fueran parte con otros Estados de la UE, incluidos los relacionados con el Tratado de la Carta Europea de la Energía, así como adoptar diversas medidas para poner fin a los arbitrajes no concluidos y para anular los laudos no cumplidos, ni ejecutados, aunque ofreciendo garantías de estabilidad para las situaciones creadas por laudos que ya hubieran tenido cumplimiento.

En el Parlamento se registró una pregunta escrita pidiendo puntualización sobre esas cuestiones por parte de un parlamentario del Grupo Popular Europeo⁴¹, que fue respondida por la Comisión de modo coherente con el contenido de los dos actos que se acaban de mencionar⁴².

Por fin, yendo más allá de las repercusiones de la sentencia Achmea en el ámbito de la UE, el Consejo Europeo tomo posición sobre la cuestión de los medios de solución de controversias en tratados de protección de inversiones

39. Acerca de esta exigencia derivada del Derecho de la Unión, deben verse STJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, STJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019.

40. El texto es accesible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf (última consulta 10/01/2020).

41. Question avec demande de réponse écrite E-006396/2018 à la Commission, Franck Proust (PPE).

42. E-006396/2018 Réponse donnée par M. Dombrovski, vice-président, au nom de la Commission européenne.

nivel global⁴³, y acordó, el 20 de marzo de 2018, mandatara a la Comisión para abrir negociaciones conducentes a un tratado multilateral que sustituya los actuales sistemas de arbitraje, por una institución judicial permanente, con un tribunal de primera instancia y otro de apelación, integrados por jueces nombrados por un periodo determinado y de larga duración, no renovables, seleccionados de un modo y sometidos a un estatuto que garantice su independencia e imparcialidad⁴⁴.

Más atentos a los intereses privados en juego se han manifestado, principalmente, los sectores profesionales que intervienen en arbitrajes, específicamente de inversiones, motivados por sus intereses profesionales y por los intereses propios de sus clientes. En síntesis, han puesto en cuestión el ámbito de aplicación de la jurisprudencia ACHMEA en muy diversos aspectos —modalidades de arbitraje a los que afecta, solo los de TBI, pero no los relacionados con el Tratado de la Carta Europea de la Energía o los del CIADI; negación de su eficacia retroactiva— a través de estudios doctrinales⁴⁵, en resoluciones de tribunales arbitrales y de tribunales nacionales que habrían moderado las pretensiones de generalización de la jurisprudencia Achmea. Lo llamativo es que el conjunto de manifestaciones que expresan ese estado de opinión se describa como una organización de la resistencia en materia de arbitrajes de inversiones intra-UE⁴⁶.

En conclusión, se percibe que existe una tensión acerca de quién controla el medio de solución de controversias que, en principio, escapan a quedar sometidas a la jurisdicción de un Estado.

Pueden controlarlo los agentes privados, haciendo valer sus intereses y sus posiciones de ventaja que les permiten imponer, o facilitan que sea aceptado, el medio que puede ser más favorable a sus intereses.

Puede controlarlo un poder representativo de intereses públicos que establezca una institución judicial a la que los sujetos de la controversia están sujetos y

que satisface los estándares de la jurisdicción en un Estado de Derecho, aunque ahora ya no sea un Estado, sino una institución supranacional la que otorga cobertura a la jurisdicción como poder.

Es decir, es cierto, como sostenía el profesor Serra Domínguez, que la jurisdicción no siempre estará vinculada al Estado, pero también parece que, en devenir de la historia, cuando se produce una desvinculación con las características de una fuga —es decir, con un matiz de falta de legitimidad—, la jurisdicción tiende a vincularse a formas supraestatales del poder político.

2. Los espacios libres de poder estatal, incluido el jurisdiccional, y las actividades con relevancia jurídica en el entorno digital

Es un clásico reconocer que la jurisdicción tiene dificultades para ser efectiva en la tutela de los derechos.

En la actualidad, una buena parte de las relaciones interpersonales, algunas de las cuales pueden tener relevancia jurídica y generar controversias, se producen en el entorno digital. Estas controversias, salvo progresivamente las conductas con relevancia penal y cierto nivel de gravedad, son un campo extraño a la jurisdicción, una auténtica vía de fuga de la misma.

En la síntesis precisa de Llopis Nadal⁴⁷: «De una parte, es incuestionable la rapidez con que todo sucede en la Red: la difusión de contenidos, la supresión de sitios de Internet, la modificación de páginas web... son actividades que pueden realizarse en cuestión de segundos y desde cualquier lugar en el que disponga de conexión. Asimismo, otra consecuencia directa de la celeridad es que todo sucede en este ámbito es el crecimiento exponencial de los daños que se están causando —p. ej., el elevado número de accesos y de reproducciones digitales que puede tener una fotografía mientras no se materialice retirada de Internet—».

De otra parte, debido a la ausencia de fronteras la extensión de la Red es prácticamente inabarcable; así, el carácter supranacional de este medio determina que en el mismo interactúen sujetos cuyo domicilio o establecimiento se localiza en distintas jurisdicciones, lo que en ocasiones termina derivando en conflictos de naturaleza transfronteriza. En tales casos, puede suceder que los tribunales del Estado en el que se pretende litigar carezcan de competencia

43. Acerca de esta iniciativa Couveinhes Matsumoto, F.: «Le lancement de la négociation d'une convention instituant une cour multilatérale d'investissements : l'avenir indéterminé d'un projet européen déterminant», en *Revue française de Droit International Public*, 2018, núm. 4, pp. 893-931.

44. Brussels, 20 March 2018 (OR. en) 12981/17 ADD 1 DCL 1 FDI 25 WTO 229. Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes.

45. Por ejemplo, Calaza, J.: «l'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage Investisseur-Etat contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE. A propos de l'arrêt Slowakische Republik c/ Achmea du 6 mars 2018 (C-284/16)», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2018, núm. 3, pp. 597-616.

46. Así Altana Pole Arbitrage: «l'arbitrage d'investissement intra-UE : la résistance s'organise?», en *https://actuariatgaleana.wordpress.com/2019/02/28/larbitrage-dinvestissements-intra-ue-la-resistance-sorganise-100000*.

47. Llopis Nadal, F.: «La evolución del comercio digital: nuevos sujetos, nuevos conflictos y nuevas soluciones alternativas a la jurisdicción», comunicación presentada en el Congreso Internacional «La era digital: nuevos problemas y

judicial internacional, o que, incluso siendo competentes, la ejecución de las resoluciones que dictan se vea obstaculizada por encontrarse en otra jurisdicción el sujeto que ha sido condenado.

La conjunción de ambos elementos, rapidez y extensión, termina provocando que el recurso a la vía judicial para solucionar los conflictos generados en Internet devenga ineficaz, puesto que los interesados no pueden obtener el efecto que desean —p. ej., que se materialice en el plano real la sentencia de condena que ha sido dictada—. E, incluso, aun siendo eficaz en última instancia el pronunciamiento judicial, en muchas ocasiones este resulta ineficiente, debido, fundamentalmente, a la demora del proceso cuando el entorno digital impone velocidad de reacción —porque el transcurso del tiempo puede provocar, entre otros, la persistencia de los ilícitos o la desaparición del objeto del proceso—».

Añadiría a esta explicación, dos dificultades adicionales.

Primero, el anonimato, o la extrema dificultad para identificar al titular de activos patrimoniales que solo existen y son operables en la red —bitcoins y otras monedas virtuales⁴⁸—, determina que los mismos se sustraigan a la potestad ejecutiva de los tribunales.

Segundo, servidores a los que se puede acceder desde cualquier terminal y que posibilitan el acceso a la interconexión en la red pueden estar radicados en paraísos digitales⁴⁹, lo que no solo frena o dificulta una actuación efectiva de la jurisdicción, sino que puede hacerla en absoluto imposible.

Este retraimiento de la jurisdicción ante las controversias originadas en el entorno digital, o la fuga de éstas respecto de aquella, se constata al considerar la clase de soluciones que se proponen o establecen cuando se toma conciencia del problema y se decide encararlo. Veámoslo muy resumidamente.

Una primera alternativa consiste en que las empresas que presten los servicios necesarios para el funcionamiento de la red sean sometidas a un marco regulatorio que acentúe su deber de procurar la seguridad de los usuarios e impedir

el daño que puedan causar los contenidos que difunden o las actividades que se realizan utilizando los servicios que prestan⁵⁰.

Recientemente la UE, movida por las dificultades para conseguir una tutela judicial efectiva de ciertos agentes del comercio digital —los comerciantes y empresas que recurren a servicios de plataformas digitales o que son titular de sitios web y resultan afectados por las prácticas de los motores de búsqueda aprobado el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Para que las plataformas y motores de busca puedan prestar servicios en el mercado interior electrónico, han de cumplir determinados deberes, entre ellos los que, ante las dificultades de acceso a la tutela judicial de los usuarios que se consideren perjudicados, se destinan a facilitar otros medios de solución de las controversias: ofrecer opciones apropiadas de reclamación interna en los sitios web corporativos de los prestadores de servicios y establecer un sistema de mediación especializado y accesible para los usuarios⁵¹. Un modelo similar se propone en el Online Harms White Paper⁵².

El poder del Estado para proteger derechos lesionados en el entorno digital solo se hace presente en la forma de autoridad administrativa independiente o, simplemente, de la autoridad administrativa, con el subsiguiente control jurisdiccional.

Yendo a los datos, es el caso, entre nosotros, de la competencia de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, para los supuestos de lesión en la Red de derechos de esa clase⁵³.

También, aunque con un ámbito de aplicación que no incluye los daños o riesgos de daño de derechos e intereses jurídicos individuales singularmente considerados, las reformas que introduce en la Ley de Telecomunicaciones el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes

48. Para una aproximación a los problemas que plantean las criptomonedas en el proceso, específicamente en el de ejecución, Errer-Uñe, D.: «Kryptowährungen in Zwangsvollstreckung und Insolvenz am Beispiel des Bitcoin», en *ZfP*, 2018, núm. 131, pp. 513-531; Raskin, M. I.: «Realm of the coin: Bitcoin and civil procedure», en *Forham Journal of Corporate and Financial Law*, 2015, pp. 969-1011. En mi opinión, los problemas básicos son la dificultad de conocer la titularidad del activo patrimonial significado por la moneda virtual y la de poder operar con esa moneda para obtener dinero de curso legal: Ortells Ramos, M., en AA. VV., *Derecho Procesal Civil*, Thomson Reuters Anzadi, 2018, p. 605.

49. Interesante y asequible la información disponible en <https://laflecha.net/navegando-hacia-los-paraisos-digitales>.

50. En este sentido, Online Harms White Paper, Presented to Parliament by the Secretary of State for Digital, Culture Media & Sport and the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty, April 2019, acces en <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper> (última visita 08/11/2019).

51. Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Sobre esta disposición, Llopis: «La evolución del comercio digital», cit.; Cauffman, C.: «New EU rules on business-to-consumer platform-to-business relationships», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, pp. 469-479.

52. Online Harms White Paper, cit., núm. 25, p. 8.

53. Llorens Nadal, P.: *La protección de la propiedad intelectual vulnerada en Internet. Determinación del dolo*.

tes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, en especial la nueva redacción del art. 81.1 de aquella Ley⁵⁴.

El Online Harms White Paper opta también por la solución de establecer un regulador independiente, con poderes de aplicación del Derecho a las entidades prestadoras de servicios implicadas, incluyendo la potestad de imposición de multas importantes y de declarar la responsabilidad de las personas que ejerzan funciones directivas en tales entidades⁵⁵. La actividad del regulador independiente quedará sujeta a posterior control judicial, por la High Court o un tribunal especializado⁵⁶.

Merece reflexión que la jurisdicción parezca no tener un lugar en el nuevo ámbito de relaciones sociales y económicas que ha hecho posible internet y que se desarrollan en el entorno digital, en el ciberespacio.

Es obvio que en el desarrollo de esas relaciones pueden producirse situaciones que hagan necesaria la tutela judicial, de modo que ésta debería poder pedirse, obtenerse y hacerse efectiva en el mismo plano relacional en el que han surgido aquellas.

Sin duda, la regulación y la infraestructura necesaria para que esto sea posible serán un reto difícil.

Tal vez se considere que atribuir la potestad de aplicación del Derecho de entrada a un ente administrativo es la única solución prácticamente posible. Esto coincidiría con la tendencia que hemos examinado en el apartado III.1 y que no se limita a controversias de la clase que ahora consideramos. La potestad jurisdiccional sería una potestad de control.

De momento, me limitaré a indicar que esta solución no resolverá la dificultad que plantea a la efectividad del poder estatal la ubicuidad de los agentes que

54. Es la siguiente: «1. Previamente al inicio del procedimiento sancionador, podrá ordenarse por el órgano competente del Ministerio de Economía y Empresa, mediante resolución sin audiencia previa, el cese de la presunta actividad infractora cuando existan razones de imperiosa urgencia basada en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando exista una amenaza inmediata y grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional
- b) Cuando exista una amenaza inmediata y grave para la salud pública.
- c) Cuando de la supuesta actividad infractora puedan producirse perjuicios graves al funcionamiento de los servicios de seguridad pública, protección civil y de emergencias.
- d) Cuando se interfiriera gravemente a otros servicios o redes de comunicaciones electrónicas.
- e) Cuando cree graves problemas económicos u operativos a otros proveedores o usuarios de redes o servicios de comunicaciones electrónicas o demás usuarios del espectro radioeléctrico.»

55. Online Harms White Paper, cit., núm. 19 y 20, p. 7 y núm. 34, 35, 38 y 40, p. 9.

actúan en la Red y posibilitan la interconexión. Cuando se apunta la solución de la autoridad administrativa independiente va acompañada de indicaciones sobre sus relaciones con autoridades similares de otros Estados. El problema no es específico de la potestad de los tribunales estatales.

Por lo demás, posibilitar el acceso directo a un órgano jurisdiccional puede resultar una solución difícil, ni inefectiva.

En el aspecto orgánico requeriría, básicamente, que las personas con poder de resolución tuvieran el estatuto propio de los jueces, aunque su formación debería ser tanto jurídica, como en TLC, para que no necesitaran el auxilio dotado de un perito. Asimismo, deberían contar con una estructura auxiliar dotada de los medios técnicos necesarios para estar presente en la Red y actuar ella. En cuanto al número y demarcación de órganos parece lógico que el número debería permitir una actuación continua y la demarcación debería ser como mínimo, para todo el territorio del Estado. Complementariamente puede anotar que una solución de esta naturaleza tal vez favorecería algunas reticencias que frecuentemente se expresan frente al control de la Red. El control no puede ser rechazado absolutamente desde el momento en que se admite el autocontrol y similares, reconociendo que es necesario corregir esos. Si algún control debe haber, siempre será más aceptable el que se ejerce desde la posición de independencia e imparcialidad de un juez.

Por otra parte, tampoco las reglas de actuación de los jueces actuando en el ciberespacio debería ser las mismas que rigen su actividad en el entorno social real. Incluso no debe olvidarse que incluso en estas últimas reglas, la necesidad de diseñar modalidades de tutela para responder con efectividad a situaciones de urgencia (tutela sumaria, tutela cautelar, incluso inaudita