

Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal

N. 2 (2024)



© **MARCIAL PONS**
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
Tamayo y Baus, 7 - 28004 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
<http://www.revistamarcialpons.es/rivitsproc/>
ISSN: 2605-5244
DOI: 10.37417/rivitsproc/vol_2_2024
Fotocomposición: Ene Estudio

ÍNDICE

EDITORIAL

Giulio illuminati, <i>Editoriale</i>	5
--	---

ARTÍCULOS

Brian Buchhalter Montero, <i>Mal día para la Justicia material: crítica de la S. del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), sobre revisión de sentencias absolutorias firmes</i>	9
Núria Borràs Andrés, <i>Digitalización y normas de competencia territorial en el proceso civil: el fin de una era</i>	39
Giuseppe Eduardo Polizzi, <i>Gli incarichi dirigenziali della magistratura e la partecipazione delle associazioni dei magistrati al loro conferimento</i>	87
Silvia Durán Alonso, <i>Aplicación de normas de cómputo procesales a plazos sustantivos: sobre el alcance de la reforma del art. 135 LEC</i>	103
Marianna Biral, <i>Monopolio del sapere scientifico e processo penale. Riflessioni a partire dal “caso Ustica”</i>	127
Marco Morotti, <i>Res judicata and consumer protection in the EU: the dialogue between the Courts (and the legislator)</i>	167
Valentina Capasso, <i>Assessing the need for cultural expertise in civil proceedings: from court’s discretion to the duty to supplement the judge’s extra-legal knowledge</i>	189

EDITORIALE

Giulio illuminati

Stando ai dati riportati in un recente articolo di Filippo Spiezia, in Italia la prova digitale è rilevante in circa l'85% delle indagini penali, e nel 65% dei casi (vale a dire, il 55% del totale) per acquisirla occorre rivolgere una richiesta ad un *service provider* basato all'estero.

Ora, a prescindere da una precisa definizione del concetto di prova digitale — che in realtà abbraccia una grande varietà di dati informatici o informatizzati, anche piuttosto distanti fra loro quanto a caratteristiche — appare evidente che bisogna prendere atto di una progressiva mutazione della originaria struttura della prova e del processo penale. Infatti la prova per eccellenza ormai non è più la testimonianza, come sanno gli operatori pratici, e di conseguenza le nostre usuali categorie rischiano di sbandare, poiché ci troviamo di fronte ad una serie di elementi nuovi, particolarmente significativi, che sono anche difficili da inquadrare.

Per altro verso, la legge non riesce, come sempre accade, a tener dietro ai rapidi sviluppi della tecnologia: basti ricordare, nel nostro caso, che il codice di procedura penale italiano è entrato in vigore in un'epoca in cui le intercettazioni si eseguivano mediante una derivazione fisica dalla centrale telefonica, si ascoltavano in tempo reale, e il contenuto delle comunicazioni intercettate veniva riversato su nastro magnetico (che ancora molto di recente, prima delle ultime riforme, era menzionato appunto come tale nel codice).

Anche il concetto stesso di comunicazione oggi non è chiarissimo, tanto che assistiamo spesso a disorientamenti della giurisprudenza: c'è da domandarsi se non sia il caso di abbandonare l'idea di poter prendere in considerazione le sole comunicazioni in senso stretto. È vero che l'art. 15 Cost. parla testualmente di libertà e segretezza delle comunicazioni, però oggi il concetto si deve necessariamente ampliare, perché comunicazione non è soltanto il contenuto di una conversazione intercettata, ma anche ad esempio i metadata, attraverso i quali è possibile profilare un soggetto; mentre è irrilevante il

fatto che si tratti di comunicazioni captate in tempo reale o dati immagazzinati in un qualsiasi dispositivo. È inutile, in altre parole, continuare a porsi il problema se si tratti nel caso specifico di sequestro, perquisizione, o intercettazione, o addirittura di prova atipica. Forse si dovrebbe semplicemente cominciare a parlare, in termini generalissimi, di sorveglianza elettronica, in tutte le sue varie forme. Come accade, per esempio, in altri paesi: in Germania, lo sappiamo, il *Bundesverfassungsgericht* ha dedotto i limiti costituzionali alla possibilità di sorveglianza elettronica delle persone, assunta come categoria generale, dal principio della tutela della dignità umana e del libero sviluppo della personalità individuale. L'art. 8 Cedu include nel più ampio diritto al rispetto della vita privata e familiare la tutela della corrispondenza; analogamente si comporta, con l'art. 7, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che inoltre aggiunge, all'art. 8, la previsione specifica del diritto alla protezione dei dati personali.

Anche la Corte costituzionale italiana, a suo tempo, ha avuto modo di pronunciarsi, sia pure in un *obiter dictum* (sentenza n. 173 del 2009), sul diritto alla riservatezza, ritenuto un diritto fondamentale «riguardante la vita privata dei cittadini nei suoi molteplici aspetti», che si basa sugli artt. 2 e 15 Cost. Si parla spesso, oggi, di “nuovi diritti”, poiché secondo alcuni il testo della Costituzione non copre tutte le manifestazioni della personalità individuale; ma, come è stato evidenziato, quando si parla di nuovi diritti in realtà si fa riferimento a nuove manifestazioni di un diritto già riconosciuto dalla Costituzione, ovvero a diritti che risultano dalla combinazione di altri principi costituzionali preesistenti.

A questo proposito, può essere utile il rinvio — dando per nota la giurisprudenza europea in argomento — alla motivazione di una ormai antica sentenza della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche, la n. 34 del 1973, che è sempre stato uno dei miei punti di riferimento primari. Una serie di principi enunciati da quella sentenza — di cinquanta di anni fa — sono ancora oggi validi, nonostante siano stati dettati nella vigenza del codice abrogato, e vanno considerati applicabili a tutti i tipi di interferenza nella vita privata.

Anzitutto il bilanciamento tra diritto alla segretezza delle comunicazioni, ma si può a questo punto parlare anche di diritto alla riservatezza, e l'esigenza di prevenire e reprimere i reati, anch'essa oggetto, si afferma, di protezione costituzionale. Inoltre, la necessità di un'autorizzazione del giudice, con una motivazione che dia conto del bilanciamento effettuato; la previsione di limiti di durata dell'intercettazione. Soprattutto, poi, il principio di proporzionalità, oggi com'è noto diventato centrale: se ne parla di solito come di un'acquisizione derivante dalla giurisprudenza europea, e in parte è così, ma va sottolineato che già a quel tempo la Corte costituzionale ne aveva riconosciuto il valore. Infine, la necessità di garanzie di ordine tecnico, particolarmente importanti perché è indispensabile assicurare l'autenticità dei dati e l'integrità nella loro conservazione.

Dunque nella motivazione di quella storica sentenza viene detto già tutto: inclusa l'esigenza del controllo di rilevanza dei risultati; del controllo di legittimità dell'operazione; della tutela del segreto; e, in particolare, anche l'esigenza della tutela dei terzi. Va poi evidenziato che vi si parla per la prima volta di inutilizzabilità della prova illegittimamente acquisita — solo più tardi introdotta con la riforma del codice — con un passaggio celebre che vale comunque la pena citare, secondo cui dall'art. 15 comma 1 Cost. è possibile inferire «il principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito».

La verità è che le intercettazioni, come pure tutte le forme di sorveglianza elettronica, si collocano in un crocevia di interessi in conflitto: da un lato l'esigenza di svolgere le indagini e del segreto investigativo; dall'altro la tutela della segretezza delle comunicazioni e della riservatezza personale; per altro verso, il diritto di cronaca, del quale ha avuto più di una volta occasione di occuparsi la Corte europea, secondo cui la riservatezza non può essere invocata a fronte dell'art. 10 Cedu quando si tratta di un personaggio politico pubblico; infine, ma non per ultima, la tutela del diritto di difesa.

A questo punto appare chiaro che la garanzia costituzionale deve abbracciare tutte le possibili forme di interferenza nella vita privata. Al di là dell'intercettazione di comunicazioni in senso stretto, si può provare a fare un elenco delle possibili interferenze, probabilmente non esaustivo: l'intercettazione di flussi di dati; la conservazione dei dati esterni delle comunicazioni (*data retention*); la remotizzazione degli ascolti; l'instradamento delle comunicazioni internazionali; le ispezioni e perquisizioni informatiche; l'acquisizione della messaggistica istantanea, criptata o no; il sequestro della memoria del dispositivo; la geolocalizzazione; il *pen register*, che tiene traccia di tutte le chiamate in uscita; lo *stingray*, simulatore di telefono cellulare, sia attivo che passivo. Infine, il captatore informatico, un virus le cui potenzialità invasive sono enormi, che ha la possibilità di prendere possesso di qualunque dispositivo connesso ad internet con i privilegi di amministratore, con tutto ciò che ne consegue in termini di sorveglianza elettronica.

Per questo motivo non può essere condiviso quello che è diventato una sorta di luogo comune: si usa parlare di “neutralità tecnica” delle norme di garanzia, sarebbe cioè indifferente lo strumento che viene usato, purché sia tutelato il nucleo essenziale del diritto che deve essere riconosciuto. Ma in realtà c'è una enorme differenza, ad esempio, fra l'intercettazione di una comunicazione, la ripresa visiva, il virus informatico inserito nel cellulare, e così via. Il tipo di strumento condiziona gli effetti e i risultati, e le garanzie debbono essere tarate sulle modalità e sull'obiettivo. Al riguardo, ancora dalla Corte costituzionale tedesca, è stato affermato il cosiddetto “*purpose limitation principle*”, vale a dire il principio secondo cui l'intervento deve essere limitato in funzione del legittimo scopo che viene perseguito.

Sulla circolazione dei dati così acquisiti da un procedimento all'altro occorre poi tener presente che ogni volta che si utilizza un dato di questo genere si realizza una nuova violazione della segretezza, che deve trovare giustificazione. Non basta l'esistenza a monte di un'autorizzazione di un giudice per concludere che il diritto è sufficientemente tutelato. L'utilizzazione in altra sede deve sempre restare un'eventualità eccezionale, perché l'autorizzazione originaria, emessa in un contesto differente, non può rappresentare un *passport* mediante il quale la prova risulta una volta per tutte legittimata ed è possibile usarla dovunque e a qualunque fine. E l'osservazione diventa di particolare attualità se si pensa alla ben nota vicenda dei criptofonini (che aveva già visto intervenire la Corte di giustizia UE), concernente la trasmissione, richiesta con ordine europeo di indagine, del contenuto di comunicazioni già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa.

Va infine ricordato che occorre anche evitare di cadere in quello che qualcuno ha acutamente definito "pregiudizio tecnologico", a causa del quale si tende a considerare i dati acquisiti con questo tipo di strumenti come dati oggettivi ed inconfutabili, validi ovunque. Non è così: si tratta infatti soltanto di indizi, e a volte nemmeno di indizi, ma di semplici notizie di reato. Il risultato delle intercettazioni spesso può essere ambiguo e persino fuorviante, spesso non è nemmeno correttamente conservato, spesso si basa su trascrizioni non fedeli e imprecise, su traduzioni e interpretazioni erranee, o pregiudicate dall'eventuale esclusione di brani di conversazione che potrebbero invece essere rilevanti.

In ogni caso le prove vanno cercate senza commisurarle all'obiettivo di prendere di mira una qualsiasi persona. Già negli anni sessanta del secolo scorso, erano espressamente vietate, negli Stati Uniti, quelle che venivano chiamate intercettazioni generali, dirette cioè a mettere sotto sorveglianza un sospettato in attesa di scoprire qualche elemento a suo carico: dal momento che è sempre necessario che esistano specifici motivi che giustifichino la restrizione del diritto fondamentale. In linea di principio, dunque, deve escludersi che le intercettazioni possano essere impiegate per andare alla ricerca di possibili reati. E la medesima logica va applicata anche, *mutatis mutandis*, all'utilizzazione dei dati ottenuti con la sorveglianza elettronica al di fuori del procedimento in cui sono state autorizzate. Altrimenti, come ha di recente riconosciuto anche la Corte costituzionale italiana, l'autorizzazione del giudice sarebbe un'autorizzazione in bianco, priva cioè del suo requisito essenziale, una motivazione pertinente e specifica.

MAL DÍA PARA LA JUSTICIA MATERIAL: CRÍTICA DE LA S. DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA DE 31 DE OCTUBRE DE 2023 (2 BVR 900/22), SOBRE REVISIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS FIRMES

A BAD DAY FOR MATERIAL JUSTICE: CRITIC OF THE GERMAN FEDERAL
CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION OF 31 OCTOBER 2023 (2 BVR 900/22)
ON THE REVIEW OF FINAL ACQUITTALS

Brian Buchhalter Montero*
PDI en formación (FPU)
Universidad Complutense de Madrid

* Núm. Orcid: 0000-0001-7662-4424. Agradezco a Marien Aguilera Morales (Catedrática, UCM), Julio Banacloche Palao (Catedrático, UCM), Fernando Gascón Inchausti (Catedrático, UCM), Javier Jiménez Fortea (Prof. Titular, UV); Abdalla Khalaf Reda (Inv. predoctoral, UCM); José León Alapont (Prof. Titular, UV); José Antonio Tomé (Catedrático, UCM) y a M.^a Luisa Villamarín López (Catedrática, UCM), por el debate, las sugerencias y correcciones. También agradezco al (amable) revisor anónimo que ha hecho sugerencias muy interesantes. Las abreviaturas utilizadas son, además de las habituales en español, las siguientes: AfD (Alternative für Deutschland); BGB (Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil de Alemania); BVerfG (Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal de Alemania); BVerfGG (Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Ley del Tribunal Constitucional Federal de Alemania); CDU/CSU (Christlich Demokratische Union Deutschlands/Christlich-Soziale Union in Bayern); CProcPen (Código Procesal Penal, y, en su caso, el país); ECPI (Estatuto de la Corte Penal Internacional); EGStGB (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, Ley para la introducción del Código Penal de Alemania); FDP (Freie Demokratische Partei); GG (Grundgesetz, Constitución de Alemania); LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal); LG (Landgericht, Audiencia Provincial); OLG (Oberlandesgericht, Tribunal Superior de Justicia); RG (Reichsgericht, Tribunal del Imperio alemán); SPD (Sozialdemokratische Partei Deutschlands); StGB (Strafgesetzbuch, Código Penal de Alemania); StPO (Strafprozessordnung, Ordenanza Procesal Penal de Alemania; o, en su caso, de Suiza [schwz] o de Austria [ö]); VStGB (Völkerstrafgesetzbuch, Código Penal de Delitos Internacionales, Alemania); y ZPO (Zivilprozessordnung, Ordenanza procesal civil de Alemania). Todas las traducciones (más o menos libres y más o menos acertadas) son mías, salvo que indique lo contrario. Algunas (por ejemplo, de los textos en lenguas eslavas y en griego) provienen no de la lengua original, sino del inglés.

RESUMEN: La S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 ha declarado inconstitucional el Nr. 5 del § 362 StPO, que fue introducido en diciembre de 2021 para permitir la revisión *contra reum* de sentencias firmes por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba. Se sustenta esta declaración en la vulneración, por el legislador, de la prohibición de *bis in idem* (art. 103.3 GG) y de la prohibición de retroactividad de disposiciones sancionadoras (art. 20.3 GG, entre otros). Los argumentos dados no son en su totalidad convincentes y la resolución no puede desmotivar a otros países a seguir un camino distinto. *De lege ferenda* propongo la inclusión en el art. 954 LECrim de una serie de normas que puedan encauzar una (constitucional) revisión *contra reum* de sentencias penales firmes.

PALABRAS CLAVE: revisión de procesos penales; justicia material; cosa juzgada, seguridad jurídica; Alemania.

ABSTRACT: The resolution of the BVerfG of October 31, 2023 has declared unconstitutional Nr. 5 of § 362 StPO, which was introduced in December 2021 to allow the reopening of final judgments against a defendant due to the emergence of new facts or evidence. This sentence is based on the legislator's violation of the prohibition of *bis in idem* (Art. 103.3 GG) and the prohibition of retroactivity of punitive provisions (Art. 20.3 GG, among others). The arguments given are not entirely convincing and the resolution of the BVerfG cannot discourage other countries to follow a different path. *De lege ferenda* I propose the inclusion in art. 954 LECrim of a series of rules that can channel a (constitutional) reopening of final criminal procedures in detriment of the acquitted.

KEYWORDS: revision of criminal proceedings; material justice; *res judicata*; legal certainty; Germany.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. UNA (NECESARIA) HISTORIA RETROSPECTIVA DEL DERECHO DE REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES: 1. La Ley para la obtención de Justicia material, de 21 de diciembre de 2021: A) *Iter* parlamentario: a) Discusión en el *Bundestag*: aa) Primera lectura; bb) Audiencia en Comisión a los expertos; cc) Segunda y tercera discusión: aprobación en el *Bundestag* y en el *Bundesrat*; B) El rol del *Bundespräsident*; 2. El Derecho nacionalsocialista; 3. La República de Weimar (la reforma de 22 de marzo de 1924) y el Imperio alemán (la versión original de la StPO de 1 de febrero de 1877); 4. Recapitulación.— III. DE VUELTA AL PRESENTE.— IV. TOMA DE POSICIÓN: 1. Proporcional excepción al *non bis in idem*: A) La prohibición de *bis in idem* del art. 103.3 GG vincula (también) al legislador; B) Examen de la proporcionalidad del nuevo motivo: a) Fin legítimo: obligación del Estado de hacer Justicia y mantener la paz social; b) Necesidad de la decisión legislativa; c) No hay riesgo de extensión indebida a otros delitos menos graves; C) El rol de la víctima: a) Víctima como símbolo de la sociedad; b) Indebido paternalismo: decirle a la víctima qué es lo mejor para ella; 2. El problema de la retroactividad: A) Cuestiones generales; B) La excepción del extraordinario interés público; 3. El Nr. 5 en el *sistema* de los Nr. 1 - 4 del § 362; A) El sistema de los Nr. 1 - 4 del § 362; B) Encaje del Nr. 5 del § 362 StPO en el modelo procesal; a) Sistema de los Nr. 1 - 4 del § 362 StPO; b) Sistema (general) de la StPO; 4. *Excursus*: no desentona la norma en el espacio internacional: A) El art. 4.2 del Protocolo Núm. 7 al CEDH; B) Otros países; V. SÍNTESIS.— VI. UNA REFLEXIÓN PARA ESPAÑA; 1. Necesidad de reforma al ejemplo de la absolución dada, por ejemplo, en prevaricación; 2. Poco perceptible riesgo para la cosa juzgada como institución; 3. Pero: necesidad de ponderar la reducción de posibilidades de defensa en el segundo proceso; VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Si algo ha condicionado la política procesal penal y el debate académico alemán de los últimos años ha sido la introducción (por la Ley para la obtención de Justicia material, de 21 de diciembre de 2021)¹ de un Nr. 5. en el § 362 StPO, que admitía *propter nova* la revisión de sentencias absolutorias². Lo hacía en estos términos:

«La reapertura de un proceso penal en perjuicio del acusado terminado por sentencia firme es admisible [...] 5. cuando se aporten nuevos hechos o medios de prueba que, solos o en relación con pruebas practicadas anteriormente, creen enérgicas razones [*dringende Gründe*] para que el acusado absuelto [*der freigesprochene Angeklagte*] por asesinato [§ 211 StGB], genocidio [§ 6.1 VStGB], delitos contra la humanidad [§ 7.1 Nr. 1 - 2 VStGB] o delitos de guerra contra una persona [§ 8.1 Nr. 1 VStGB], sea condenado».

La norma, que se introducía de lleno en la secular pugna entre seguridad jurídica y justicia material, ha sido recientemente expulsada del ordenamiento jurídico por la S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22). Esta resolución trae causa del recurso de amparo interpuesto por un absuelto en 1983 (Ismet H.) al que, en 2022, se reabrió un proceso por la violación y el asesinato de la joven Frederike von Möhlmann en 1981. No creo que la S. del BVerfG signifique, sin embargo, que el debate esté ya cerrado. Me propongo, por tanto, examinar la discusión y reflexionar al final sobre el régimen español de revisión de sentencias firmes en el proceso penal, especialmente ahora que la letra b), entre otras, del art. 954.1 LECrim parecería permitir la revisión de sentencias absolutorias³. En todo caso, nuestro país debe seguir, creo, un camino distinto al que ha tomado Alemania. No continúo con la esperanza que mostré hace unos meses en un breve texto sobre la misma materia⁴. Y no me sumo, tampoco, a la corriente que mantuvo y mantiene (ahora ya con *imperium*) la inconstitucionalidad del § 362 Nr. 5 StPO⁵.

¹ Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO und zur Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit). Vom 21. Dezember 2021.

² En España la noción *reapertura* es equívoca, pues no se trata tanto de reabrir, como de iniciar un nuevo procedimiento. Cfr. Garcíandía González (2016) pp. 32 y 33 (con referencias jurisprudenciales).

³ Garcíandía González (2016), p. 73.

⁴ Disponible *online* en: <https://cutt.ly/gwTvIHlh>

⁵ Cfr. Pohlreich (2023), pp. 140 y ss.; Singelstein (2022) pp. 1058 y ss.; Brade (2021), pp. 362 y ss.; Grübl, (2022), 1 y ss.; Aust y Schmidt (2020), pp. 251 y ss.; Schweiger (2022), 397 y ss.; Priebernig (2023), pp. 156 y ss.; Tiemann (2023), ap. 21 y ss.; y AA.VV., *Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO*, Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, 1.12.2022. En favor de la revisión *contra reum* por aparición de nuevos hechos o medios de prueba, las voces son menos. Además de los dictámenes y posiciones citadas en la nota 21, cfr. Hoven (2021), pp. 1154 y ss.; Von Biebrauer zu Brennstein (2022), pp. 118 y ss.; y Letzgius (2020), pp. 717 y ss.

II. UNA (NECESARIA) HISTORIA RETROSPECTIVA DEL DERECHO DE REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

Examinar esta discusión reclama una primera aproximación histórica. No solo porque esta clase de interpretación no puede obviarse (entre nosotros: art. 3.1 CC), sino porque el debate mismo y finalmente la S. del BVerfG han tomado en cuenta razones históricas. En la discusión son múltiples las referencias a la historia del Derecho procesal penal y a la génesis del art. 103.3 GG (que consagra en Alemania la prohibición de *bis in idem*: «Nadie puede ser condenado [*bestraft*] más de una vez por el mismo hecho en virtud de las Leyes penales generales»). El BVerfG ha dejado ya claro que para la búsqueda del sentido de este art. 103.3 GG debe atenderse al estado del Derecho procesal y su interpretación vigente al momento de entrar en vigor la GG, es decir, el 24 de mayo de 1949⁶. De ahí no se sigue, sin embargo, que el art. 103.3 GG haya elevado, a rango constitucional y con el máximo detalle, el Derecho procesal penal previo a 1949 ni tampoco que este no pueda modificarse levemente, en el marco de *correcciones marginales* («*Grenzkorrekturen*»)⁷, lo que no exime de dudas sobre qué es y qué no es marginal⁸. Todo eso reclama, por tanto, un estudio histórico.

La indagación histórica que siguen estas líneas se funda en el método retrospectivo (de hoy hacia atrás), que permite andar el camino de la historia con la mirada puesta en un problema particular⁹. Esto permite *saber qué se busca* en la historia y evita, además, la poco honesta práctica de *reconstruir* la historia del Derecho sabiendo ya el resultado al que se quiere llegar. No quiero decir con eso que toda historia del Derecho así hecha sea culpable de ese reproche. Solo digo que *esa* metodología puede comportar *ese* riesgo. Esto no exime de reconocer que también el método retrospectivo tiene *sus* (otros) riesgos. En este trabajo, sin embargo, los asumo.

1. La Ley para la obtención de Justicia material, de 21 de diciembre de 2021

El 8 de junio de 2021 presentaron la CDU/CSU y el SPD el Proyecto de Ley del que trae causa la introducción del malogrado Nr. 5 en el § 362 StPO. El origen de esta iniciativa está en el caso de la ya mencionada Frederike von Möhlmann. De hecho, la fundamentación del Proyecto de Ley se refiere expresamente a ella y a las 180.000 firmas que su padre consiguió recolec-

⁶ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (BvR 900/22), ap. 65.

⁷ A. de la Sala II del BVerfG de 8 de enero de 1981 (2 BvR 873/80), ap. 25.

⁸ Aust y Schmidt (2020), p. 252; Bung (2022), p. 111; o Hoven (2021), p. 1157.

⁹ La metodología la he tomado de Masferrer (2022).

tar para incentivar el trámite legislativo¹⁰. El nombre de la joven y algunos escabrosos detalles sobre el caso aparecen, también, en el debate parlamentario¹¹ y doctrinal¹². Sin embargo, la relevancia de este caso (y la emocionalidad de toda la discusión)¹³ no puede hacer obviar que hubo, antes que este, otros intentos de reforma en un sentido similar. Intentos que también han fracasado, aunque en momentos anteriores (1993¹⁴, 2008¹⁵ o 2010¹⁶, por ejemplo) y no ante el BVerfG. Por otra parte, el acuerdo de coalición entre CDU/CSU y SPD para la XIX Legislatura (2017-2021) expresamente refería, bajo el epígrafe titulado «Un Estado fuerte y capaz de actuar para una sociedad libre», el deseo de ampliar las posibilidades de reapertura del proceso penal *contra reum* en relación con delitos que no prescriben (como es el caso del asesinato: *cfr.* § 78.2 StGB)¹⁷. La iniciativa no es, por tanto, totalmente nueva ni improvisada.

A) *Iter parlamentario*

El Proyecto de Ley, presentado por los dos partidos mayoritarios en Alemania el 8 de junio de 2021, se acompañó con unos breves párrafos que condensan bien su finalidad:

«Finalidad del Proyecto es, en ponderación de los principios de la Justicia material y de la necesidad de seguridad jurídica, posibilitar la reapertura, en perjuicio del acusado absuelto, de un proceso penal terminado por sentencia firme respecto de los delitos más graves también cuando aparecen nuevos medios de prueba de cargo, de los que se derive con alta probabilidad [*hohe Wahrscheinlichkeit*] la responsabilidad penal del absuelto anteriormente, de manera que mantener la cosa

¹⁰ El Proyecto de Ley se refiere a ella explícitamente: *Cfr.* Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Drucksache 19/30399, 08.06.2021, p. 10. Lo reconoce también la S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 15.

¹¹ Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Stenographischer Bericht – 234. Sitzung, Berlin, Freitag den 11. Juni 2021, p. 30370.

¹² Hoven (2021), p. 1154.

¹³ Hoven (2021), p. 1162. Emocionalidad que, han dicho algunos, no se restringe al caso concreto, sino a la utilización misma de la noción *asesino* («*Mörder*»), que fue introducida en el § 211 StGB por los nazis y cuya supresión se sugiere hace tiempo: Bung (2022) p. 112.

¹⁴ Deutscher Bundestag (12. Wahlperiode) – Drucksache 12/6219, 22.11.1993. Esta Proposición de Ley pretendía introducir, también, la revisión *contra reum* cuando aparecieran nuevos hechos o medios de prueba que, por sí solos o en relación con la prueba practicada, pudieran conducir «más allá de toda duda razonable» a una condena por asesinato o genocidio. Este canon (que en alemán se expresa sustantivado, «*Ausschluß jedes begründeten Zweifels*») coincidía, según la Proposición (p. 10), con el que se exige para dictar prisión provisional conforme al § 112.1.I StPO. Ese mismo criterio han propuesto otros autores en momentos posteriores: Letzgas (2020), p. 719.

¹⁵ Deutscher Bundestag (16. Wahlperiode) – Drucksache 16/7957, 30.01.2008. El texto preveía la revisión de sentencias absolutorias «cuando, sobre la base de nuevos métodos técnicos de investigación científicamente reconocidos, de los que no se disponía en el momento de la sentencia [...], se ponen de manifiesto nuevos hechos o pruebas que, por sí solos o en combinación con las pruebas practicadas anteriormente, sean adecuados para condenar a la persona absuelta».

¹⁶ Bundesrat (s/n.) – Drucksache 222/10, 21.04.10.

¹⁷ *Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD 19. Legislaturperiode*, p. 125.

juzgada de la sentencia absolutoria en todo caso produciría —en relación con la Justicia material —resultados intolerables»¹⁸.

Las dudas de constitucionalidad están ya presentes para los autores del Proyecto, que dedican una relativamente larga argumentación a despejar la incógnita de si este nuevo § 362 Nr. 5 StPO es compatible o no con la prohibición de *bis in idem* que prevé el art. 103.3 GG. Por otra parte, la fundamentación del Proyecto se remite a vieja jurisprudencia constitucional que habrían dejado abierta la puerta a la introducción de un motivo de estas características al § 362 StPO, cuya fuerza interpretativa ha sido descartada, al final, por la S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023.

a) Discusión en el *Bundestag*

El Proyecto de Ley fue discutido en el *Bundestag* en las clásicas tres lecturas (*Lesungen*):

aa) *Primera lectura*

La primera y más importante lectura sucedió en el Pleno del 11 de junio de 2021¹⁹. Allí tomo la palabra primero el Sr. Dr. Johannes Fechner (SPD) para defender el Proyecto, considerado arma eficaz contra el clamante injusto («*schreiendes Unrecht*») que suponía no solo la absolución de un asesino, sino la imposibilidad de condenarlo si aparecían nuevas pruebas. El parlamentario hizo notar también las principales objeciones que se formularon al Proyecto y que luego abordó (*cfr.* IV). A su terminación tomó la palabra el Sr. Dr. Johannes Reusch (AfD), que sumó apoyo al Proyecto, aunque exigiendo que la revisión no solo abarcara el asesinato, sino también otros delitos. Esto causó el temor de buena parte del espectro político, como ahora se verá. También se posicionó favorablemente al Proyecto la CDU/CSU, representada por el Sr. Dr. Jan-Marco Luczak, que dudó seriamente de que sea una «victoria del Estado de Derecho» la libertad en esos términos de un asesino. Y con razón hizo notar que mantener una sentencia injusta no puede nunca velar por la paz jurídica (*Rechtsfrieden*) cuando se trata de un injusto tan excepcional como el asesinato (por ejemplo). Desde el liberalismo del FDP, el Sr. Jürgen Martens se mostró preocupado por que la nueva regulación pudiera suponer, después, una ampliación a otra clase de delitos (como ya proponía la AfD). Sobre esa circunstancia, más que sobre los problemas jurídico-constitucionales, hizo oposición la izquierda (Sr. Friedrich Straetmanns desde Die Linke; y Sra. Canan Bayram de Bündnis 90/Die Grünen).

¹⁸ Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Drucksache 19/30399, 08.06.2021, p. 1.

¹⁹ Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Stenographischer Bericht – 234. Sitzung, Berlin, Freitag den 11. Juni 2021, pp. 30369 y ss.

bb) Audiencia en Comisión a los expertos

Más provechosa que este debate plenario fue la audiencia a los expertos, el 22 de junio de 2021 en la Comisión de Derecho y protección de los consumidores del *Bundestag*. Manifestaron su opinión allí expertos tanto de la Universidad como de la *praxis*. Todos sus informes están disponibles *on line*²⁰. Tras la audiencia a los expertos la Comisión hizo público su informe, mostrándose finalmente a favor de la reforma con los votos de CDU/CSU, SPD y AfD y en contra de FDP, Die Linke y Bündnis 90/Die Grünen. Todo eso era previsible. Del informe merece la pena destacar tan solo el énfasis del FDP en que una reforma tal de la StPO solo sería posible con una reforma de la GG (lo que abre un nuevo debate); y que el segundo procedimiento penal dado tras la revisión (en su caso), ofrece menores garantías al nuevo acusado pues, por ejemplo, el paso del tiempo ha menguado su posibilidad de valerse de algunos medios de prueba²¹. De esta preocupación ha dado cuenta también la S. del BVerfG de 31 de octubre²². Y, efectivamente, esa circunstancia debe ponderarse en una futura regulación de la revisión de sentencias absolutorias.

cc) Segunda y tercera discusión: aprobación en el Bundestag y en el Bundesrat

Llegan finalmente la segunda y tercera discusión sobre el Proyecto, dada en el *Bundestag* el 24 de junio de 2021, en que se aprueba el texto sin mayores estridencias²³. De ahí pasa el texto al *Bundesrat*, donde fue directamente aprobado el 17 de septiembre de 2021²⁴.

²⁰ Disponibles en: <https://cutt.ly/PwRX0xPe>. Los cito por páginas. Otros hablaron sin informe escrito. Por ejemplo, el Sr. Dr. Ulf Buermeyer sostuvo que pocas veces ha sido una vulneración de la GG tan clara como con ese Proyecto de Ley: Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Stenographischer Bericht – 236. Sitzung, Berlin, Donnerstag den 24. Juni 2021, p. 30754. Las intervenciones están disponibles *online* en: <https://cutt.ly/ZwTE4U0I>. Por escrito, con distintos argumentos y a favor de la constitucionalidad del § 362 Nr. 5 StPO se mostraron tanto el Prof. Dr. Jörg Eisele (Universidad de Tübingen), el Prof. Dr. Michael Kubiciel (Universidad de Augsburg) y el Prof. Dr. Klaus F. Gärditz (Universidad de Bonn) como el Sr. Dr. Wolfram Schädler (Letrado de Hans von Möhlmann, padre de la adolescente asesinada en 1981). Oralmente se pronunció a favor de la norma la Sra. Elisabeth Auchter-Mainz (Fiscal y Encargada para la protección de las víctimas del Estado federado de Nordrhein-Westfalen). Contra la constitucionalidad de la norma informaron, por escrito, el Prof. Dr. Helmut Aust (Universidad Libre de Berlín) y Stefan Conen (Letrado, miembro de la Comisión de Derecho penal de la Asociación de la Abogacía alemana). Solo oralmente se pronunció en favor el Sr. Dr. Ulf Buermeyer (Juez y Presidente de la Asociación para los Derechos de libertad).

²¹ Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, 23.06.2021, p. 4.

²² S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 13.

²³ Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Stenographischer Bericht – 236. Sitzung, Berlin, Donnerstag den 24. Juni 2021, p. 30755.

²⁴ Bundesrat (s/n.) – Stenographischer Bericht, 1008. Sitzung, Berlin, Freitag, den 17. September 2021, pp. 381 y ss.

B) *El rol del Bundespräsident*

Que el texto fuera aprobado sin mayor problema por las Cámaras no significó, sin embargo, su entrada en vigor inmediata. Todavía restaba la promulgación por el Presidente de la República, el *Bundespräsident* Frank-Walter Steinmeier. Este, en ejercicio del polémico control de constitucionalidad que le asiste *ex art.* 82.1 GG, se negó primero a la promulgación de la norma. Tras varias semanas de vacilación se decidió, en diciembre de 2021, a estampar su sello («con dolor de barriga»²⁵, han dicho algunos) y a hacer públicas sus dudas sobre la constitucionalidad de la norma²⁶. De ese modo, el § 362 Nr. 5 StPO entraba, finalmente, en vigor el jueves 30 de diciembre de 2021.

2. El Derecho nacionalsocialista

El régimen procesal penal de hoy no se entiende (como tampoco se entiende el Derecho constitucional en general) si no es en contraposición o reacción al régimen nacionalsocialista²⁷. Este brutalizó su Derecho penal y procesal penal y, claro, la revisión de sentencias firmes no fue excepción. Al margen de otras iniciativas que paulatinamente quebraron el entendimiento liberal de la cosa juzgada²⁸, el Tercer Decreto para la simplificación de la Administración de la Justicia penal, de 29 de mayo de 1943, dio nueva redacción al § 359 StPO:

«Un procedimiento terminado con sentencia firme será reabierto, cuando se aporten nuevos hechos o medios de prueba que, por sí solos o en conexión con los anteriores, sean idóneos [para fundamentar]: 1. [...] la absolución de un condenado o una pena esencialmente menor o, en vez de la condena, el sobreseimiento del procedimiento. [...] 2. [...] la condena de un absuelto o una pena esencialmente mayor o la condena en vez del sobreseimiento. [...] 3. [...] una decisión esencialmente distinta sobre una medida de seguridad. [...] La reapertura del procedimiento en contra del acusado solo es admisible cuando la nueva persecución sea necesaria para la protección del pueblo [*zum Schutze des Volkes*]»²⁹.

La regulación, por tanto, refundía las normas de la revisión en perjuicio y en favor del absuelto y suponía la puesta en entredicho general de la cosa juzgada, bajo el nebuloso concepto de *protección del pueblo* (concepto análogo al *sano sentimiento del pueblo alemán* que, desde 1935, permitía la analogía *contra reum*: § 2 StGB)³⁰. Esta modificación fue bien recibida por la doctrina

²⁵ «Steinmeier unterschreibt mit Bauchschmerzen», *LTO Legal Tribune Online*, 22 de diciembre de 2021. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/JwY1yr1a>

²⁶ Disponible *online* en: <https://cutt.ly/7wTxF7aT>

²⁷ Brade (2021), p. 362.

²⁸ *Cfr.* Bayer (2018), pp. 113 y ss.

²⁹ *Dritte Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege. Vom 29. Mai 1943.*

³⁰ La expresión más alta de esta tendencia totalitaria en el enjuiciamiento español, el ALECRim 1938 (publicado en la Imprenta de los Hijos de Fco. Nuñez en Salamanca) no asumió, sin embargo,

de la época, cercana a ese entendimiento de la seguridad jurídica. Como hizo notar un notable Catedrático nazi de aquella época, Friedrich Schaffstein, la *seguridad jurídica* en el Estado totalitario suponía que el delito no podía quedar impune y que la seguridad de la comunidad política debía prevalecer, aunque la Ley no autorizara el castigo³¹. Este razonamiento, dirigido a fundar la analogía *contra reum*, es aquí pertinente.

3. La República de Weimar (la reforma de 22 de marzo de 1924) y el Imperio alemán (la versión original de la StPO de 1 de febrero de 1877)

La reforma nacionalsocialista obviaba el grado de garantías penales que había alcanzado el proceso en la República de Weimar. Aunque no se produjeron reformas relevantes en esta materia (salvo el cambio de numeración el 22 de marzo de 1924: del § 402 al § 362), la prohibición de *bis in idem* había sido reconocida y garantizada expresamente por la jurisprudencia del RG³². No, sin embargo, por la Constitución de Weimar (1919). Se mantenía, por tanto, el texto original de la imperial StPO de 1 de febrero de 1877 que, con otra numeración, seguía plenamente vivo en la StPO republicana.

4. Recapitulación

Tenemos entonces claro ya cuál ha sido el rol de la revisión de sentencias firmes en perjuicio del absuelto en la formación histórica del actual § 362 StPO: solo el Derecho nacionalsocialista admitió la revisión *contra reum* por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba. Ahora bien, esa circunstancia no puede hacer pensar que desde ese momento y hasta el fin de los días ese motivo de revisión *contra reum* esté contaminado de nacionalsocialismo

esta quiebra generalizada de la cosa juzgada. Solo admitía la revisión en beneficio del condenado (arts. 814 y ss.), aunque algunos números podían ser ambiguos (7.º, por ejemplo). La decisión del ALECrím 1938 es sorprendente, pues su redacción se debe, además de a Antonio Luna García, a Federico Castejón y Martínez de Arízala, que sí se mostró a favor de la revisión de sentencias absolutorias: Castejón. (1967), p. 102.

³¹ Cfr. Schaffstein (1940), p. 532.

³² Cfr. S. del RG de 16 de octubre de 1880 (Rep. 2517/80): «*Der hervorgehobene Grundsatz ist zwar in der Strafprozeßordnung nicht ausdrücklich ausgesprochen, liegt aber wesentlichen Bestimmungen derselben zu Grunde*». Cfr. también: S. del RG de 6 de noviembre de 1880 (Rep. 1278/80); S. del RG de 21 de diciembre de 1880 (Rep. 3110/80); S. del RG de 23 de diciembre de 1880 (Rep. 3273/80); S. del RG de 25 de marzo de 1881 (Rep. 340/81); S. del RG de 2 de junio de 1881 (Rep. 1195/81); S. del RG de 30 de septiembre (Rep. 1978/81); S. del RG de 12 de julio de 1882 (Rep. 1615/82); S. del RG de 18 de diciembre de 1882 (Rep. 2676/82); S. del RG de 12 de marzo de 1883 (Rep. 369/83); S. del RG de 23 de junio de 1883 (Rep. 1206/83); S. del RG de 15 de noviembre de 1883 (Rep. 2174/83); S. del RG de 10 de diciembre de 1883 (Rep. 2762/83); S. del RG de 27 de septiembre de 1886 (Rep. 1823/86); S. de 8 de octubre de 1886 (Rep. 2297/86); S. del RG de 15 de noviembre de 1886 (Rep. 2668/86); S. del RG de 28 de enero de 1887 (Rep. 3121/86), S. del RG de 8 de octubre de 1888 (Rep. 1904/88); S. de 30 de septiembre de 1890 (Rep. 2281/90); S. del RG 5 de enero de 1891 (Rep. 3472/90); S. del RG. de 23 de noviembre de 1891 (Rep. 2957/91); o S. del RG de 10 de marzo de 1905 (Rep. 4383/04).

y que, por tanto, sea hoy inadmisibile. Un Derecho penal orientado al libre desarrollo de la personalidad (y no a la ciega tutela del interés del Estado) puede servirse de un Derecho procesal penal que admita la revisión *contra reum* por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba y por gravísimos delitos. Creo que así lo acreditan algunos países de nuestro entorno (*cf.* IV.4.B).

III. DE VUELTA AL PRESENTE

La impugnación (mediata) del § 362 Nr. 5 StPO ante el BVerfG se entiende, entonces, en ese contexto. También el recurso de amparo con el que indirectamente se combate la nueva regulación tiene su breve historia. El 1 de julio de 1982 el recurrente en amparo fue condenado a prisión permanente revisable por el LG Lüneburg, por la violación y asesinato de Frederike von Möhlmann. Su condena fue revocada por el BGH y la causa reenviada al LG Stade, que le absolvió en 1983 de los delitos de violación y asesinato. En 2015 interpuso el padre de la fallecida una demanda contra el recurrente ante el LG Lüneburg, exigiéndole una indemnización por daños y perjuicios psicológicos causados por la muerte de su hija. El 9 de septiembre de 2015, su pretensión fue desestimada por haber transcurrido el plazo de 30 años de prescripción (§ 199.2 BGB)³³. Esta decisión fue confirmada en apelación por el OLG Celle en S. de 14 de abril de 2016³⁴. Esto ha motivado, también, la reforma por la Ley de 21 de diciembre de 2021 del régimen de prescripción de acciones civiles nacidas de delitos no prescriptibles, lo que no ha sido reprochado por el BVerfG. En todo caso, ni en primera instancia ni en segunda instancia el demandado (presunto asesino y recurrente en amparo) discutió haber violado y matado a la hija del demandante³⁵.

Entonces, cerca de cuarenta años después de la muerte de la joven, la Fiscalía solicitó la reapertura del procedimiento ante el LG Verden con base en este nuevo § 362 Nr. 5 StPO. Días después fue admitida esta solicitud y el LG Verden ordenó la detención y la entrada en prisión provisional del ahora recurrente en amparo. Este impugnó sin éxito la decisión ante el OLG Celle y, finalmente, ante el BVerfG. Aquí sí logró imponerse y obtener la revocación de la prisión provisional hasta que se decidiera la constitucionalidad de este polémico § 362 Nr. 5 StPO. En la tramitación del amparo constitucional fueron de nuevo escuchados los actores políticos y expertos. La vista ante el BVerfG se celebró el 24 de mayo de 2023.

³³ S. del LG Lüneburg (2. Zivilkammer), de 9 de septiembre de 2015 (2 O 76/15), ap. 16.

³⁴ S. del OLG Celle (5. Zivilsenat), de 14 de abril de 2016 (5 U 121/15), ap. 21 y ss.

³⁵ En la S. del LG de Lüneburg se lee: «El Tribunal debe partir, según el § 138.3 ZPO de que el demandado violó y posteriormente mató a la hija del demandante, pues el demandante no ha discutido en este procedimiento haber realizado esos hechos [...]» (ap. 17). Lo mismo sucede en segunda instancia. El OLG Celle da esto por cierto y afirma rotundamente que «el demandado violó y mató a la hija del demandante en el espacio entre las 18:00 horas del 4 de noviembre de 1981 y las 06:00 del día siguiente [...]» (ap. 2).

IV. TOMA DE POSICIÓN

En las anteriores líneas he intentado aclarar el contexto histórico de este debate sobre el § 362 Nr. 5 StPO. Me ocupo en lo que sigue de los argumentos que, en el proceso constitucional, se han mantenido contra el precepto. Creo que ninguno debía haber prosperado.

1. Proporcional excepción al *non bis in idem*

El primer reproche que ha sufrido el Nr. 5 del § 362 StPO es su incompatibilidad con la prohibición de *bis in idem* del art. 103.3 GG. Al respecto hay que hacer una serie de consideraciones:

A) *La prohibición de bis in idem del art. 103.3 GG vincula (también) al legislador*

Desde antiguo, el BVerfG ha declarado que el art. 103.3 GG no solo impide el castigo (como se derivaría de su tenor: *bestraft werden*), sino directamente la persecución dos o más veces por los mismos hechos. Así lo reconocen con algo más de fortuna que la norma alemana otros preceptos, como el art. 5 del CProcPenArg («Nadie puede ser perseguido penalmente ni condenado más de una vez por el mismo hecho») o algunos textos internacionales (arts. 50 CDFUE o 4.1 del Protocolo Núm. 7 al CEDH)³⁶. Esta prohibición de doble persecución deriva, para el BVerfG, no solo de los debates constituyentes sino del contexto histórico de la norma, dada en reacción al nacionalsocialismo (*cf.* II.2). También las Constituciones de los Estados federados que se aprobaron inmediatamente antes de la GG llevan al BVerfG pensar lo mismo³⁷. Un razonamiento teleológico conduce igualmente al BVerfG a admitir no solo la prohibición de doble condena, sino de doble persecución: si el proceso penal no puede llegar a su fin (condenar o absolver) no tiene sentido, ni si quiera, que comience (especialmente si se considera lo gravoso que es para quien lo sufre)³⁸. Y, finalmente, un poco convincente argumento sistemático lleva al BVerfG a pensar que el *bis in idem* afecta no solo a condenados, sino también a absueltos: en conexión con la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras (art. 103.2 GG), se entiende que la prohibición de doble *persecución* es complementaria. De todos esos argumentos sigue el BVerfG, entonces, que el art. 103.3 GG no solo protege al *condenado*, sino también al

³⁶ También el art. 22.1 ALECRim 2020 (y, antes, el art. 11.1 del ACProcPen 2013).

³⁷ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 66. Se refiere a las Constituciones de Bayern, Württemberg-Baden (entonces y ahora Baden-Württemberg), Bremen, Hessen y Rheinland-Pfalz.

³⁸ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 69.

absuelto: el art. 103.3 GG persigue la unicidad de la persecución penal (*Einmaligkeit der Strafverfolgung*³⁹): que solo exista un proceso penal.

Esta prohibición de doble persecución del art. 103.3 GG no vincula solo a los Tribunales penales o al Ministerio Fiscal, sino también al legislador⁴⁰. De rechazar la vinculación de este último, la eficacia de la prohibición de *bis in idem* estaría vacía, pues podría el legislador configurar las causas de reapertura del proceso penal como tuviera por conveniente, sin límite alguno⁴¹. Para el BVerfG, por tanto, el art. 103.3 GG hace prevalecer absolutamente la seguridad jurídica sobre la Justicia material. Esta consideración (como hace notar el VP a la S.)⁴² no es, en realidad, consecuente: si así fuera, debieran haberse expulsado del ordenamiento también los Nr. 1 - 4 del § 362 StPO, que también admiten la revisión de la sentencia firme *contra reum*. Estos solo han podido ser salvados aduciendo una ya antigua constitucionalización a través del reconocimiento de la jurisprudencia del RG (*cfr.* II). Es decir: ¿por qué es conforme con la GG el Nr. 4 del § 362 StPO que permite la revisión cuando el acusado se jacta públicamente de haber cometido el delito a pesar de haber sido absuelto y no el nuevo Nr. 5 que permite la revisión cuando aparecen casi incontestables pruebas? La argumentación a ese respecto no es, como se verá, convincente (*cfr.* IV.3).

B) Examen de la proporcionalidad del nuevo motivo

Claro cuál es el ámbito de protección del art. 103.3 GG, es necesario ahora interrogarse por la proporcionalidad de la excepción a la prohibición de *bis in idem* que introdujo la Ley de 21 de diciembre de 2021. Particular atención merecen aquí el fin legítimo que persigue la norma (hacer prevalecer la justicia material sobre la seguridad jurídica) y la *necesidad* de la medida (es decir, si existe otra opción menos lesiva que pueda lograr el mismo fin).

a) Fin legítimo: obligación del Estado de hacer Justicia y mantener la paz social

El Estado tiene la obligación de hacer Justicia y de mantener así la paz social. Lo intenta a través del Derecho penal, cuando prevé el legislador el castigo y cuando los Tribunales lo hacen valer. El BVerfG ha reconocido esta circunstancia cuando ha hecho notar que el Estado de Derecho abarca, como una de las principales tendencias de la GG, la persecución de la Justicia ma-

³⁹ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 69.

⁴⁰ El legislador no es, por tanto, totalmente libre para decidir el «grado en que el interés de la justicia haya de prevalecer sobre la seguridad [...]» (Garciandía González, P. M., *El proceso de revisión...*, *op. cit.*, pp. 59 y 60).

⁴¹ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 74.

⁴² VP del Sr. Müller y de la Sra. Langenfeld a la S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap 4.

terial⁴³. Los arts. 1.2 y 56 GG se refieren de manera expresa a la Justicia (*Gerichtlichkeit*), a la que el Estado no puede ser ajena⁴⁴. El Sr. Alexander Hoffmann (CDU/CSU) reivindicó precisamente esa circunstancia en el *Bundestag*: «Un Estado de Derecho debe también poder reflejar el sentimiento de injusticia del pueblo»⁴⁵. El Estado debe ser sensible a la sensación de justicia o injusticia de la sociedad a la que sirve, aunque el *cómo* de esta operación sea complejo. No poder castigar al acusado-absuelto que con (muy) alta probabilidad podrá serlo, por delitos de los más graves (imprescriptibles, además)⁴⁶, causa una sensación de desasosiego e injusticia que el Estado debe poder calmar. Y lo debe poder calmar porque el Estado (aunque se lo presente con acierto como *máquina racional* que debe expresarse —obligatoriamente— en un Derecho penal racional)⁴⁷ es un ente formado *por* personas y *al servicio de* personas. Eso imposibilita al Estado, ontológicamente, la desvinculación de la persona. Entonces: si esta función de pacificación social, de búsqueda de la Justicia no ha quedado satisfecha con el ejercicio de la acción penal (en esencia *único*), está justificado un excepcionalísimo nuevo intento⁴⁸.

b) Necesidad de la decisión legislativa

El juicio de necesidad que integra el canon de proporcionalidad exige ponderar si existe alguna otra medida, igual de efectiva, que sea menos lesiva de los bienes en liza que la elegida. Es complejo alcanzar el convencimiento de que otra opción pueda lograr ese fin: no hay medida que pueda permitir la persecución de un absuelto, sin previa quiebra de la cosa juzgada. Y esto solo se consigue con los excepcionalísimos mecanismos de revisión.

c) No hay riesgo de extensión indebida a otros delitos menos graves

Una última cuestión que merece aquí examen es el reiterado riesgo que se ha aducido en el Parlamento y en la doctrina respecto de la posible extensión de estos supuestos de reapertura del proceso *contra reum* a otras clases de delitos menos graves, con la consecuencia de que todo proceso penal pueda ser

⁴³ S. del BVerfG de 19 de marzo de 2023 (2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11), ap. 55.

⁴⁴ La referencia al art. 56 GG (el juramento del *Bundespräsident*) debe ser, sin embargo, cautelosa: no pretendo exagerar el valor hermenéutico de este juramento, que ha sido poco estimado respecto de otras cuestiones como el control de constitucionalidad que ejerce el *Bundespräsident*.

⁴⁵ Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Stenographischer Bericht – 234. Sitzung, Berlin, Freitag den 11. Juni 2021, p. 30373.

⁴⁶ A ese respecto hay que hacer notar, también, que algunos autores pretenden reducir el valor interpretativo de la imprescriptibilidad (Priebornig, 2023, pp. 104 y 105). Se dice que respecto de delitos graves la seguridad jurídica debe ser más alta que respecto de delitos leves. Esto es, en realidad, tanto como favorecer al asesino frente al carterista reincidente. Para este la seguridad jurídica *valdría menos*, mientras que para aquel el estándar sería más exigente.

⁴⁷ Bung (2022), p. 112.

⁴⁸ Deutscher Bundestag (19. Wahlperiode) – Drucksache 19/30399, 08.06.2021, p. 9.

puesto en peligro. Ese riesgo es dudoso, en realidad⁴⁹. No hay indicio alguno de que hubiera pretendido el legislador seriamente (al margen de la minoritaria propuesta de la AfD: *cf.* II.1.A) extender esta revisión *contra reum* para delitos menos graves que los previstos. En cualquier caso, si así fuera no sería esto tampoco estridente en el contexto internacional. Por ejemplo, el Derecho sueco admite la revisión para delitos que estén castigados con, por lo menos, penas de prisión de un año (Cap. 58, § 3 del CProcJudSuecia, *Rättegångsbalk*). Y aunque eso no es *per se* ningún argumento, si es indicio de que un Estado de Derecho no tiene por qué renunciar a este motivo de revisión (*cf.* IV.4.B).

C) *El rol de la víctima*

Ya fuera del debate sobre la proporcionalidad de la medida, debe examinarse el rol de la víctima en la revisión *contra reum* de la sentencia firme.

a) Víctima como símbolo de la sociedad

La S. del BVerfG ha concretado que el derecho a una efectiva persecución penal no asegura ningún resultado concreto, sino que solo obliga a los órganos del Estado, en general, a un actuar (efectivo)⁵⁰. Ahora bien, el Estado social no puede en ese *establecer e imponer* la penas, soslayar el rol de la víctima: aunque a estas no acompaña ningún derecho a que se castigue tanto como quieran (ni siquiera a que se castigue)⁵¹, no puede olvidar el Estado que la víctima es, en cierta medida, símbolo de la sociedad (a la que el Estado sirve). La víctima sufre en sus propias carnes un delito severo que, a la vez, es lesivo del interés social. Este razonamiento deriva, creo, de la consideración de los derechos fundamentales (y de su *realidad*: la vida, por ejemplo) no solo como derecho subjetivo, sino como valores del ordenamiento en general⁵². Un delito tan lesivo de la posición jurídica de la víctima, de su vida, lo es también de la sociedad. La argumentación se refuerza si se considera que el § 362 Nr. 5 StPO se extiende, también, a delitos contra la humanidad, que no son solo perseguidos por el daño a las víctimas, sino por la lesividad o «conmoción» que producen en la comunidad internacional⁵³.

b) Indebido paternalismo: decirle a la víctima qué es lo mejor para ella

No creo que sea convincente, por otra parte, aquella tesis que sostiene que la posibilidad de revisión *contra reum* sea en sí misma perjudicial para la víctima. La S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 ha mantenido que para la

⁴⁹ Hoven (2021), p. 1160.

⁵⁰ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 133.

⁵¹ Por todos: Banacloche Palao y Zorzalejos Nieto (2023), p. 97.

⁵² S. del BVerfG de 15 de enero de 1958 (1 BvR 400/51), ap. 21.

⁵³ *Cf.* Banacloche Palao y Zorzalejos Nieto (2023), p. 52.

víctima y para sus allegados la posibilidad de reabrir el proceso por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba podría suponer un «notable peso espiritual»⁵⁴. La comprobación empírica de esta circunstancia es compleja (pasaría por encuestar a una muestra representativa de víctimas y allegados), pero parece dudoso pensar que prefieran estas *dejar las cosas como están* a intentar, de nuevo, la persecución de quien con alta probabilidad (por la aparición de una prueba de ADN, por ejemplo), pudiera ser responsable del delito. Y aunque las víctimas probablemente no conducen su actuación por los cauces de la racionalidad (que sí debe perseguir al Estado), es cuestionable excluir *ab initio* que tengan interés en la reapertura del procedimiento que, de ser excesiva e infundada, deberá ser filtrada por los órganos jurisdiccionales.

2. El problema de la retroactividad

La otra gran falta que se reprochó al Nr. 5 del § 362 StPO es su posible vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (que, entre nosotros, reconoce el art. 9.3 CE)⁵⁵. En Alemania, la prohibición de retroactividad deriva de la configuración de aquella como un Estado de Derecho (art. 20.3 GG). No dimana esta prohibición, sin embargo, del art. 103.2 GG (principio de legalidad penal), antes invocado por el BVerfG en el curso de una dudosa interpretación sistemática (en conexión con la prohibición de *bis in idem* del art. 103.3 GG), pues aquel no rige para normas de Derecho procesal⁵⁶. Efectivamente, si el art. 103.2 GG prescribe que una «acción solo puede ser castigada si la punibilidad estaba determinada legalmente con anterioridad a la realización del hecho», parece claro que la retroactividad de una norma procesal (reapertura del procedimiento) no puede ponderarse con ese parámetro⁵⁷. Derive de donde derive, lo cierto es que la prohibición es real. Sobre esto, algunas consideraciones:

A) Cuestiones generales

El BVerfG ha prohibido en términos generales la retroactividad absoluta o propia, es decir, la que produce efectos perjudiciales respecto de supuestos de hecho ya terminados (*echte Rückwirkung*)⁵⁸. El veto constitucional tiene como fundamento «la confianza en la fiabilidad y previsibilidad del sistema

⁵⁴ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 134.

⁵⁵ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 142.

⁵⁶ Aust y Schmidt (2020), p. 254. Cfr. también: Remmert (2023), ap. 1 y ss.

⁵⁷ Si se asume, por otra parte, la definición de Derecho procesal de Sauer (1951, p. 37), la consecuencia es lógica: «Derecho procesal es el Derecho que forma el caso concreto; Derecho material es el Derecho a (!) formar en el caso concreto o el Derecho formado» (*Prozeßrecht ist das den Einzelfall gestaltende Recht; materielles Recht ist das im Prozeß zu [!] gestaltende oder das gestaltete Recht*). La reapertura del procedimiento no es ningún Derecho material que deba *formarse* en el proceso, sino una de las posibilidades que permiten ese *formar*. (de nuevo). Lógico, por tanto, que la prohibición del art. 103.2 GG no rija para el Derecho procesal (y sí para el material).

⁵⁸ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 144.

jurídico creado en virtud de la Ley Fundamental y los derechos adquiridos sobre su base»⁵⁹. Distinta de esta retroactividad absoluta o propia es la llamada relativa o impropia (*unechte Rückwirkung*). Esta aparece cuando

«[...] una norma afecta a hechos presentes, aún no finalizados, y a relaciones jurídicas futuras y, por tanto, perjudica al mismo tiempo la posición jurídica de que se trate [...], por ejemplo, si las consecuencias jurídicas perjudiciales de una norma sólo se producen después de su promulgación, pero se desencadenan por una situación de hecho que ya se ha producido»⁶⁰.

En el caso del § 362 Nr. 5 StPO no hay retroactividad impropia alguna, pues la reapertura del proceso penal no se fundamenta en un supuesto de hecho todavía abierto, sino totalmente concluido (como deriva, además, del tenor del § 362 StPO, que se refiere a procedimientos *terminados*). Entonces, que se trate de un supuesto de retroactividad absoluta exige ponderar su posible excepción con arreglo a un canon más severo. El BVerfG ha admitido excepciones, sin embargo, a esta general prohibición de retroactividad absoluta. Entre estas excepciones están: que el afectado no pudiera confiar en el mantenimiento de una situación jurídica, bien porque esta fuera tan poco clara y confusa que fuera de esperar una reforma; o que el régimen jurídico anterior en tal manera fuera contrario al sistema que existieran dudas serias sobre su constitucionalidad⁶¹. Dudoso me parece pensar que la confianza del culpable-absuelto no sea *legítima*, pues el delito cometido no le priva de confiar en una situación jurídica (la irretroactividad)⁶². Cuestión distinta es que la situación jurídica misma (y no la confianza del culpable-absuelto) deba sostenerse o no. Eso no depende, sin embargo, de si la confianza del culpable-absuelto es o no reprochable moralmente (que lo es), sino de la decisión del Estado de hacer prevalecer la justicia material o la seguridad jurídica. Aquí interesa, en todo caso, otra excepción distinta: la concurrencia de un *extraordinario interés público*.

B) *La excepción del extraordinario interés público*

La prohibición de retroactividad absoluta queda excepcionada cuando así lo exige un extraordinario interés público (*überragende Belange des Gemeinwohls*)⁶³. Cuándo concurre este extraordinario interés público debe ponderarse en el caso concreto, determinando qué bien jurídico debe prevalecer. En este asunto ha tomado el BVerfG la decisión de hacer triunfar la seguridad jurídica sobre la justicia material. No es, para él, ningún *intolerable resultado* que un culpable absuelto de asesinato y violación pueda mantener públicamente su responsabilidad sin nada que temer. Esto es, para el BVerfG,

⁵⁹ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 145.

⁶⁰ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 144.

⁶¹ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 146.

⁶² Algunos autores se refieren a esta presunta *confianza no legítima* (para descartarla), aunque no por esos motivos, sino por considerar que se trata una mera variación de otro argumento también — para ellos— descartable: Aust y Schmidt (2020), p. 254.

⁶³ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 146.

una consecuencia de un Derecho penal conforme con el Estado de Derecho, en que el principio de la duda (*Zweifelsgrundsatz*) juega un rol central⁶⁴. En otras resoluciones sí ha admitido el BVerfG la concurrencia de un interés público prevalente que justifica la retroactividad absoluta. Así ha sucedido en el A. del BVerfG de 10 de febrero de 2021 (2 BvL 8/19), que ha examinado el decomiso (*Vermögensabschöpfung*), de bienes provenientes de delitos prescritos. A ese respecto, el BVerfG ha declarado que la retroactividad absoluta que la norma contiene está justificada por razones extraordinarias de interés público:

«El objetivo del legislador con la disposición del § 316h frase 1 EGStGB —además de descargar a los tribunales del difícil examen de la ley más favorable en cada caso y evitar años de coexistencia de la ley antigua y la nueva [...]— es intervenir a favor de la parte agraviada de un delito, incluso respecto de delitos prescritos y no dejar al autor el producto de sus delitos de forma permanente, aunque haya fracasado su persecución» (ap. 149).

Es decir, el BVerfG asume la retroactividad absoluta del decomiso incluso respecto de delitos ya prescritos (lo que no tolera el § 362 Nr. 5 StPO), pero no admite la *persecución*, no necesariamente el castigo, de aquel a quien sobreviene en contra una prueba contundente como un video o un ADN.

3. El Nr. 5 en el sistema de los Nr. 1 - 4 del § 362

Un último reproche que se realiza al § 362 Nr. 5 es su *ajenidad* al sistema del § 362 StPO. Esto es, también, dudoso:

A) *El sistema de los Nr. 1 - 4 del § 362*

Se dice, en primer lugar, que el frustrado Nr. 5 no encaja con los otros supuestos del § 362⁶⁵. Estos posibilitan la revisión *contra reum* en los siguientes casos:

«1. cuando un documento presentado como auténtico a su favor en el juicio oral era falso o falsificado; [...] 2. cuando el testigo o perito es culpable de una violación dolosa o negligente del juramento o de una declaración falsa dolosa y no jurada en un testimonio o dictamen pericial emitido a favor del acusado; [...] 3. cuando en la sentencia ha participado un juez o un jurado que es culpable de una infracción punible de sus deberes oficiales en relación con el caso; [...] 4. cuando la persona absuelta ha hecho, judicial o extrajudicialmente, una confesión creíble del delito»⁶⁶.

Para el BVerfG, la finalidad que llenan los Nr. 1 - 3 del § 362 StPO es la reapertura del procedimiento no en búsqueda de un resultado materialmente distinto o correcto, sino solo para que se sustancie sin las graves fallas que

⁶⁴ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 158.

⁶⁵ Cfr. Eschelbach (2023), ap. 136.

⁶⁶ En el examen hay que considerar también el § 79.1 BVerfGG, que no ofrece tampoco ninguna tendencia en un sentido u otro.

ha padecido⁶⁷. La sentencia que nace de un procedimiento así, mantiene el BVerfG, no cumple con los requisitos que exige el Estado de Derecho y no puede ser, por tanto, presupuesto para un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal de nadie. Poder reabrir el procedimiento garantiza la autoridad del proceso penal del Estado de Derecho⁶⁸. Esos argumentos son también extrapolables al Nr. 4 del § 362 que tiene por fin evitar un comportamiento dañino para la autoridad del Estado (que un acusado pueda jactarse de haber cometido el delito y haber quedado absuelto)⁶⁹. De tal manera, estos motivos de reapertura (Nr. 1 - 4 del § 362 StPO) estarían dirigidos no a la modificación del contenido material de la sentencia, sino simplemente a expulsar del tráfico a la resolución. Por eso mantiene el BVerfG que no vulneran la prohibición absoluta de *bis in idem* que garantiza el art. 103.3 GG⁷⁰. Para acreditar eso se remite el BVerfG a la antigua jurisprudencia del RG (constitucionalizada en el art. 103.3 GG), conforme a la cual no es posible la reapertura *contra reum* basada en hechos o medios de prueba que se conocen después de que la sentencia produzca efectos de cosa juzgada⁷¹. La S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 omite una parte (en principio no relevante) de la cita de esa vieja S. del RG de 16 de octubre de 1880, que dice efectivamente eso, pero que lo introduce haciendo referencia a la evolución del Derecho procesal penal en el Reino de Prusia y al *iter* legislativo de la StPO. Es decir, el BVerfG *petrific*a (salvo esas oscuras correcciones marginales) en el art. 103.3 GG una interpretación que el RG mantuvo en 1880, sustentado en el antiguo Derecho prusiano y en los debates de la StPO. La historia del Derecho se hace así Derecho positivo a su más alto rango. La pregunta entonces es: ¿debe seguirse en la interpretación actual del art. 103.3 GG (y, por tanto, del § 362 Nr. 5 StPO) la posición filoprusiana del RG en 1880? Lo más coherente es pensar que sí, dada la influencia del Reino de Prusia en la formación de la StPO de 1 de febrero de 1877 (y, por tanto, del régimen de revisión *contra reum* de sentencias firmes)⁷². Desde luego, es también la posición más agradable si se quiere llegar a la conclusión de que este Nr. 5 del § 362 es un cuerpo extraño en el histórico sistema de revisión *contra reum* por advenimiento de nuevos hechos o medios de prueba. Un examen del Derecho de otros Estados alemanes arrojaría, por su parte, un resultado distinto: el art. 336 Nr. 3 de la StPO de Thüringen, el § 265 Nr. 5 de la StPO de Lübeck, el § 470.1 Nr. 4 de la StPO de Württemberg, o el art. 386.1 Nr. 3 de la StPO de Sachsen admitían la revisión *propter nova* en perjuicio del reo⁷³.

⁶⁷ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 119.

⁶⁸ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 121.

⁶⁹ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 122.

⁷⁰ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 117.

⁷¹ S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap. 125.

⁷² Cfr. Dochow (1879), pp. 1 y ss.; y, en la historiografía moderna: Schubert, y Regge (1989), pp. 47 y ss. Como ahí se recoge, el § 337 del Proyecto de StPO de la Confederación alemana del Norte (1870) no permitía la reapertura (allí conocida como *Wiederaufhebung*) por aparición de nuevos hechos o medios de prueba. Solo se admitía así en beneficio del condenado (§ 334). Es clara, entonces, la influencia prusiana en los motivos de revisión de la (definitiva) StPO imperial y, por tanto, en los actuales.

⁷³ Bayer (2018), p. 85. De la época, cfr. Dalcke (1865), pp. 80 y ss.

Más allá de eso, examino el encaje del Nr. 5 en el sistema del § 362 StPO (o de la StPO en general, mejor).

B) Encaje del Nr. 5 del § 362 StPO en el modelo procesal

Según el BVerfG el Nr. 5 no es soluble en el sistema del § 362. Lo primero que llama la atención es que el parámetro con el que debe medirse el Nr. 5 no sea la StPO en general, sino solo los Nr. 1 - 4 del § 362, pero de eso me ocupo luego:

a) Sistema de los Nr. 1 - 4 del § 362 StPO

Examino ahora si verdaderamente este Nr. 5 es tan ajeno a los Nr. 1 - 4 del § 362 StPO que de verdad debe ser excluido. Se le reprocha ser más que una mera corrección marginal al art. 103.3 GG de aquellas que admite el BVerfG⁷⁴. Es, se dice, una «operación a corazón abierto del *ne bis in idem*»⁷⁵. Como se ha visto antes, la jurisprudencia constitucional mantiene que los Nr. 1 - 3 del § 362 StPO persiguen expulsar del tráfico jurídico una sentencia formada (muy) defectuosamente y no, en primera línea, conseguir una decisión materialmente distinta. Frente a ellos, el Nr. 4 del § 362 StPO persigue garantizar la autoridad del Estado frente al que alardea de su delito y de haber sido absuelto. Es dudoso pensar que no persiga el Nr. 5 del § 362 StPO esos mismos fines: pretende expulsar del tráfico jurídico una sentencia absolutoria que ha sido formada sobre una base fáctica errónea y pretende, a la vez, garantizar la autoridad del Estado permitiendo la persecución del culpable, sustentada en enérgicas razones. La hermandad, por tanto, entre el Nr. 4 y el Nr. 5 del § 362 StPO es clara y así lo ha hecho notar por otras razones el VP. a la S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023:

«De modo similar, el legislador justifica la reapertura en virtud del § 362 Nr. 5 StPO con una perturbación duradera de la paz jurídica, si la persona sobre la que recae la sospecha urgente de uno de los delitos más graves allí contemplados permanece finalmente impune como consecuencia de la aparición de nuevas pruebas cualificadas [...]. [La] apreciación [del legislador] de que en los casos del § 362 Nr. 5 StPO la renuncia a la ejecución de la pretensión penal del Estado puede conducir a un menoscabo de la autoridad del Estado constitucional probablemente no deba juzgarse de forma diferente, según el Derecho constitucional, que en los casos de confesiones posteriores conforme al § 362 Nr. 4 StPO»⁷⁶.

También en vieja doctrina es perceptible esta hermandad. Por ejemplo, Ernst von Beling abordaba, como un *novum*, esta suerte de confesión cualificada que conoce el Nr. 4 del § 362 StPO⁷⁷. En la literatura moderna se reproduce,

⁷⁴ Brade (2021), p. 363.

⁷⁵ Aust y Schmidt (2020), p. 253.

⁷⁶ VP del Sr. Müller y de la Sra. Langenfeld a la S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), ap 14.

⁷⁷ Beling (1928), p. 432.

también, esa similitud⁷⁸. Otro buen indicio de esa hermandad fáctica es, creo, el hecho de que la LOPJ danesa (*Lov om rettens pleje*) regule ambas causas de reapertura juntas (§ 976.1). Entonces: ese alarde de culpabilidad que el Nr. 4 del § 362 StPO permite *reprochar* al culpable-absuelto no es, en realidad, más que un nuevo y especial medio de prueba que sobreviene a la sentencia firme.

b) Sistema (general) de la StPO

A lo anterior agrego reservas sobre el parámetro con que ponderar el § 362 Nr. 5 StPO. Ya es dudoso que *no sea compatible* con los Nr. 1 - 4. Pero más dudoso es que no sea compatible con una norma de idéntico tenor en la StPO. Me refiero al § 359 Nr. 5 StPO que admite la revisión de sentencia firme en favor del reo cuando aparecieran nuevos hechos o medios de prueba que, por sí solos o en conexión con pruebas practicadas anteriormente, sean idóneos para fundamentar la absolución del condenado o una menor pena. Y aunque en esencia la reapertura *contra reum* y en su favor sean distintos, es complejo pensar que una norma que con el mismo tenor asume el § 359 StPO sea radicalmente *ajena* al sistema en el § 362 StPO. Aun así, ¿de qué sirve una solución integrable sin estridencias en el modelo procesal penal, si no sirve a esos altos fines de justicia?⁷⁹.

4. *Excursus*: no desentona la norma en el espacio internacional

Una última cuestión ya como *excursus*. En el debate sobre el Nr. 5 del § 362 StPO se ha hecho referencia habitual al Derecho comparado y por eso lo examino ahora⁸⁰. Las referencias a otros ordenamientos que siguen en este trabajo no lo son (como sí creo que sucede en algunos textos) con ninguna pretensión de *autoridad*. Estas normas, en la medida en que no son invocables, solo sirven como comprobación empírica y «no como fundamentación o incluso como justificación de decisiones u opiniones doctrinales»⁸¹. Entonces: aunque el valor hermenéutico de esta panorámica de Derecho comparado es escaso, ayuda a contextualizar el § 362 Nr. 5 StPO que, adelanto ya, no desentona.

A) *El art. 4.2 del Protocolo Núm. 7 al CEDH*

En los textos internacionales sobre derechos humanos hay también normas que admiten la revisión *contra reum* de la sentencia penal firme⁸². Así

⁷⁸ Letzgu (2020), p. 719; o Von Biebrauer zu Brennstein (2022), p. 120.

⁷⁹ Cfr. la reflexión de Francisco Muñoz Conde sobre la postura de Claus Roxin acerca de los nexos entre dogmática penal (sistema de abstracciones) y política criminal (palpable): 2003, pp. 114 y ss.

⁸⁰ Un examen de estos modelos hay en: Villamarín López (2003), pp. 478 y ss.

⁸¹ Sauer, 1951, p. XI.

⁸² Otros reconocen solo la prohibición de *bis in idem*: art. 20 del ECPI; art. 54 CASchengen; art. 14.7 PIDCP; o art. 50 CDFUE (que solo rige cuando se aplica el Derecho de la UE lo que es difícilmente admisible en la persecución de delitos contra la vida, como es el caso que nos ocupa: art. 51.1 CDFUE).

sucede con el art. 4.2 del Protocolo Núm. 7 al CEDH, que permite la reapertura «conforme la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada». Se trata de una norma esencial del sistema del CEDH, pues no puede derogarse ni siquiera en tiempos de guerra u otras emergencias públicas, como permite para otros derechos el art. 15 CEDH (art. 4.3 al Protocolo Núm. 7 al CEDH)⁸³. La reapertura, que es admisible en términos generales como se ve, debe transcurrir de manera que no queden vulnerados los derechos a defenderse del sujeto pasivo⁸⁴ (ni de nadie, en realidad). En cualquier caso, este Protocolo Núm. 7 al CEDH no ha sido ratificado por Alemania. Por eso es sorprendente que los servicios del *Bundestag* examinaran la compatibilidad de una posible reforma de la StPO con este parámetro⁸⁵. Su valor hermenéutico es, en cualquier caso, reducido.

B) Otros países

En el entorno europeo son varios los países que admiten la revisión de sentencias firmes *contra reum* por la aparición de nuevos hechos o pruebas, cada uno con distintos requisitos y detalles (en cuanto a plazos y clases de delitos, por ejemplo). Lo admiten, entre otros, Austria⁸⁶, Bulgaria⁸⁷, Croacia⁸⁸, Dinamarca⁸⁹, Grecia⁹⁰, Países Bajos⁹¹, Polonia⁹², Reino Unido⁹³, Rusia⁹⁴

⁸³ *Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights – Right not to be punished twice*, Updated on 31 August 2023, p. 6.

⁸⁴ S. del TEDH de 15 de diciembre de 2004 (Nikitin c. Russia, Núm. 50178/99), § 57.

⁸⁵ Cfr. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages – WD 7 - 3000 - 121/16, p. 15.

⁸⁶ § 355 en relación con el § 352.1 Nr. 2 öStPO. El primero establece la legitimación del Fiscal y del acusador privado para solicitar la reapertura del procedimiento en perjuicio del acusado absuelto por sentencia firme y solo en virtud de los motivos previstos en el § 352.1 öStPO. Este último permite la reapertura siempre que el delito no haya prescrito y, entre otros motivos, advengan nuevos hechos o medios de prueba que parezcan idóneos para condenar al acusado».

⁸⁷ Art. 422.1.3.º CProcPenBulg. La norma permite la reapertura *contra reum*, incluso para aumentar la pena (art. 421.1 CProcPenBulg), cuando aparezcan *circunstancias o pruebas* reveladas por la investigación que no hayan sido conocidas por el Tribunal sentenciador y que fueran de *importancia sustancial* para el caso.

⁸⁸ Art. 423.1 CProcPenCroac. A su amparo puede reabrirse un procedimiento en perjuicio del absuelto por variopintas razones, pero no por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba.

⁸⁹ § 976.1) LOPJ (*Lov om rettens pleje*): «La reapertura de una causa que haya sido sentenciada por el Tribunal Supremo o por el Tribunal Superior, y en la que el acusado haya sido absuelto, podrá tener lugar a petición del Procurador General: [...] 1) cuando, según una confesión posterior hecha por el imputado, u otras pruebas que posteriormente salieron a la luz, debe presumirse que cometió el delito [...]».

⁹⁰ Art. 527.1 CProcPenGr. Este permite la revisión en perjuicio del absuelto, pero no por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba y bajo estrictas condiciones. Por el contrario, esta causa sí es admisible para la revisión en beneficio del reo (art. 525.1.2.º).

⁹¹ Art. 482a.1.a) CProcPenPaísesBajos. El precepto admite la revisión si esto es en «beneficio de una correcta administración de justicia» y, entre otros motivos, aparece un hecho que no fue conocido por el Tribunal al momento de la investigación o del juicio oral, que crea la *fundada sospecha* de que, de haber sido conocido, el caso hubiera terminado en la condena del acusado por un delito resultante en la muerte de otra persona. Los arts. que siguen regulan con prolijidad los requisitos de esta reapertura. Especialmente relevante es el ap. 3 del art. 482a, que explicita qué debe entenderse por *información nueva* a efectos de la revisión.

Nota 92, 93 y 94 en página siguiente

Suecia⁹⁵ o Suiza⁹⁶. Frente a esta postura hay también otros Estados de nuestro entorno en los que la seguridad jurídica y la cosa juzgada que *gana* el absuelto es sagrada y, por tanto, no se admite la revisión. Así pasa (además de en España)⁹⁷, en Francia⁹⁸, en Italia⁹⁹ o en Luxemburgo¹⁰⁰. Otras reglas de ese mismo Código admiten la revisión *contra reum* por motivos como la comisión de un delito por el Juez (§ 366.I.2.º CProcPenEst). En Hispanoamérica, por su parte, la situación se replica. Por ejemplo, el nuevo CProcPenArg es claro al regular la materia: el art. 366 prevé que la revisión «procede en todo tiempo y únicamente en favor del condenado». Lo mismo sucede en Chile¹⁰¹, Uruguay¹⁰² o Venezuela¹⁰³. El Derecho colombiano sí admite, por su parte, la revisión *contra reum* (art. 192 *in fine* CProcPen). Todo esto es, en fin, una fragmentaria muestra de que la revisión *contra reum* de sentencias penales

⁹² Art. 540 CProcPenPol. La norma es ambigua (§ 1) y parece permitir la reapertura *contra reum*, aunque no por la aparición de nuevos hechos o medios de prueba, que sí se admite en beneficio del reo: art. 540 § 2 letras a) - c) CProcPenPol. Sin embargo, el texto del 548 que se refiere a la revisión en beneficio del condenado hace pensar que la revisión puede ser, también, en su perjuicio. Lugar a ello solo da lugar este art. 540 § 1 CProcPenPol y, desde luego, no por nuevos hechos o medios de prueba.

⁹³ Part 10, Sec. 75 y ss. *Criminal Justice Act*. Particularmente, la Secc. 78 (1) exige que la prueba que advenga sea *new* y *compelling*.

⁹⁴ Art. 384.IV CProcPenRus: «Los motivos para reabrir una causa penal son los siguientes: [...] otras circunstancias, desconocidas por el tribunal en el momento en que se examinó el caso, que, solas o combinadas con otros hechos previamente establecidos, [...] demuestren la culpabilidad de una persona que fue absuelta o cuyo enjuiciamiento se dio por concluido [...]».

⁹⁵ Cap 58, § 3 CProcJudSuecia (*Rättegångsbalk*): «Una vez que la sentencia en una causa penal haya adquirido firmeza, se podrá reabrir el procedimiento en perjuicio del acusado si [...] el solicitante se basa en una circunstancia o prueba que no se ha presentado antes y que probablemente habría llevado al acusado a ser condenado por el delito o se ha aplicado una disposición de pena significativamente más severa».

⁹⁶ Art. 410.1.a) *schwzStPO*: «El que ha sido afectado por una sentencia firme [...] solicitar la revisión cuando: [...] a) aparezcan hechos o nuevos medios de prueba idóneos para conducir [...] a la condena de una persona absuelta».

⁹⁷ Arts. 954 y ss. *LECrIm* y 40.1 *LOTC*.

⁹⁸ Art. 622 CProcPenFr: «Toda persona condenada por un delito grave o leve puede solicitar la revisión de una sentencia penal firme cuando, después de la condena, haya aparecido un hecho nuevo o un factor desconocido para el tribunal en el momento del juicio que pueda demostrar la inocencia del condenado o arrojar dudas sobre su culpabilidad».

⁹⁹ Art. 649.1 CProcPenIt: «El acusado que haya sido absuelto o condenado por sentencia irrevocable o decreto penal no podrá ser perseguido de nuevo por el mismo hecho, aunque se considere lo contrario por su título, grado o circunstancias, salvo lo dispuesto en los artículos 69,2 y 345». El art. 69 se refiere a la muerte del imputado, que supone la inmediata declaración por sentencia de la inexistencia de responsabilidad criminal (art. 129.1 CProcPenIt); por su parte, el art. 345 CProcPenIt regula la *riproponibilità dell'azione penale* en algunos supuestos que no interesan aquí. Aun así, el Derecho italiano conoce normas especiales a ese respecto (*cf.* art. 16 Decreto legge Núm. 8/1991, de 5 de enero).

¹⁰⁰ Art. 443 CProcPenLux: «La revisión puede ser solicitada, sea cual sea la jurisdicción que se haya pronunciado, en beneficio de toda persona reconocida autor de un delito grave o leve por una decisión definitiva firme de primera o última instancia».

¹⁰¹ Art. 473 CProcPenChile: «La Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos [...]».

¹⁰² Art. 370 CProcPenUruguay: «El recurso de revisión procede en todo tiempo y solamente a favor del condenado, contra las sentencias condenatorias definitivas pasadas en autoridad de cosa juzgada, dictadas por cualquier tribunal [...]».

¹⁰³ Art. 462 CProcPenVenezuela: «La revisión procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado o imputada, en los casos siguientes: [...]».

firmes por el advenimiento de nuevos hechos o medios de prueba no es esencialmente rara en el mundo. El ya expulsado Nr. 5 del § 362 StPO no era, por tanto, discordante en el contexto internacional.

V. SÍNTESIS

La S. del BVerfG de 31 de octubre de 2023 se decide, con argumentos no excesivamente contundentes, por la seguridad jurídica sobre la justicia material. No llega a entenderse con claridad por qué los seculares Nr. 1 - 4 del § 362 StPO son *distintos en esencia* a este nuevo (y ya decaído) Nr. 5 que, en realidad, es el espejo de otra norma perfectamente constitucional (el § 359 Nr. 5 StPO). Tampoco es convincente el argumento que pretende rechazar la norma por ser inconstitucionalmente retroactiva y que no admite la excepción del interés público.

VI. UNA REFLEXIÓN PARA ESPAÑA

Bien. No quiero concluir el texto sin una breve reflexión para España, que no ha sido ajena a estos casos de *clamante injusticia*. De atroces delitos que han quedado sin castigo, con la zozobra emocional que eso causa en la sociedad. Zozobra y desasosiego que no creo *incomparable* (como presuponen, entre nosotros, Moreno Catena y Cortés Domínguez)¹⁰⁴ a la que sufre la sociedad cuando se condena a un inocente¹⁰⁵. No creo que sea cierta, entonces, la famosa afirmación de Blackstone: «*Better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer*» (cuya veracidad es, por otra parte, difícilmente comprobable).

1. Necesidad de reforma al ejemplo de la absolución dada, por ejemplo, en prevaricación

Esas circunstancias me hacen pensar que una reforma del art. 954 LE-Crim (y consecuentemente del 40.1 LOTC), en el sentido de admitir la revisión de sentencias firmes en perjuicio del absuelto, sería deseable. Acertaron, creo, Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes (entre otros)¹⁰⁶ cuando criticaron la generosidad del sistema español de revisión:

«Es una solución sin duda metajurídica, y sin duda también perjudicial a la defensa de la Sociedad, que tal vez no se sienta tranquila si contempla que la

¹⁰⁴ Moreno Catena, y Cortés Domínguez (2021), p. 694.

¹⁰⁵ Deutscher Bundestag (12. Wahlperiode), Drucksache 12/6219, 22.11.1993, p. 7: «Porque en estos casos [asesinato y genocidio] la paz jurídica y el sentido de justicia de la población se ven afectados por una absolución injusta al menos tanto como por la condena de un acusado inocente [...]». Igualmente: Letzgas (2020), p. 718.

¹⁰⁶ Cfr. algunos autores en: Villamarín López (2003), pp. 494 y ss.

aparición de graves materiales de culpabilidad contra el absuelto en firme es irrelevante para la Ley [...] Nuestro sistema hipertrofia el principio «pro reo»¹⁰⁷.

Efectivamente: la extinción de la responsabilidad criminal por medios que se declaran luego contrarios a Derecho no puede persistir. Por ejemplo, el art. 954.1.b) LECrim permite la revisión de la condena dictada en prevaricación, pero no de la absolución. Es decir, si un Juez decide sacrificar su carrera profesional para salvar de una severísima condena a un mártir (político, por ejemplo), nada permitiría después reclamar cuentas al verdadero responsable del delito. Aunque el tenor ambiguo de este art. 954.1.b) LECrim no es concluyente en cuanto a la revisión de sentencias absolutorias, lo cierto es que una interpretación sistemática e histórica conduce a negar esa opción¹⁰⁸. Ninguno de los otros motivos que prevé el art. 954 LECrim (e incluso el art. 40.1 LOTC) induce a pensar claramente en la revisión de sentencias absolutorias¹⁰⁹. De haber querido el legislador una modificación así, parece razonable pensar que lo hubiera previsto expresamente. Por otro lado, admitir la revisión de sentencias absolutorias con base en ese poco concluyente art. 954.1.b) LECrim comportaría contradicciones con otras normas, como los arts. 955 o 959 LECrim, que se refieren al *penado*¹¹⁰. A pensar lo mismo induce una interpretación sistemática de este art. 954.1.b) LECrim en relación con el art. 328.1.4.º LOPMilitar que, en un motivo similar, expresamente se refiere a la persona *penada* por un miembro del Tribunal condenado por prevaricación¹¹¹. No es evidente, a ese respecto, que el legislador quisiera privilegiar en 2015 a quienes se han enfrentado a un proceso penal militar frente a los que lo sufren en la jurisdicción ordinaria. Se trataría, además, de una quiebra del art. 14 CE, que exigiría severa justificación de una discriminación como esa¹¹². Tampoco el examen de los trabajos parlamentarios da lugar a considerar algo distinto: desde el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno¹¹³ hasta la aprobación definitiva de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, este

¹⁰⁷ Prieto-Castro y Ferrándiz, Gutiérrez de Cabiedes (1978), p. 410. Antes, *cf.*: la propuesta normativa de Castejón (1967), p. 102, que admitía, como contenido posible de la sentencia de revisión anulatoria, la «absolución o la condena solicita [...] *Cf.* también Tomé García (2004), p. 607; y, antes, Tomé García (1990), p. 339; o, ya comenzados los 2000, Villamarín López (2003), p. 498: «[...] si con posterioridad a su firmeza [la de la sentencia], lo que se pone de manifiesto es la obtención injusta de la sentencia, no parece que el *non bis in idem* debiera operar como obstáculo para su revisión [...]». Todos ellos han reflexionado sobre la posibilidad de reabrir el proceso terminado con absolución, aunque en distintos supuestos y con distintas condiciones.

¹⁰⁸ Algunos autores admiten la revisión de la sentencia absolutoria tras la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre. *Cf.* Gascón Inchausti (2022), p. 297.

¹⁰⁹ Cierta duda hay, respecto del art. 954.1.e) LECrim, en: Martínez Arrieta y Encinar del Pozo (2022), p. 624.

¹¹⁰ Este mismo valor hermenéutico (en sentido de rechazar la revisión de la sentencia firme absolutoria, a pesar de la ambigüedad del tenor de la norma) hace notar Tomé García (2019), p. 607.

¹¹¹ Algunos autores examinan ambas normas conjuntamente, sin distinguir de modo expreso a si procede o no la revisión de sentencias absolutorias o solo condenatorias: Vernengo Pellejero (2017), pp. 104 y ss. Otros identifican la nueva redacción del art. 954.1.b) LECrim con el viejo 328.1.4.º LOPMilitar: Sánchez Montenegro (2017), p. 185; o Martínez Arrieta y Encinar del Pozo (2022), p. 630.

¹¹² Por todas: STC 153/2021, de 13 de septiembre, FJ 3 a) y las que ahí se citan.

¹¹³ BOCG – Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 138 - 1, 20 de marzo de 2015, p. 1

número 954.1.b) LECrim permanece estable, lo que hace pensar que el legislador no quiso aquí admitir la revisión de sentencias absolutorias¹¹⁴. No son concluyentes, tampoco, los Informes del CGPJ¹¹⁵ o del Consejo de Estado¹¹⁶ sobre si la revisión puede ser o no *contra reum*. Mucho más claro ha sido el Consejo Fiscal, que ha reclamado aclarar «que la norma diga claramente que es presupuesto de la revisión que la prevaricación haya sido determinante de la condena o de la agravación de las consecuencias penales impuestas al reo»¹¹⁷. A la misma conclusión conduce una aproximación histórica¹¹⁸. Aproximación histórica que no tiene, desde luego, carácter vinculante, pero cuya estabilidad hace pensar en que, de haber querido el legislador separarse de una tradición así, lo hubiera hecho de manera expresa. Por su parte, la jurisprudencia del TS al respecto no parece, tampoco, concluyente¹¹⁹. El TC ha adoptado, por otro lado, con claridad el criterio *pro reo*: solo es posible la revisión para absolver o para rebajar la pena (STC 69/2022, de 2 de junio, FJ 4).

De tal manera: el absuelto en prevaricación podrá jactarse de haber cometido un gravísimo delito y haber quedado libre¹²⁰. Y lo mismo podría decirse si la sentencia se obtiene con violencia: si se mantiene estrictamente la postura del TS¹²¹ o de algunos autores¹²² que impide la revisión de sentencias absolutorias (pase lo que pase), habrá que asumir en el tráfico jurídico esa sentencia *injusta*. Esta compleja situación no puede salvarse, creo, aduciendo

¹¹⁴ Garcíandía González (2016), p. 98. Algunos autores, al abordar este motivo, dan por supuesto que solo procede contra sentencias condenatorias: Gimeno Sendra y Díaz Martínez, 2015, p. 943.

¹¹⁵ Informe del CGPJ, de 12 de enero de 2015, al Anteproyecto de LO tampoco es concluyente. En las pp. 115 y 116 se lee lo que sigue: «Esta modificación no suscita problemas. La nueva regulación viene a llenar el vacío legal que existía en relación con las sentencias dictadas por un juez o magistrado, que después es condenado por una sentencia firme por delito de prevaricación, ya que no estaba contemplado legalmente cómo actuar en relación con la eficacia de la resolución prevaricadora y los efectos que se podían derivar de la misma. La ampliación del recurso de revisión a estas situaciones es una respuesta lógica y coherente que, por ende, se muestra especialmente tuitiva de los derechos de los partes intervinientes en los procedimientos afectados por hechos de esa naturaleza».

¹¹⁶ Cfr. Dictamen del Consejo de Estado de 5 de marzo de 2015, ap. V.6.

¹¹⁷ Informe del Consejo Fiscal, de 23 de enero de 2015, p. 157.

¹¹⁸ Cfr., Aguilera de Paz (1925), p. 501: «[...] no es posible admitir el expresado recurso en perjuicio de reo [...] porque con ello, a más de desnaturalizar el carácter de dicho recurso [...], vendrían a quedar en lo incierto las resoluciones judiciales por todo el tiempo que se concediese para su ejercicio»; De Pina (1934), p. 285; Gómez Orbaneja, y Herce Quemada (1948), p. 386; o Fenech Navarro (1974), p. 362.

¹¹⁹ Cfr. ATS (Sala II) 20014/2023, de 16 de enero, FJ Único.

¹²⁰ Como se hace notar en Gómez Orbaneja y Herce Quemada (1948), p. 386, la eficacia de este motivo es, en realidad, dudosa: «el resultado de autorizar la revisión por tal motivo será eliminar en la mayor parte de los casos la jactancia, y, consiguientemente, eliminar la revisión».

¹²¹ Por ejemplo, STS (Sala II) s/n., de 26 de octubre de 1985, FJ 1: «(e)l llamado recurso de revisión penal, establecido en el [art. 954 LECrim] puede ser definido como un proceso excepcional o un medio de impugnación en el que se denuncia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la existencia de una Sentencia penal firme y por tanto con valor de cosa juzgada, que en virtud de determinados presupuestos puede ser considerada como injusta, a fin de obtener en favor del reo, la anulación o sustitución de la misma por otra absolutoria y justa [...]». Y antes: STS (Sala II) s/n. de 30 de octubre de 1945, cons. 1, para la que este medio excepcional es «última garantía debida a la inculpabilidad [*sic*] de quien ha sido considerado culpable de un delito y en tal concepto condenado con patente y notoria injusticia [...]».

¹²² Banacloche Palao y Zarzalejos Nieto (2023), p. 395; o Montero Aroca *et al.* (2019), p. 565.

la aplicación supletoria (*ex art. 4 LEC*) del art. 510.4.º LEC, dada la ontológica diferencia que separa la revisión penal de la civil¹²³. Algunos autores mantienen, sin embargo, la posibilidad de revisar sentencias penales absolutorias dadas por violencia o fraude¹²⁴. Esto es lógico, pero la falta de previsión legal lo impide. Así lo ha reconocido, de hecho, la jurisprudencia: «[...] no cabe recurso de revisión ante esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo con fundamento en las normas de la [LEC]. Es la [LECrim] la que, en sus arts. 954 y ss., regula este recurso que puede interponerse contra las sentencias firmes de orden penal»¹²⁵. Y aunque la resolución es nula de pleno derecho (art. 238.2.º LOPJ), parece dificultoso admitir una revisión *contra reum* vista la postura del TC y del TS. A ello no se opondría, desde luego, el art. 4.2 del Protocolo Núm. 7 al CEDH que, en estos supuestos de «vicio esencial en el procedimiento», sí admite la revisión de la sentencia absolutoria (o incluso de la condenatoria demasiado leve)¹²⁶. Ya se ha hecho saber en antigua doctrina que la pena no puede evitarse con la comisión de un nuevo delito y que es indiferente si el delito lo comete el acusado o un tercero (el Juez, por ejemplo)¹²⁷. Una situación como esa quiebra la autoridad del Estado y del Poder Judicial y, en definitiva, lo dicho para este motivo del art. 954.1.b) LECrim vale para otros supuestos en que también se pudiera dudar, tras la reforma de 2015, si la LECrim admite o no la revisión *in malam partem*, como sucede con los supuestos de las letras c) y e) del art. 954.1¹²⁸.

2. Poco perceptible riesgo para la cosa juzgada como institución

No parece posible, por otra parte, que la introducción de la reapertura *propter nova* en perjuicio del absuelto pudiera suponer una catarata de revisiones, ni tampoco que ello pudiera sumir a la Administración de Justicia en un «enorme descrédito»¹²⁹ o, simplemente, la «desaparición de la cosa juzgada en el proceso penal»¹³⁰. Basta una regulación que se restrinja a delitos muy graves, de los que no hay tantos en España como para causar tal caos pero que, por su lesividad (no cuantitativa, sino cualitativa), causan amplio malestar. Tampoco convencen, por otro lado, las voces que alarman sobre

¹²³ Garcíandía González (2016), p. 36.

¹²⁴ Moreno Catena y Cortés Domínguez (2021), p. 695.

¹²⁵ ATS [Sala II] s/n., de 1 de mayo de 2001, FJ 1. En la doctrina: Garcíandía González (2016), p. 88.

¹²⁶ *Guide on Article 4 of Protocol No. 7...*, *op. cit.*, pp. 22 y 23: «*The concept of "fundamental defect" within the meaning of Article 4 § 2 of Protocol No. 7 suggest that only a serious violation of a procedural rule severely undermining the integrity of the previous proceedings can serve as the basis for reopening the latter to the detriment of the accused, where he or she has been acquitted of an offence or punished for an offence less serious than that provided for by the applicable law.*»

¹²⁷ Keller (1878), p. 444.

¹²⁸ En este sentido: Tomé García (2019), p. 607. Reconoce el autor, sin embargo, que parece difícil que tal situación vaya a producirse en la *praxis*, «porque la revisión siempre se ha contemplado como un remedio ante sentencias condenatorias injustas».

¹²⁹ Moreno Catena y Cortés Domínguez (2021), p. 694.

¹³⁰ Tomé García (1990), p. 339.

la vuelta de la *absolutio in instantia* que con severidad prohíbe, entre nosotros, el art. 144 LECrim («La absolución se entenderá libre en todos los casos»). Algunos autores mantienen que la revisión en perjuicio del absuelto *propter nova* supone la degradación de la decisión a una mera absolución con reserva¹³¹. La velada referencia al modelo inquisitivo logra, sí, su efecto sensibilizador, pero no consigue acreditar por qué necesariamente esto será así, especialmente si se considera que son escasos los supuestos en que tal revisión se dará.

3. Pero: necesidad de ponderar la reducción de posibilidades de defensa en el segundo proceso

Con todo lo anterior no quiero decir que en el segundo proceso penal (o en el mismo, pero reabierto) no deba tenerse en cuenta el sufrimiento padecido por el acusado en el primero. Aunque *de iure* queda el primero anulado, *de facto* el sufrimiento es real y ninguna resolución puede hacerlo desaparecer. La pena que finalmente pueda imponerse en este segundo momento ha perdido, en cierta manera, su legitimidad para ser tan severa como lo podría haber sido. Eso es, sin embargo, otra discusión, que no puede oscurecer la necesidad de pensar el sistema de revisión *contra reum*. Y, por último, debe ponderarse con cautela la necesidad de que, en la reapertura, no decida sobre la responsabilidad del culpable-absuelto el mismo Juez que estima dados esos *indicios racionales* de responsabilidad¹³². Su imparcialidad está puesta en entredicho, como derivaría de la causa 11.^a del art. 219 LOPJ. Basta, sin embargo, con que en el reparto de asuntos se pondere suficientemente esta circunstancia para, así, evitar el defecto. Y, del mismo modo, deben considerarse las deficiencias probatorias que el paso del tiempo puede ir echando sobre el culpable-absuelto que, confiando en la cosa juzgada, no se preocupa más por su defensa¹³³.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

La bibliografía empleada es la siguiente. Los comentarios a normas alemanas han sido citados sin nombre de pila y separados con «/», como es habitual en Alemania:

- AA.VV. (2022). *Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO*, Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer.
- Aust, H. P. y Schmidt, R. (2020). *Ne bis in idem und Wiederaufnahme – Verfassungsrechtliche Grenzen aktueller Reformvorschläge der Erweiterung von § 362 StPO*, ZRP, Vol. 8.

¹³¹ Aust y Schmidt (2020), p. 253; o Tiemann (2023), ap. 25.

¹³² Eschelbach (2023), ap. 140; o Priebernig (2023), p. 161.

¹³³ Cfr. Villamarín López (2003), p. 484.

- Banacloche Palao, J. y Zarzalejos Nieto, J. (2023). *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, 6.ª ed., La Ley, Madrid.
- Bayer, S. (2018). *Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht*, Nomos, Baden-Baden.
- Beling, E. (1928). *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, Walter de Gruyter & Co, Berlin und Leipzig.
- Brade, A. (2021). Erweiterung von § 362 StPO im Lichte des Verfassungsrechts, *ZIS*, Núm. 6.
- Buchhalter Montero, B. (2023). «Parece que quedan tribunales en Karlsruhe: dudas de constitucionalidad sobre la ampliación de la revisión de sentencias absolutorias en Alemania», *Blog del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 27 de abril de 2023. Disponible online en: <https://cutt.ly/gwTvIHLh>.
- Castejón, F. (1967). La revisión penal, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 20, Fasc. 1, Mes 2.
- Dalcke, A. (1865). *Der Entwurf einer Strafproceßordnung für Preußen*, Friedrich Fleischer, Leipzig.
- De Pina, R. (1934). *Manual de Derecho procesal penal*, Reus, Madrid.
- Dochow, A (1879). Die Deutsche Strafprozeß-Ordnung, en Von Holtzendorff, F. (ed.), *Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, I, Verlag von Carl Habel, Berlin.
- Eschelbach, R. (2023). § 211 Mord, en Heintschel-Heinegg, *BeckOK – StGB*, C.H. Beck, München.
- Fenech Navarro, M. (1974). *El proceso penal*, 2.ª ed., s/e., Madrid.
- Garciandía González, P. M. (2016). *El proceso de revisión de las sentencias penales*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- Gascón Inchausti, F. (2022). *Derecho procesal penal*, edit. por el autor, s/l., 2022. Disponible online en: <https://cutt.ly/LwIpLhvG>.
- Gimeno Sendra, V. y Díaz Martínez, M. (2015). Lección 42. Los medios de rescisión de sentencias firmes, en Gimeno Sendra, V., *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V. (1948). *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., s/e., Madrid.
- Grübl, M. (2022). Die strafprozessuale Wiederaufnahme in malam partem und das Verfassungsrecht, *ZIS*, Núm. 1.
- Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights – Right not to be punished twice*, Updated on 31 August 2023.
- Hoven, E. (2021). Die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen – Eine Kritik der Kritik, *JZ*, Núm. 23.
- Keller, A., *Die Strafprozess-Ordnung für das Deutsche Reich*, Druck und Verlag von Moritz Schauenburg, Lahr, 1878.
- Letzgu, K. (2020). Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten bei neuen Tatsachen und Beweismitteln, *NStZ*, Núm. 12, 2020.
- Martínez Arrieta, A. y Encinar del Pozo, M. A. (2022). *El recurso de casación y de revisión penal*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Masferrer, A. (2022). *Dignidad y Derechos humanos – Un análisis retrospectivo de su formación en la tradición occidental*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Montero Aroca, J. et al. (2019). *Derecho jurisdiccional III – Proceso Penal*, 27.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V. (2021). *Derecho procesal penal*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Muñoz Conde, F. (2003). *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo – Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

- Pohlreich, E. (2023). Mit dem Zweiten sieht man schlechter – Plädoyer für die Verfassungswidrigkeit von § 362 Nr. 5 StPO, *HRRS*, Núm. 24.
- Priebering, T. (2023). § 362 Nr. 5 StPO – Stellt der Gesetzgeber so wirklich materielle Gerechtigkeit her?, *HRRS*, Núm. 24.
- Prieto-Castro y Ferrándiz, L. y Gutiérrez de Cabiedes, E. (1978). *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid.
- Remmert, B. (2023). «Art. 103 Abs. 2», en Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, C.H. Beck, München, 2023.
- Sánchez Montenegro, J. C. (2017). *El recurso de revisión penal*, 2.ª ed., Edisofer, Madrid.
- Sauer, W. (1951). *Allgemeine Prozeßrechtslehre – Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis*, Carl Heymanns Verlag, Berlin – Detmold – Köln – München.
- Schaffstein, F. (1940). Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsgutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenschaft, *ZStW*, Núm. 59.
- Schubert, W. y Regge, J. (eds.) (1989). *Entstehung und Quellen der Strafprozeßordnung von 1877*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.
- Schweiger, T. (2022). Aktuelle Entwicklungen im Wiederaufnahmerecht des deutschen Strafprozessrechts: § 362 Nr. 5 StPO und der Paradigmenwechsel bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten, *ZISW*, Núm. 5.
- Singelstein, T. (2022). Die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen, *NJW*, Núm. 75, Vol. 15, 2022.
- Tiemann, F. (2023). § 362 StPO, en *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, C.H. Beck, München
- Tomé García, J. A. (2019). *Curso de Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid.
- Tomé García, J. A. (1990). Sugerencias en torno a una futura reforma legislativa de la revisión penal, *Actualidad penal*, Núm. 31.
- Tomé García, J. A. (2004). § 24 El llamado recurso de revisión», en AA.VV., *Derecho procesal penal*, 7.ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- Vernengo Pellejero, N. C. (2017). *Revisión de la sentencia firme en el proceso penal*, Juruá, Lisboa.
- Von Biebrauer zu Brennstein, S. C. (2022). Der Neue § 362 Nr. 5 StPO im System der Wiederaufnahmegründe, *HRRS*, Núm. 23.

DIGITALIZACIÓN Y NORMAS DE COMPETENCIA TERRITORIAL EN EL PROCESO CIVIL: EL FIN DE UNA ERA*

DIGITALISATION AND TERRITORIAL JURISDICTION RULES IN CIVIL PROCEEDINGS: THE END OF AN ERA.

Núria Borràs Andrés**

RESUMEN: Las normas de competencia territorial en el ordenamiento procesal civil español constituyen un sistema disperso y fragmentado, deudor de una época pasada en que la cercanía territorial de los órganos jurisdiccionales era el único modo de garantizar a los ciudadanos un mínimo acceso a la tutela judicial. El sistema actual de distribución territorial de la competencia sigue anclado en los antiguos paradigmas, y todavía no ha incorporado en su ratio normativa los cambios tecnológicos que están permitiendo la superación de las garantías de proximidad y de presencialidad. En este trabajo analizamos las recientes reformas procesales aprobadas en España y orientadas a la eficiencia procesal y digital, y ponemos bajo examen la actual razón de ser de los fueros territoriales, con el objetivo de cuestionar la vigencia de muchos de ellos. Se parte de la hipótesis de que la proximidad territorial a los sujetos y elementos de prueba ya no es suficiente justificación y se concluye la necesidad y la adecuación legal y constitucional de configurar un sistema que tenga en cuenta otros criterios más vinculados a la eficiencia procesal.

PALABRAS CLAVE: jurisdicción, competencia territorial, digitalización, eficiencia, proceso.

ABSTRACT: The rules of territorial jurisdiction in the Spanish civil procedural system form a system which is dispersed and fragmented, indebted to a bygone era in which the territorial

* Este es uno de los resultados del Proyecto PID2022-136548NB-I00 “Los retos de la inteligencia artificial para el Estado social y democrático de Derecho”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en la Convocatoria Proyectos de Generación de Conocimiento 2022.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona. Investigadora postdoctoral de la Università degli Studi di Brescia. ORCID: 0000-0002-7428-6545.

proximity of the courts was the only way to guarantee citizens an adequate access to justice. The current criteria for the territorial distribution of civil disputes is still anchored in the old paradigms, and has not yet incorporated into its regulatory ratio the technological changes that allow the requirements of proximity and presence to be overcome. In this paper, we analyse the recent procedural reforms approved in Spain and aimed at improving procedural and digital efficiency, and we examine the current basis of the territorial jurisdiction rules, with the aim of questioning the validity of many of them. We start from the assumption that territorial proximity to the subjects and elements of evidence is no longer sufficient justification, and conclude the need and the legal and constitutional adequacy of configuring a system that takes into account other criteria more closely linked to procedural efficiency.

KEYWORDS: jurisdiction, territorial competence, digitalisation, efficiency, process.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LAS NORMAS DE COMPETENCIA TERRITORIAL: EVOLUCIÓN Y FUNDAMENTO: 2.1 La supervivencia de las normas de competencia territorial; 2.2 La proximidad como fundamento trasnochado de los fueros territoriales.— 3. NUEVAS MEDIDAS DE EFICIENCIA Y DIGITALIZACIÓN EN EL ÁMBITO PROCESAL.— 4. EXIGENCIAS LEGALES Y CONSTITUCIONALES DEL DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY: 4.1 El derecho al juez legal como alegación recurrente; 4.2 Contenido y fundamento del derecho al juez legal; 4.3 La competencia territorial y el margen de decisión del legislador; 4.4. Equiparación funcional entre las normas de competencia territorial y las normas de reparto.— 5. HACIA LA ELIMINACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS FUEROS DE COMPETENCIA TERRITORIAL: 5.1 Reformas en el organigrama judicial; 5.2 La garantía del derecho de defensa y otros intereses tutelables; 5.3 La coexistencia con los fueros de doble valencia del derecho internacional privado.— 6. CONCLUSIONES.— 7. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUCCIÓN

El organigrama judicial español no se caracteriza por su simplicidad, pues numerosas variables entran en juego en la creación y delimitación de los órganos judiciales que los convierten en un tejido difícilmente descifrable a simple vista. Estas variables a partir de las cuales se ha ido edificando la arquitectura de la Administración de Justicia derivan de la necesidad de responder efectivamente a las demandas de tutela judicial de todos los ciudadanos, a la diversificación de materias objeto de litigio y la correspondiente ordenación y especialización de los órganos judiciales que las atienden, a la diversidad de fases o actuaciones procesales que integran cada procedimiento y que exigen, de nuevo, su atribución a los órganos correspondientes, al sólido sistema de recursos frente a las resoluciones judiciales y a la equitativa distribución geográfica de dichos órganos a lo largo y ancho del territorio español. Todo ello con un objetivo principal: garantizar el acceso a una justicia que funciona debidamente y que ofrece un proceso con todas las garantías. Pudiendo afirmar la complejidad del organigrama judicial español, tanto más podemos decir que las normas de distribución de litigios entre todos ellos, las conocidas normas de competencia, distan también de poder ser calificadas como simples y uniformes.

En los últimos veinte años, y con mayor persistencia tras la crisis del COVID-19, las propuestas legislativas en el ámbito del proceso jurisdiccional civil se han ido focalizando en la adaptación de la Administración de Justicia

y de sus procedimientos a los cambios y avances tecnológicos, con el fin de paliar la situación de ineficiencia procesal en la que el sistema lleva muchos años sumido. Estas reformas han dado un vuelco a muchos modos de funcionar, y tal vez el mayor logro —aunque no totalmente culminado— haya sido el objetivo *papel cero* facilitado por la digitalización de los expedientes, seguido de la normalización de actos procesales telemáticos mediante videoconferencia. La tecnología, por tanto, ha ido arrancando la tramitación procesal del formato analógico y de las dinámicas presenciales, transmutando la realidad en unidades de datos y elevándola al nivel digital. Partiendo del presupuesto de que es posible una justicia civil telemática respetuosa con las garantías de las partes, en este artículo nos proponemos analizar hasta qué punto las actuales normas de competencia territorial en el ámbito civil siguen siendo válidas y necesarias ante este cambio de paradigma, cuestión que fue planteada por la doctrina¹ ya hace una década, aunque con voz minoritaria, abogando por la concentración de sedes judiciales y el reparto de asuntos de modo indistinto entre los tribunales. Dicha propuesta se planteó en un momento en que la implantación tecnológica todavía no era generalizada en la administración de Justicia, pero la realidad en la que nos encontramos actualmente parece otorgarle inexcusablemente la razón y creemos que es hora de ahondar en una reflexión seria sobre la materia. Siguiendo la línea expuesta por esta doctrina, partiremos de la hipótesis de que el desarrollo de los medios de transporte y la introducción de los medios digitales dejan sin fundamento muchos de los motivos que sostienen el actual régimen competencial.

En el primer epígrafe presentaremos el actual panorama competencial, difuso y fragmentado, y se analizará la variable de la proximidad como criterio cimentador de todo el sistema. En el siguiente epígrafe, sentaremos las bases del nuevo sistema procesal, prestando especial atención a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2013 de 19 de diciembre, y que entró en vigor el pasado 21 de diciembre. En él y en su génesis normativa se contienen reformas y principios que pueden simplemente conducirnos a la digitalización de ciertos trámites, pero que pueden también impulsar un replanteamiento integral del proceso y del modo en que canalizamos la resolución de litigios. Trataremos, pues, de identificar cuáles de las modificaciones introducidas permiten, efectivamente, el progreso hacia un modo nuevo de articular la competencia territorial, descartando la proximidad geográfica a las partes o a las fuentes probatorias como *ratio* del sistema de fueros.

Conscientes de las reticencias que este planteamiento puede provocar, en el epígrafe cuarto pondremos en contraste nuestra propuesta con las exigencias contenidas en el derecho al juez predeterminado por la ley, máxime garante de la existencia de un sistema legal de competencia. Entra en juego, en este ámbito, una variable muy valiosa como es la vinculación entre las actuales normas de competencia territorial y la garantía de la imparcialidad e independencia de los jueces, que también someteremos a examen. Con ello,

¹ Nieva (2015), pp. 25-26.

pretendemos confirmar la viabilidad legal y constitucional de un cambio de régimen, que deje de lado los esquemas actuales y distribuya los litigios en todo el territorio español a partir de criterios de eficiencia ligados a la carga de trabajo de los tribunales.

Finalmente, identificaremos y desarrollaremos algunos extremos prácticos en la implementación de este cambio de paradigma, atendiendo a dos aspectos que creemos deben vertebrar la concreción de nuestra propuesta. El primero de ellos es la reestructuración de la planta judicial española, que sigue asentada en una numerosísima segmentación territorial que ha devenido innecesaria. En segundo lugar, la consideración de los intereses tutelables mediante las normas de competencia territorial, con especial mención del derecho de defensa y de la protección de sujetos vulnerables. Ello nos permitirá identificar qué normas deben seguir conservando su vigencia y descartar aquellas cuyo fundamento ya no se sostiene. El objeto de este estudio es ambicioso en cuanto a su novedad, pues no ha sido tratado suficientemente por la doctrina. Sin embargo, somos conscientes de que el estudio y la discusión de esta propuesta no pueden quedar aquí y requieren de una investigación pormenorizada y complementada con otras variables ligadas a su implementación práctica. Con todo ello, se abren líneas de debate que creemos que pueden contribuir a los innumerables esfuerzos que ya se están realizando por darle a nuestra Justicia un marco racional y más eficiente.

2. LAS NORMAS DE COMPETENCIA TERRITORIAL: EVOLUCIÓN Y FUNDAMENTO

2.1. La supervivencia de las normas de competencia territorial

En el ámbito de la jurisdicción civil, las normas de atribución de la competencia están reguladas, con carácter general, en la Ley Orgánica del Poder Judicial² y en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil³, y dentro de ellas distinguimos normas de competencia objetiva, funcional y territorial⁴. Pues bien, de ahora en adelante vamos a centrar todo nuestro interés en las normas de competencia territorial, aquellas que permiten identificar al órgano judicial encargado de conocer de un caso en atención a su ubicación territorial y que, por tanto, distribuyen geográficamente el ejercicio de la jurisdicción⁵ entre

² Título IV del Libro I LOPJ. En la regulación específica de cada uno de los órganos jurisdiccionales, la LOPJ delimita su ámbito propio de competencia.

³ Arts. 44 a 62 LEC.

⁴ De acuerdo con el art. 117.3 CE, “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”

⁵ Gómez Orbaneja (1969) p. 81: “Las normas o criterios de la competencia, entendiéndolo por ello, en sentido objetivo, el conjunto de asuntos (o procesos) en que un juzgado o tribunal puede ejercer, conforme a la ley, su jurisdicción”.

órganos tanto objetiva como funcionalmente competentes. Dichas normas permiten conocer el lugar donde una parte tiene derecho a que se le emplace para responder y defenderse en un determinado asunto, lugar que hemos denominado fuero⁶, y las encontramos en los arts. 50 a 60 LEC.

Una primera consideración arranca de la observación de la resistencia al cambio de dichas normas en el último siglo, pues si bien han sufrido algunas modificaciones, han permanecido prácticamente fijas en sus criterios esenciales desde la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁷. Estos criterios parten, si bien en teoría, del principio general de la disponibilidad de los fueros de competencia territorial, es decir, de la posibilidad de las partes de someterse expresa o tácitamente a los tribunales que más les convengan, siempre y cuando sean tribunales con competencia objetiva y funcional y la sumisión se realice de acuerdo con lo establecido en la ley⁸. Este principio, presente en el art. 54.1 LEC 2000⁹, ya estaba recogido como regla general que encabezaba las normas sobre competencia territorial en el art. 56.1 LEC 1881¹⁰, así como en el art. 2 de la LEC 1855, rezando esta última que “es Juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase, aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente”.

De otra parte, una tendencia recurrente de las normas de competencia territorial ha sido el establecimiento de reglas de carácter general para el caso de que no exista sumisión de las partes, así como la previsión de un largo listado de excepciones a la disponibilidad del fuero y a las reglas generales establecidas para la falta de sumisión. Aparecen, así, los fueros especiales y los fueros imperativos: los fueros especiales serían aquellos que la ley fija en atención a normas diferentes a aquellas las en la regla general, mientras que los fueros imperativos serían aquellos fueros especiales que, además, no cabe excepcionar por pacto de las partes, de modo que serán de obligada aplicación para la determinación de la competencia territorial. Lo curioso del análisis de la evolución en la disposición de estas normas es que, así como en la LEC 1881 la regla de sumisión encabezaba la sección de competencia territorial, seguida de las normas de competencia en ausencia de sumisión (art. 62), y seguida de las normas especiales de carácter imperativo (art. 63); la LEC 2000 relegaba los artículos sobre la sumisión de las partes a una posición posterior, tras exponer en primer lugar los fueros generales para personas físicas o jurídicas (arts. 50 y 51 LEC) y el listado de fueros especiales, la mayoría de ellos de carácter imperativo (art. 53 LEC).

⁶ Moreno (2005), p. 60.

⁷ En la primera versión de la LEC 1881 las normas de competencia territorial se encontraban reguladas en los arts. 56 a 63 de la Ley.

⁸ Arts. 54 a 56 LEC.

⁹ Art. 54.1 LEC 2000: “Las reglas legales atributivas de la competencia territorial sólo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción.”

¹⁰ Art. 56.1 LEC 1881: “Será Juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase, aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente”.

Esta relegación de las normas de sumisión no implica, en realidad, que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil haya dejado el poder de disposición de las partes sobre el fuero territorial en peor posición de la que ya tenía, pues en realidad su predecesora contenía un listado numerosísimo de fueros especiales que permitía sospechar con fundamento de la debilidad práctica del principio general de responsabilidad de las normas de competencia territorial¹¹. Pero la actual LEC 1/2000 se construye sobre un sistema que, efectivamente, sigue dejando poco margen a las partes para la determinación del fuero territorial, más si tenemos en cuenta que la sumisión está excluida de muchos procedimientos especiales, como en los procesos verbales, de familia, monitorio o de ejecución ordinaria y cambiaria, por ejemplo. De hecho, como se puede leer en la Circular 2/2021 de 30 de abril de la Fiscalía General del Estado, “desde un punto de vista cuantitativo, la mayoría de los procedimientos se someten a lo que en teoría es la excepción. Puede decirse que en la práctica la competencia territorial en el proceso civil es más imperativa que dispositiva”¹².

El carácter dispositivo de las normas de competencia territorial no fue un tema pacífico en las discusiones parlamentarias previas a la aprobación de la LEC 2000. De hecho, las propuestas originarias maximizaban este principio, pero fueron mermadas a raíz de diversas enmiendas introducidas por grupos parlamentarios¹³, que criticaban duramente la facultad otorgada a las partes de prescindir de las normas de competencia territorial, argumentando que dicha posibilidad no estaba alineada con el espíritu del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley¹⁴ e instando a la limitación de dicho poder de disposición cuando pudiera ser perjudicial para las partes más débiles¹⁵.

¹¹ Colmenero (2007), p. 9.

¹² Circular 2/2021 de 30 de abril de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento de la competencia territorial en el orden jurisdiccional civil, p. 5.

¹³ En materia de competencia territorial, y a petición de los grupos parlamentarios Socialista y catalán (Convergència i Unió), (enmiendas 155 a 161) se introdujeron diversas enmiendas que se dirigían a limitar la sumisión expresa y tácita en determinadas materias y a incluir algunos fueros que no estaban en el texto original. En el debate en Comisión se ofreció también una enmienda transaccional para limitar la sumisión en los juicios verbales, que fue aceptada por el Grupo Socialista y que se incorporó al dictamen de la Comisión. Diario de sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 260, 23 de setiembre 1999, pág. 13799.

¹⁴ En palabras del Sr. Pere Jover i Presa: “Nuestra idea central es que en los procesos civiles no tiene por qué haber disposición de las normas de competencia territorial, como no las hay en los procesos laborales ni penales ni contencioso-administrativos; ya sabemos que aquí se dice que juega la autonomía de la voluntad, que son procesos entre partes privadas, pero el artículo 24 de la Constitución otorga un derecho fundamental: el derecho de un juez ordinario predeterminado por la ley. Creo que sería más acorde —no digo que sea inconstitucional lo que aquí hay— con este precepto que también en el proceso civil los límites que se establecieran al carácter dispositivo de las normas de competencia territorial fueran máximos.” Se ha mantenido la situación actual de manera que en el proceso verbal las reglas de competencia territorial no son dispositivas -modificación en el dictamen de Comisión”. Diario de sesiones, 23 de setiembre 1999, pp. 13793 y ss.

¹⁵ El Sr. Mardones Sevilla puntualizaba: “Reiteramos la necesidad de respetar los límites a los pactos de sumisión contenidos en las leyes especiales, como es el caso de la Ley de los consumidores y usuarios que representa la plasmación de un ordenamiento jurídico propio de los principios de la Unión Europea”. Diario de sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 260, 23 de setiembre 1999, p. 13799.

De este modo, por ejemplo, quedaron excluidas las normas sobre sumisión expresa y tácita en el ámbito del juicio verbal (art. 54.1 LEC). Tras todo ello, y como arrastre de la ya fragmentada regulación anterior, la LEC sigue enquistada en un rompecabezas competencial de difícil comprensión.

Sea como fuere, nuestra ley actual sí introdujo algunas modificaciones respecto a la competencia territorial, que citamos sumariamente. La primera de ellas fue la supresión de la inhibitoria, dejando únicamente la declinatoria como mecanismo para impugnar la competencia territorial, medida que la Exposición de Motivos de la ley fundamentaba “en razón de la muy inferior dificultad que para el demandado entraña, en los albores del siglo veintiuno, comparecer ante el tribunal que esté conociendo del asunto”. El segundo cambio introducido atañía a los fueros especiales, que quedaban considerablemente reducidos, pasando de los 27 numerales que contenía el artículo 63 LEC 1881, a los 19 supuestos contemplados actualmente en el art. 52 LEC. Finalmente, se introducía un fuero general para las personas físicas que fijaba un criterio diferente al contemplado en términos generales hasta el momento. Si bien el art. 62 de la ley anterior establecía que para las acciones personales sería competente en primer lugar el juez del lugar en que debía cumplirse la obligación, el nuevo art. 50 LEC estableció que, con carácter general, la competencia territorial corresponde al tribunal del domicilio del demandado. Además, se introducía en el art. 51 un fuero general de las personas jurídicas y de los entes sin personalidad, que será también el lugar de su domicilio. Es decir, con la nueva ley, el fuero del lugar de cumplimiento de la obligación se mantiene en numerosos supuestos como criterio competencial para los casos especiales (art. 52), pero la regla general prioriza, para el resto, un fuero de matiz más subjetivo, el fuero del domicilio.

2.2. La proximidad como fundamento trasnochado de los fueros territoriales

2.2.1. Erosiones al criterio de proximidad como garantía del proceso

Sin obviar las novedades anteriores, el tenor de fondo de las normas de competencia territorial no ha cambiado en el siglo y medio transcurrido desde 1881, a pesar de que las circunstancias de vida sean completamente distintas. ¿Cuáles son, pues, las normas que siguen orientando la distribución territorial de los litigios, y a qué fines se dirigen? De una lectura pormenorizada de las reglas de competencia territorial, concluimos que el legislador presta atención, fundamentalmente, a dos variables de cercanía: la proximidad del tribunal competente al sujeto con una presunta mayor vulnerabilidad y la proximidad del tribunal a los elementos probatorios cuya apreciación pueda ser clave para la resolución del litigio. La ley atiende, además, a un tercer criterio, que es la comodidad de las partes, a la que responden las normas

de sumisión expresa y tácita¹⁶. En realidad, podrían ser subsumidos en estas tres categorías todos los supuestos contenidos en la ley.

Todos aquellos supuestos en los que la ley establece como fuero el potencial lugar de cumplimiento de la obligación (arts. 51.1, 52.1. 2º); el lugar en el que se encuentre sita la cosa objeto del litigio (arts. 52.1. 1º, 7º, 8º) o el lugar donde se producen los daños cuya existencia motiva la demanda (arts. 52.1. 6º, 9º, 11º, 12º), tienen su justificación en la proximidad del material probatorio. También algunos supuestos en los que se establece como fuero imperativo el lugar del domicilio, responden a la proximidad de los elementos cuya apreciación se considera fundamental, como el fuero para cuestiones hereditarias (art. 52.1.4º), el fuero de impugnación de acuerdos sociales, que será el lugar del domicilio social (art. 52.1.10º), o el fuero para los procesos en los que se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, que invita también a interponer la demanda en el lugar donde se encuentre el establecimiento o el domicilio del demandado (art. 52.1.16º). Por otro lado, y con cierta independencia del lugar en el que más probablemente pueda hallarse el material probatorio, la ley prioriza el domicilio del sujeto más vulnerable o aquel con mayor necesidad de ejercer su derecho de defensa., como cuando establece el domicilio del demandado como fuero general (art. 50.1) o el fuero para acciones relativas a las medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad (art. 52.1. 5º).

Los fines anteriores, que en su momento justificaron de un modo más que razonable la configuración actual de las normas de competencia territorial, podrían, ser matizados a la luz de las circunstancias actuales, y es precisamente esta la tarea que pretendemos con este trabajo. Y ello es así porque, como hemos advertido, la proximidad es la variable principal de todos ellos, y tiene sentido que así fuera en un contexto de primacía del principio de inmediatez y en el marco de una sociedad con ciertas o absolutas dificultades para el transporte ágil de personas o para la transmisión de información a través de vías alternativas al soporte físico, esto es, el contexto generalizado de los siglos XIX y XX. Pero ni tan siquiera es de esa época nuestro sistema actual, sino que tiene su origen en la época feudal, en la cual, “la jurisdicción era la manifestación del poder de un noble y, por ello, cualquier discusión sobre la misma podía derivar en una situación bélica, porque ponía en cuestión al gobierno territorial”¹⁷.

Con todo, el contexto es radicalmente diferente en los días que vivimos. Como ya hemos citado, la LEC 1/2000 advertía, aunque con mucha cautela en su desarrollo práctico, la escasa dificultad actual para la personación de los sujetos en lugares alejados de su propio domicilio. Pero más allá de eso, no es la revolución de los transportes la propia de nuestro siglo, sino la revolución digital. Esta nueva era tecnológica ha supuesto algo mucho más revolucio-

¹⁶ Nieva (2015), p. 25.

¹⁷ *Ibidem*.

nario, un giro copernicano en la movilidad de la información: la inmediatez en la transmisión de los datos. De este modo, no se tambalea únicamente el sistema construido sobre la necesidad de que los tribunales estén cerca físicamente de las personas interesadas, sino también el que se justifica en la necesidad de estar cerca del material probatorio, pues las sedes electrónicas de la Administración, los expedientes digitales, los documentos electrónicos, la precisión de los sistemas de video e imagen, la videoconferencia y otros muchos mecanismos nos orientan hacia un proceso mayormente gestionado en el nube en cuanto a datos e información se trata.

La revolución digital es, pues, un elemento que, tenido en cuenta en el contexto de la Administración de Justicia, puede debilitar con fundamento las viejas justificaciones sobre las normas de competencia territorial sin, con ello, socavar las garantías de un proceso justo pretendidas con dichas reglas. Mencionado esto, una última consideración. Hasta el momento, ha sido prácticamente indiscutida la necesidad de que un proceso judicial esté integrado por actos procesales escritos y a la vez por actuaciones que requieren de presencialidad y del principio de intermediación. De este modo, las declaraciones testificales fueron, durante mucho tiempo, la prueba central de cualquier proceso judicial¹⁸. Sin embargo, dos variables están actualmente erosionando el protagonismo de dicha práctica probatoria. La primera de ellas es la citada revolución tecnológica y científica, que lleva años permitiendo la incorporación de elementos de carácter más objetivo para la reconstrucción de los hechos en el proceso a través, por ejemplo, de la prueba pericial. Aunque sea una prueba más que controvertida a efectos de su valoración por parte del juez¹⁹, la prueba pericial se constituye en numerosas ocasiones como la prueba principal y protagonista del procedimiento actual. Además, al lado del extraordinario peso que actualmente tiene la pericia, mayormente materializada en formato escrito, la prueba documental supone también un elemento central del material probatorio en el proceso civil. Reforzado esto con los avances tecnológicos, son pocas las gestiones que actualmente podemos realizar los seres humanos sin dejar traza digital, y esta huella digital es también convertible y valorable desde el formato documental.

Una segunda erosión del protagonismo de la prueba testifical y la presencialidad ha sido provocada por recientes estudios en el campo de la psicología del testimonio²⁰ y de la neurociencia²¹, que ponen en entredicho la ventajas hasta ahora atribuidas al principio de oralidad, así como la capacidad de la memoria humana de reproducir fielmente los hechos vividos por un sujeto²², y la capacidad de los jueces de advertir de manera certera la verdad o falsedad de las declaraciones testificales²³. Si bien la declaración de las partes

¹⁸ Nieva (2023), p. 287.

¹⁹ Sobre este tema, vid. ampliamente Picó (2017), Vázquez (2015), Nieva (2018).

²⁰ Manzanero (2008), Mazzoni (2010, 2015).

²¹ Julià (2023), De Paula (2019).

²² Manzanero (2010), Diges (1997).

²³ Nieva (2020).

genera seguridad y la sensación de un mayor espacio y oportunidad para la defensa, la prueba testifical puede llegar a convertirse en elemento distorsionador para la reconstrucción veraz de los hechos. Ante estas consideraciones, la proximidad al material probatorio, esta vez a los sujetos intervinientes en el proceso, pierde de nuevo fundamentación. Y con ello no se erosiona, a priori, ni el acceso a la justicia, ni la capacidad de los tribunales de acceder al material probatorio, ni la configuración del proceso como un instrumento idóneo en términos epistemológicos. Al contrario, dadas las nuevas circunstancias, tal vez nuevas variables y nuevos objetivos deban ser tenidos en cuenta, precisamente, para el refuerzo del proceso debido.

2.2.2. *La proximidad como factor de riesgo y fuente de corruptelas*

La proximidad de los tribunales a los sujetos implicados y a las fuentes probatorias como principio rector de la competencia tiene su razón de ser en motivos históricos, pese a que su vinculación con la garantía de un proceso debido ha tenido mayor desarrollo en el ámbito del proceso penal. En Europa, el origen más reciente de este derecho al juez de la zona lo encontramos en la ley revolucionaria francesa de 16-24 de agosto de 1790²⁴ (*Décret sur l'organisation judiciaire*), en el que se consagraba el principio del juez natural (art. 17) del modo siguiente: "El orden constitucional de las jurisdicciones no podrá ser turbado ni los justiciables privados de sus jueces naturales, mediante comisión alguna ni a través de otras atribuciones o avocaciones que las determinadas por la ley". Dadas las circunstancias del momento, se entendió que el juez natural, como juez más idóneo para juzgar, sería aquel con mayor conocimiento del territorio y de las circunstancias y sujetos que rodeaban los hechos, identificando a éste como el juez del *locus delicti commissi*.

También en el contexto anglosajón este requisito de proximidad está profundamente arraigado y ha sido identificado como base del autogobierno democrático²⁵. Su origen se encuentra en el derecho a ser juzgado por un jurado del vecindario (*vicinage requirement*), que implicaba que los miembros debían ser ciudadanos del lugar donde se había cometido el crimen²⁶. Ello no podría ser de otro modo, porque en el primitivo sistema del jurado inglés los jurados tenían un papel muy similar al de los testigos²⁷; decidían los casos basándose en sus propios conocimientos y eran seleccionados sobre esa base²⁸. Con el tiempo, el sistema fue evolucionando hacia una mayor exigencia de que los jurados basaran sus convicciones en la prueba practicada en el juicio —a pesar de que se mantuvo la exigencia de que sus miembros fueran

²⁴ Díez-Picazo (1991), p. 78.

²⁵ Kalt (2005), p. 274.

²⁶ *Ibíd.*, p. 276.

²⁷ Blackstone (1765), citado en Blume (1944), p. 61.

²⁸ Kalt (2005), p. 296. A medida que la función de los jurados se separaba de la de los testigos, y su papel se iba orientando al de obtener su convicción a partir de las pruebas practicadas en juicio, el vecindario se fue ampliando desde la vecindad inmediata a todo el condado. Vid. Blume (1944), p. 60.

ciudadanos locales—, y su rigidez en el ámbito civil se fue disolviendo²⁹. El mantenimiento de esta garantía de proximidad del jurado en el ámbito penal, sobre todo en Estados Unidos, posee connotaciones de carácter social y político, que escapan a la estricta búsqueda de imparcialidad en la resolución de los litigios y que no pueden vincularse a la optimización en términos procesales. Sus defensores se basan sobre todo en una concepción del jurado y de la justicia desde una perspectiva comunitaria ajena a nuestra tradición, argumentando que el proceso no puede centrarse únicamente en el acusado, sino que la propia comunidad tiene el derecho, o como mínimo el interés, de que los procesos penales se juzguen por jurados locales³⁰. De hecho, es este interés en el caso y los prejuicios provocados por la proximidad y los conocimientos previos extrajudiciales los que permiten dudar fundadamente de la idoneidad de dicho sistema en términos de imparcialidad.

En España, la proximidad territorial del tribunal con los elementos del caso y con las partes interesadas ha sido, en realidad, una puerta abierta a prácticas irregulares en el ejercicio jurisdiccional. Si bien los jueces tienen el deber de juzgar el caso con imparcialidad e independencia, ajenos y protegidos de toda presión o condicionamiento interno o externo, no podemos cerrar los ojos a la realidad de que el tejido social permite y favorece la interacción entre todos los actores del sistema judicial. La cercanía social, la convivencia en el mismo territorio y las consecuentes redes de amistad o intereses de otro tipo pueden generar dinámicas de tratos de favor³¹ y la vulnerabilidad de jueces y fiscales ante presiones y sobornos para orientar las resoluciones hacia una determinada dirección³², cuando no tramas más graves de corrupción judicial y tráfico de influencias. Cuanto mayor es la cercanía del juez al lugar de los hechos, más se facilita el acceso a los jueces por parte de despachos de abogados con cierta influencia, de políticos y funcionarios públicos del ámbito local y de otras partes interesadas, normalmente con mayor poder político o económico.

Toda esta realidad, que afortunadamente no es generalizada ni frecuente, es suficientemente grave en sus contadas manifestaciones para menoscabar

²⁹ En el ámbito civil, la abolición del jurado se introdujo progresivamente mediante la Common Law Procedure Act de 1854. Cfr. Langbein (2012), p. 82.

³⁰ Kalt (2005), p. 318.

³¹ Confilegal. (15 noviembre de 2020). ¿Qué hará la FGE? La Justicia envía la supuesta prevaricación urbanística omisiva del chalet del fiscal decano a Talavera. [artículo de prensa]. <https://confilegal.com/20201115-que-hara-la-fge-la-justicia-envia-la-supuesta-prevaricacion-urbanistica-omisiva-del-chalet-del-fiscal-decano-a-talavera/>; El Distrito (1 abril de 2022). Un fiscal amaña un juicio después de recibir un soborno de la hija del condenado, José Luis Lugones [artículo de prensa]. <https://eldistrito.es/un-fiscal-amana-un-juicio-despues-de-recibir-un-soborno-de-la-hija-del-condenado/>

³² Confilegal. (26 octubre de 2023). Una abogada denuncia ante la Justicia y el CGPJ a la juez decana de Alcobendas. [artículo de prensa]. <https://confilegal.com/20231026-una-abogada-denuncia-ante-la-justicia-y-el-cgpj-a-la-juez-decana-de-alcobendas/>; El Diario. (29 septiembre de 2022). Un grave error judicial tumba la mayor operación en una década contra la mafia rusa y sus conexiones con el PP. [artículo de prensa] https://www.eldiario.es/comunitat-valenciana/presunta-red-blanqueo-mafia-rusa-recuperara-casas-coches-relojes-lujo-error-jueza_1_9581743.html

la confianza en el sistema judicial y su independencia³³ y para que sea necesario tomar medidas de contención. En el Eurobarómetro de 2023, el 38 por cien de los participantes españoles indicó que consideraba la independencia judicial española como “bastante mala” y solamente un 3 por cien respondió que creía que era “muy buena”. Entre las causas indicadas de esta falta de independencia, la más considerada fue la de la interferencia o presión del gobierno y los políticos (54 por cien) y la interferencia o presión de intereses económicos o de otra índole (41 por cien). Esta sensación generalizada de que la independencia judicial carece de los suficientes mecanismos de protección, la avala también la opinión de los propios jueces. En la Encuesta de la RECJ entre jueces europeos sobre su percepción de independencia³⁴, se reflejó también que los jueces sienten erosionada su independencia por presiones gubernamentales, y el 10 por cien de los encuestados indicó que en los dos últimos años había estado sometido a presiones inadecuadas para adoptar una resolución concreta en algún asunto o en parte de algún asunto. Ciertamente, la eliminación de criterios de proximidad en la distribución de la competencia territorial no será la solución definitiva a la corrupción judicial, pero si puede impedir las actuales corruptelas ligadas al conocimiento personal de los jueces y a la proximidad de acceso a ellos por parte de los interesados. La preservación de la integridad de los jueces y de su imparcialidad³⁵, más que otras razones históricas ya sin fundamento, es aquello que debería orientar las actuales normas de competencia judicial.

Durante el debate parlamentario sobre la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, salió a relucir el anquilosamiento del cuerpo legal de 1881, y ya advirtió un diputado que “esta ley se ha venido denominando ley muerta, viejo armatoste, lastre ideológico, recipiente liberal del siglo XIX en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso común de los siglos medios”³⁶. En estos últimos años, el legislador ha tomado conciencia y responsabilidad ante los avances del siglo XXI y las nuevas dinámicas sociales, y puede ser el momento de que esta evolución tecnológica se convierta en el paradigma desde el que se piensa el proceso de un modo más integral. Las normas de competencia territorial son reglas al servicio del proceso debido y de las garantías constitucionales, pero su concreta articulación debe responder a necesidades reales, como hizo en su momento. ¿Podríamos, pues, reorientar los objetivos a los que se dirigen? ¿Podríamos plantearnos su desaparición como actualmente

³³ Así se refleja en el Eurobarómetro sobre la independencia del sistema judicial de Justicia en la UE percibida por el público en general (enero, 2023), disponible en: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2667>

³⁴ European Network for Councils of the Judiciary, “Encuesta entre jueces europeos sobre su percepción de independencia (2017). Resultados para España”. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Red-Europea-de-Consejos-de-Justicia/Informes-RECJ/Encuesta-de-la-RECJ-entre-jueces-europeos-sobre-su-percepcion-de-independencia--Resultados-para-Espana--Junio-2017->

³⁵ Nieva (2015), p. 25.

³⁶ D. Álvaro Cuesta Martínez, en las discusiones de la LEC 1/2000. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 260, de 23/09/1999.

las conocemos? ¿Podríamos proyectar un nuevo modo más eficaz de distribuir los litigios geográficamente entre los órganos competentes de todo el territorio español?

Sin ninguna duda, el planteamiento orientado a la eliminación de los actuales fueros de competencia territorial puede suscitar escepticismo, en cuanto las normas de competencia se han vinculado a la materialización del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y las garantías a las que se orienta este derecho, como la independencia e imparcialidad judiciales. Será necesario detenerse en este asunto, pero, con carácter previo, es adecuado prestar atención a las actuales medidas de modernización y digitalización de la justicia, que son las que nos ponen ante el panorama actual y que contextualizarán nuestra discusión posterior.

3. NUEVAS MEDIDAS DE EFICIENCIA Y DIGITALIZACIÓN EN EL ÁMBITO PROCESAL

Tras la pandemia del COVID-19 fue global el impulso hacia la digitalización y la implantación tecnológica en el contexto de las administraciones públicas. Si bien se trataba de una tendencia con largo recorrido en el ámbito privado y comercial, el sector público sufría un retraso importante en la integración de todas las nuevas herramientas y mecanismos digitales. Como decimos, la tendencia era anterior y era globalizada, también en el sector de la resolución de conflictos, tal como se venía apreciando, por ejemplo, en el ámbito del arbitraje internacional³⁷. La pandemia nos abrió los ojos colectivamente ante la evidencia de que cualquier servicio público que no cuente con los medios digitales necesarios para dialogar con las nuevas necesidades y dinámicas actuales, no puede prestar un servicio ni efectivo ni de calidad. La digitalización repercute positivamente en la eficiencia, la agilidad, la sostenibilidad y la consecuente reducción de costes a medio y largo plazo, aunque implique, en un primer momento, una inversión importante a nivel financiero y de capacitación³⁸. En el servicio público de justicia, la calidad ya no consiste únicamente en jueces capacitados y en profesionales jurídicos ampliamente formados, en un aumento del número de operadores o en la proximidad territorial de las sedes de justicia. La justicia debe ser sostenible y moderna, entendido esto como capaz de prestar sus servicios no solamente al nivel que demanda la sociedad³⁹, sino al que los medios actualmente existentes facilitan desde ya hace algunos años.

³⁷ Fach (2023), pp. 5 y ss.

³⁸ *Ibid.*, p. 28.

³⁹ El primer barómetro de opinión realizado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) sobre el Servicio Público de Justicia fue en 1984. En ese momento el 21 por cien de los españoles opinaba que la Justicia funcionaba mal o muy mal. La última vez que se hizo esa pregunta fue en el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS de julio de 2019) y el porcentaje de los que tenían esa opinión ascendía al 48 por cien. En esta misma encuesta, el 61 por cien considera que los medios con los que cuenta la Justicia son insuficientes.

A raíz de todo ello, en el año 2020 se puso en marcha en España la cono- cida Estrategia Justicia 2030⁴⁰, una estrategia estatal configurada por tres objetivos básicos⁴¹, desarrollados mediante una serie de programas (9) y sub- proyectos (27), con el objetivo de generar un nuevo marco legislativo y estruc- tural para las políticas públicas, que permita la adaptación de la Justicia a la transición ecológica y la digitalización. Tal como señala la presentación de la Estrategia, un análisis profundo de los motivos de ineficiencia del sistema de justicia español⁴² desvela que el problema tiene varias causas simultáneas como “la organización compartimentada y poco flexible de la Administración de Justicia, la ineficiente asignación de los recursos y normas y procedimien- tos desactualizados”. La conclusión es, por tanto, que “las soluciones pura- mente incrementalistas no son suficientes” y es necesario generar estructuras organizativas más eficientes y flexibles, así como dotarlas de un marco legis- lativo mucho más actualizado⁴³.

Como resultado del desarrollo de todo este trabajo, en los últimos años han visto la luz tres proyectos de ley que respondían a tres programas de dicha Estrategia: el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia⁴⁴ (22 de abril de 2022), el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia digital del servicio público de Justicia⁴⁵ (12 de septiembre de 2022) y el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se pretendía modificar la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios⁴⁶ (22 abril 2022). Dichas iniciati- vas legislativas, a su vez, responden al desarrollo del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁴⁷, que es la estrategia española para canalizar los fondos destinados por Europa a reparar los daños provocados por la cri- sis del COVID-19, llamado Plan *Next Generation* de la Unión Europea⁴⁸. Su finalidad es apoyar la inversión y las reformas en los Estados Miembros para

⁴⁰ <https://www.justicia2030.es/>

⁴¹ Estos son: 1) Acceso a derechos y libertades, 2) Contribuir a la sostenibilidad y cohesión y 3) Eficiencia del Servicio Público de Justicia.

⁴² A pesar de la inversión financiera y en recursos humanos, que han llegado prácticamente a do- blarse, se registró un 8 por cien más de asuntos en trámite en 2022.

⁴³ Como advierte la Estrategia en su página web de presentación, “los diferentes impulsos en los últimos diez años, aunque han mejorado la Justicia, no han tenido el resultado que se preveía. En este momento, el contexto internacional y nacional ha cambiado mucho, muy rápido y ha generado un nuevo marco para las políticas públicas que fuerza una adaptación que también afecta a la Justicia”. <https://www.justicia2030.es/punto-de-partida> [Consulta: 3 de enero de 2024].

⁴⁴ Accesible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF

⁴⁵ Accesible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-116-1.PDF

⁴⁶ Accesible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-98-1.PDF

⁴⁷ Accesible en: <https://planderecuperacion.gob.es/>

⁴⁸ En julio de 2020, el Consejo Europeo acordó un instrumento excepcional de recuperación tem- poral conocido como Next Generation EU (Próxima Generación UE) dotado con 750.000 millones de euros para el conjunto de los Estados Miembros. El Fondo de Recuperación garantiza una respuesta europea coordinada con los Estados Miembros para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia.

lograr una recuperación sostenible y resiliente, al tiempo que se promueven las prioridades ecológicas y digitales de la UE.

Lamentablemente, la disolución de las Cortes el 29 de mayo de 2023 supuso la paralización en la tramitación de los tres proyectos de ley. En su lugar, instado por la presión por dar ejecución al Plan para la Recuperación y la Resiliencia⁴⁹, el Gobierno adoptó, el 19 de diciembre, el Real Decreto-ley 6/2023⁵⁰, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo y que entró en vigor el 21 de diciembre de 2023⁵¹. Las reformas que introduce este Real Decreto-Ley, y que nos interesa estudiar de ahora en adelante, afectan principalmente a Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la Ley de Enjuiciamiento Civil, introduciendo la mayoría de reformas significativas contenidas en los frustrados proyectos de ley de medidas de eficiencia digital y de eficiencia procesal. De este modo, las propuestas de reforma contenidas en el Proyecto de Ley de eficiencia organizativa, que estudiaremos más adelante, quedan, por ahora, paralizadas.

No es nuestro objetivo analizar los pormenores de esta nueva ley, sino simplemente prestar atención sobre el nuevo marco social y estructural ante el que esta ley coloca a la Administración de Justicia, aquel desde el que pretendemos cuestionar las actuales normas de competencia territorial. Así pues, el nuevo contexto digital al que nos referíamos en el apartado primero de este artículo se ve reflejado en el Libro I del RD 6/2023⁵², que contiene reformas para adaptar la tramitación de los procedimientos a un contexto digital que deja en un segundo plano la presencialidad de los actos procesales, y que genera un marco para la implantación de la tramitación y las comunicaciones telemáticas con la Administración de Justicia. Si bien la mayoría del Libro I se refiere a las medidas de eficiencia digital y al desarrollo práctico del expediente judicial electrónico y las sedes electrónicas, el Título VIII de este Libro Primero —“Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia”—, contiene las específicas modificaciones de la LEC, LECrim, LJCA y LJS.

⁴⁹ La adopción de esta medida se encuentra recogida en el IV Informe de Ejecución del Plan de Recuperación, como “culminación de la agenda de reformas estructurales”. Disponible en: https://plan-derecuperacion.gob.es/sites/default/files/2023-12/21122023_IV_Informe_de_Ejecucion_del_Plan_de_Recuperacion_completo_0.pdf. [consulta: 12 de enero de 2024].

⁵⁰ Medidas que fueron convalidadas por la Resolución de 10 de enero de 2024, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, publicada en el BOE del 12/01/2024. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-25758>

⁵¹ Con la excepción del Libro I, cuya entrada en vigor se previó para el 9 de enero de 2024; y el título VII de este libro I, para el cual se preveía la entrada en vigor con fecha de 20 de marzo de 2024.

⁵² Queda derogada 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.

Las medidas de eficiencia digital que contiene el RD 6/2023 en su Libro Primero están dirigidas a la definición y delimitación de toda la estructura telemática de acceso a la Justicia y de tramitación procesal. Se regula la sede judicial electrónica (Capítulo I, Título II) como portal de acceso de todos los ciudadanos a los servicios de Justicia, y se establece que la gestión de las diferentes sedes electrónicas corresponderá a las Administraciones con competencias en materia de Justicia, de modo que cada comunidad autónoma será responsable de la gestión de su sede específica. Se regula también un Punto de Acceso General centralizado, bajo la gestión del Ministerio de Justicia, y que, de acuerdo con el artículo 12, contendrá “la Carpeta Justicia y el directorio de las sedes judiciales electrónicas que, en este ámbito, faciliten el acceso a los servicios, procedimientos e informaciones accesibles correspondientes a la Administración de Justicia, al Consejo General del Poder Judicial, a la Fiscalía General del Estado y a los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma, así como a las administraciones con competencias en materia de Justicia”. La Carpeta Justicia, regulada en el Capítulo II del Título II, está llamada a ser el “servicio personalizado, que facilitará el acceso a los servicios, procedimientos e informaciones accesibles de la Administración de Justicia que afecten a un ciudadano o ciudadana cuando sea parte o justifique un interés legítimo y directo en un procedimiento o actuación judicial” (art. 13).

El Libro I regula cuestiones comunes relativas a la comunicación con la Administración de Justicia y un procedimiento de carácter completamente telemático. Son especialmente destacables el principio general de tramitación electrónica de los expedientes en su integridad (art. 31 y ss.), salvo en el caso de las excepciones contempladas por la ley⁵³; la preferencia de las actuaciones procesales por videoconferencia (arts. 59 y ss.), la posibilidad generalizada de actuaciones jurisdiccionales como audiencias y vistas en formato telemático y en formato híbrido (art. 65), la creación de Registros y Archivos electrónicos (Título V) y el principio de cooperación e interoperabilidad entre sedes electrónicas, registros electrónicos y Administraciones públicas (Título VII). De todo ello se desprende que nos dirigimos hacia un sistema judicial en la nube. Un modo de funcionar que, si permite garantizar adecuadamente la ciberseguridad y la protección de datos, nos permite entender mejor el sistema judicial como lo que verdaderamente es a la luz del principio de unidad jurisdiccional consagrado en el art. 117.5 CE, esto es, un sistema único de ejercicio de la jurisdicción en todo el territorio español.

En lo que se refiere a las medidas de eficiencia procesal, contenidas en el Título VIII del Libro I, el objetivo de fondo de todas ellas es el establecimiento efectivo de la obligación de relacionarse con la Administración de Justicia

⁵³ Art. 32 RD 6/2023: “Se exceptúa de lo anterior a las personas físicas que, conforme a las leyes procesales, no actúen representadas por Procurador. En estos casos, las personas físicas podrán elegir, en todo momento, si se comunican con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos o no, salvo en aquellos supuestos en los que expresamente estén obligadas a relacionarse a través de tales medios”.

por medios telemáticos, que la ley va desarrollando mediante las modificaciones de ciertos preceptos de la LEC 1/2000 y la introducción de preceptos nuevos (art. 103 RD 6/2023). La asunción de la celebración mediante presencia telemática de los actos de juicio, vistas, audiencias, comparencias, declaraciones y, en general, todos los actos procesales, la encontramos en el nuevo artículo 129 bis LEC⁵⁴, mientras que el nuevo art. 137 bis LEC desarrolla la realización de las actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia, que se establece como regulación subsidiaria para las actuaciones de igual naturaleza del proceso penal (nuevo art. 258 bis LECrim).

Las reformas contenidas en esta ley no son una novedad, sino un paso más firme en un proceso de digitalización que lleva años siendo impulsado, o como mínimo contemplado, en leyes con afectación directa en el campo procesal⁵⁵. Los expedientes electrónicos ya estaban contemplados en la ahora derogada Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia; las videoconferencias llevan años usándose en los tribunales, y el intercambio telemático seguro de datos e información entre operadores jurídicos se posibilitó con la plataforma LexNET, que comenzó sus andaduras en el año 2004 y que también usa la firma electrónica como sistema de autenticación de la identidad. De hecho, la propia Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 argumentaba que la nueva ley abría la puerta “a la presentación de escritos y documentos y a los actos de notificación por medios electrónicos, telemáticos y otros semejantes”, aunque sin imponer el uso de estos medios a todos aquellos que no pudieran disponer de ellos, cautela razonable en el año en que dicha Exposición de Motivos se escribió.

Volviendo la vista al RD 6/2023, los criterios de proximidad a las fuentes de prueba o a las partes demandante o demandada como reglas básicas de atribución de competencia a los tribunales dejan de tener sentido en el marco de una regulación que generaliza las notificaciones electrónicas (art. 152.2 y 152.6 LEC), la presentación de documentos por medios electró-

⁵⁴ Análogamente, el artículo 101 del RD 6/2023 añade el nuevo art. 258 bis LECrim, que establece también la preferencia de la celebración de los actos procesales mediante presencia telemática. En la LJCA, las modificaciones orientadas a este deber de comunicación por vía telemática se encuentran en los arts. 23.3 y 23.4, art. 48 (interposición del recurso contencioso-administrativo); art. 52.1 (demanda); 54.3 (contestación); art. 116.1 y 5 (procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona); art. 127.3 y 4 (procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos).

⁵⁵ Ley 59/2003 que regula la eficacia jurídica de la firma electrónica y la prestación de servicios de certificación; Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones LexNET para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos; Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y Mercantiles; Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en el ámbito Contencioso-administrativo; o la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entre otras muchas.

nicos (art. 268 bis y 270.3 LEC), la comparecencia de las partes y sus representantes procesales mediante videoconferencia tanto en la audiencia previa como en el acto de juicio oral (arts. 414.2 y 432.1 LEC, respectivamente), la práctica del interrogatorio de las partes (art. 169.4 LEC), la declaración de testigos (art. 364 LEC) y la declaración y ratificación de los peritos (art. 346 LEC) mediante videoconferencia si residen fuera de la demarcación judicial del tribunal, así como la posibilidad del interrogatorio domiciliario mediante videoconferencia (art. 311.1 LEC). Ciertamente, la celebración telemática de los actos, incluidos declaraciones e interrogatorios, tiene una serie de excepciones, pues en principio la celebración mediante videoconferencia no se aplica en el caso de la audiencia, declaración o interrogatorio de partes, testigos o peritos, la exploración de la persona menor de edad, el reconocimiento judicial personal o la entrevista a persona con discapacidad cuando residan en el municipio donde tenga su sede el tribunal, situación en que será necesaria la presencia física de quien haya de intervenir (art. 129.2 LEC). Sin embargo, si éstas residieran en un municipio diferente, o en atención a otras circunstancias del caso como cláusula residual, la ley permite que el juez disponga la actuación mediante videoconferencia o auxilio judicial, en su caso (art. 129 bis, apartado 2).

Como conclusión del nuevo marco regulatorio, se puede afirmar que, al menos en el plano teórico, las facilidades que supone el sistema de gestión telemática de los expedientes podría llegar a permitir la implantación de un nuevo sistema de distribución de los litigios entre los órganos objetiva y funcionalmente competentes de todo el territorio, en atención a otros criterios como la mayor o menor carga de los tribunales en el momento de admisión a trámite de la demanda. El contexto actual, y concretamente el nuevo expediente orientado al dato, introduce tres variables que a priori son beneficiosas para la eficiencia de los procedimientos, tal como se ha constatado en ámbitos diferentes al judicial⁵⁶, y que consisten en la descentralización⁵⁷, la flexibilidad y la deslocalización de los puestos de trabajo y el teletrabajo. No puede negarse que la mayoría de litigios presentan una mayor vinculación con un determinado territorio, ya sea por aplicación de criterios objetivos o subjetivos. Sin embargo, la cuestión clave es el discernimiento sobre si seguir priorizando esta vinculación territorial con el objeto litigioso es esencial para que el tribunal pueda llegar a tener ante él todos los elementos necesarios para resolver el litigio y para que las partes puedan ejercer plenamente su derecho de defensa.

⁵⁶ Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

⁵⁷ Tal como se explica en el portal web de la Estrategia Justicia 2030, “el adecuado tratamiento de los datos permite mejorar la eficiencia, la descentralización, la gestión común deslocalizada y la inmediatez. El cambio global tiene efectos concretos en el Servicio Público de Justicia. La digitalización cambia la forma de trabajo y posibilita un salto cualitativo en la Administración de Justicia. Facilita la transformación organizativa y la descentralización de los servicios. Permite una gestión más eficiente a partir de los datos, facilita la asignación dinámica de recursos y el acceso de la ciudadanía a la justicia”.

El legislador ha llevado a cabo una serie de adaptaciones que van permitiendo llevar el procedimiento hacia un nuevo paradigma, aunque no se ha planteado, por el momento, que esta nueva concepción del proceso pueda suponer un cambio en el modo de funcionar que alcance algunas normas muy asentadas en nuestra tradición, como aquellas que regulan la distribución de los litigios que entran en el sistema judicial. Una posible explicación de ello es la derivación directa de las normas de competencia de ciertos mandatos constitucionales, concretamente la predeterminación legal del juez competente (art. 24 CE), así como también la inseguridad jurídica que a priori podría causar el no saber qué tribunal específico será el encargado de resolver el caso. La vulneración de este derecho, o si no su vulneración la posible erosión de su intencionalidad, sería el mayor obstáculo a la eliminación de las normas de competencia territorial como actualmente las conocemos. Es por ello que, ahora sí, nos disponemos a analizar el contenido de este derecho fundamental, el fundamento de su exigencia y su grado de conexión con las actuales reglas de competencia territorial.

4. EXIGENCIAS LEGALES Y CONSTITUCIONALES DEL DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY

4.1. El derecho al juez legal como alegación recurrente

Cuando se trata de plantear un cambio en las normas de competencia territorial, y más aún cuando ese cambio implica, como sugerimos en este trabajo, la programación algorítmica de un sistema de distribución territorial de asuntos en atención a criterios cuantitativos de carga de trabajo, no es poca cautela que nos planteemos la posible afectación de garantías procesales e, incluso, de derechos constitucionales, específicamente el derecho al juez legal predeterminado por la ley, que tiene como presupuesto, precisamente, la existencia de normas legales taxativas⁵⁸ de competencia material, funcional y territorial⁵⁹. La incertidumbre que podría provocar el no saber, previamente a la presentación de la demanda, cuál será órgano jurisdiccional competente a efectos territoriales podría generar dudas sobre la alineación de dichas modificaciones con el citado precepto constitucional. La tesis aquí defendida, sin embargo, parte de la convicción de que no supondría un menoscabo del derecho, ni de los principios que garantiza, el hecho de alejar las normas de competencia territorial de criterios de proximidad u otros más tradicionales y vincularlas a variables más dinámicas como la carga de trabajo de los tribunales, pues es posible, en el sistema planteado, que se garantice la observancia de todo el contenido que nuestra tradición constitucional⁶⁰ ha otorgado a dicho derecho.

⁵⁸ Díez-Picazo (1991), p. 115. STC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ. 4°.

⁵⁹ Fossas (2016), p. 15.

⁶⁰ Cuyas primeras y máximas exponentes, de las que han derivado todas las demás son las SSTC 47/1983, de 31 de mayo y 101/1984, de 8 de noviembre.

El derecho al juez predeterminado por la ley ha sido alegado en numerosas ocasiones, y muchas de ellas con razón⁶¹, para impugnar reformas legales, sobre todo a nivel organizativo de la Administración de Justicia, que en cierto modo incidían sobre las reglas generales de distribución de la competencia. Ejemplo de ello fueron las críticas a la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus reglas de sumisión, a ciertos artículos de la LOPJ⁶², al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014⁶³, a la atribución de competencias a la Audiencia Nacional⁶⁴, o más recientemente a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁶⁵. Algunas de estas cuestiones han sido salvadas en su constitucionalidad, y otras se han considerado vulneradoras del art. 24.1 CE en relación con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, sobre todo en casos en los que se permitía la determinación del juez por normas con rango inferior a la ley⁶⁶, o se atribuían facultades a los órganos gubernativos para realizar cambios en las normas legales de competencia o distribuir asuntos según su decisión discrecional⁶⁷. Todo el recorrido realizado hasta el momento y la reiterada jurisprudencia del TC han dejado claro el contenido específico y las exigencias de este derecho fundamental, así como su fundamento y sus garantías formales, elementos a los que nos ceñiremos a continuación para discernir, finalmente, el nivel de vinculación que guardan con el aspecto territorial y las normas de reparto, y el margen que dejan a la flexibilidad del legislador.

4.2. Contenido y fundamento del derecho al juez legal

El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, consagrado en el art. 24.1 CE, es un artículo presente también en todas las constituciones europeas, así como en instrumentos normativos supranacionales⁶⁸. Su origen más directo proviene de la época del constitucionalismo⁶⁹ y su razón

⁶¹ Cano (2023).

⁶² STC 199/1987, de 16 de diciembre.

⁶³ Fossas (2016), p. 4: “el texto pre-legislativo suscitó también dudas técnicas, reflejadas incluso en el propio Anteproyecto, en cuya Exposición de Motivos se admitía la dificultad “en alguna medida, constitucional” que debe superar la introducción de esos Tribunales, consistente en la flexibilidad inherente al nuevo órgano judicial, la cual podría suponer una “merma (...) en la predeterminación legal del juez”.

⁶⁴ STC 93/1988, de 24 de mayo, que resolvía una cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 1 del Real Decreto-ley 19/1979; también STC 56/1990, de 29 de marzo, que plantea la inconstitucionalidad del art. 65 LOPJ respecto a la competencia penal de la Audiencia Nacional.

⁶⁵ Tribunales de los cuales se ha cuestionado la constitucionalidad por considerar que se trata de una jurisdicción especial *ratione personae*. En esta línea, el Consejo General del Poder Judicial emitió un informe durante la tramitación parlamentaria de la LO 1/2004 en la que los calificaba de tribunal de excepción. Vid. ampliamente Cano (2022), del Pozo (2005), Gutiérrez (2009).

⁶⁶ STC 93/1988, de 24 de mayo, FJ. 5º.

⁶⁷ STC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ. 4º.

⁶⁸ Arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁹ Díez-Picazo (1991), p. 77. El autor señala que el derecho tiene su origen en el constitucionalismo, pero señala una serie de antecedentes al derecho al juez ordinario, provenientes de la Edad Medieval y la Edad Moderna. Así, apunta que en la Carta Magna inglesa (1215) se decía: «17. Los

de ser se encuentra en la separación de poderes y en la necesidad de desposeer al Monarca de sus potestades jurisdiccionales, que se materializaban en un enorme dominio de la Administración de Justicia, en su capacidad de nombrar jueces, de crear tribunales excepcionales y de decidir cuáles de ellos se encargarían de juzgar las controversias planteadas⁷⁰. Como explica DIEZ-PICAZO, tras la ley revolucionaria de 1790 y las Constituciones de 1791 y 1795, el principio del juez legal fue recogido por las posteriores constituciones de los países europeos y también, aunque con ciertas modificaciones, en todas las constituciones españolas⁷¹. El fundamento del precepto no ha cambiado hasta nuestros días y sigue siendo la necesidad de garantizar la independencia y la imparcialidad de los jueces⁷², evitando injerencias del Poder Ejecutivo que, aunque tal vez más sofisticadas, siguen estando a la orden del día.

Este fundamento del derecho como garantía de la independencia e imparcialidad judicial lo encontramos recogido en la jurisprudencia constitucional, que se ha encargado también de distinguir entre el contenido del derecho —la predeterminación legal del juez— y aquello que el derecho garantiza, aunque en ocasiones ambos elementos hayan llegado a confundirse⁷³. Así, ha afirmado el TC que “de esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta —y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”⁷⁴, y que “el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado” es la garantía de la independencia e imparcialidad de los Jueces, de acuerdo a “la interpretación sistemática entre el art. 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución”⁷⁵.

Por todo ello, el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley se constituye como un mecanismo para garantizar que los jueces que juzgarán el litigio que afecte a cualquier ciudadano serán órganos imparciales e independientes, y ello porque dichos jueces no habrán sido escogidos posteriormente al litigio, en atención a las características propias del caso o de sus protagonistas, o por intereses políticos o personales de cualquier otro tipo, sino

juicios comunes no seguirán a nuestra corte, sino que tendrán señalado un lugar fijo. 18. Los procesos en materia de *novel dissein*, *tnort d'ancestor* y *darrein presentment* se celebrarán únicamente en el condado donde hubieran ocurrido los hechos...» En el artículo 50 de la Carta concedida por Juan Sin Tierra se prevé también la garantía del juicio justo por sus pares (*iudicium parium suorum*). Asimismo, en la *Petition of Rights* de 1628 (art. 7) y en el *Bill of Rights* de 1689 (art. 1.3) se contiene la exigencia de suprimir las comisiones regias *post factum*.

⁷⁰ Fossas (2016), p. 10.

⁷¹ Díez-Picazo (1991), p. 78.

⁷² Díez-Picazo (2008), p. 435, citado en Fossas (2016), p. 10.

⁷³ Fossas (2016), p. 10: “Sin embargo, la confusión se genera en este punto cuando se sostiene que el contenido del derecho al juez legal incluye el derecho a un juez independiente e imparcial. Hasta el punto de considerar la recusación “como derecho fundamental del justiciable al juez ordinario predeterminado por la ley”.

⁷⁴ STC 47/1983, de 31 de mayo de 1983, FJ. 2º.

⁷⁵ STC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ. 4º. Como ejemplo más reciente, siempre con la misma argumentación, vid. STC 46/2022, de 24 de marzo de 2022, FJ. 5º.

conforme a unas reglas objetivas preexistentes. Es, por tanto, la preexistencia de dichas normas y, con ello, la obligación de que sea una ley anterior al caso la que determine la jurisdicción y la competencia del órgano jurisdiccional, el contenido esencial de dicho derecho⁷⁶. Este contenido, que se puede desglosar más o menos pormenorizadamente, incluye cuatro exigencias fundamentales⁷⁷: 1) la constitución legal y previa del órgano jurisdiccional⁷⁸, 2) que la ley le otorgue de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial⁷⁹ 3) la determinación legal, genérica y apriorística de la competencia y 3) la predeterminación de las normas de composición del órgano⁸⁰. Consideramos que, de estas tres exigencias, solamente la segunda de ellas podría llegar a entenderse afectada por nuestra propuesta, de modo que nos centraremos exclusivamente en ella en las líneas que siguen.

Esta exigencia, tal como ha expuesto el TC, consiste en que “la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso”⁸¹. Con ello, la Constitución pretende evitar la creación de órganos *ad hoc* y de órganos *post facto*⁸², que en realidad no se produce únicamente cuando la actuación de injerencia consiste propiamente en la constitución de un nuevo órgano para un caso concreto, sino también con la injustificada prórroga de la competencia⁸³, es decir, con la atribución a un órgano ya existente de un caso cuyo conocimiento pertenecería a otro órgano según la aplicación de las leyes de competencia. Son, por tanto, dos elementos los que nos conviene asegurar en cualquier modificación de un sistema de atribución competencial: el establecimiento de los criterios de asignación de competencia material y territorial en una norma con rango legal⁸⁴ anterior al caso a enjuiciar⁸⁵ y la generalidad de dicha norma de atribución de competencia⁸⁶.

⁷⁶ Díez-Picazo (1991), p. 76.

⁷⁷ Seguimos a Fossas (2016), p. 12.

⁷⁸ Citada por todas, STC 101/1984, de 8 de noviembre.

⁷⁹ STC 93/1988, de 24 de mayo; ATC 175/1997, de 21 de mayo de 1997.

⁸⁰ SSTC 46/2022, de 24 de marzo, 45/2022, de 23 de marzo, y 184/2021, de 28 de octubre.

⁸¹ STC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ. 2º.

⁸² Cano (2023), p. 15, Nieva (2001), p. 122.

⁸³ Es ilustrador, en este sentido, lo que explica Díez Picazo (1991) sobre el origen de las violaciones a este derecho: “Los citados textos franceses, es que especificaban que la violación de la garantía del juez legal podía producirse por «comisión», «atribución» o «avocación». Con el primer término —*comisión*— (ROMBOLI) se quería excluir la potestad de instituir *ex novo* tribunales extraordinarios para juzgar casos concretos; con el segundo —*atribución*— se quería prohibir la creación de lo que hoy denominamos tribunales especiales; con el tercer término —*avocación*— se hace referencia al supuesto de cambio de competencia respecto de un proceso en curso entre dos jueces ordinarios”.

⁸⁴ El TC lo ha afirmado categóricamente en las SSTC 101/1984 y 93/1988, sobre la base de un triple orden de argumentos: el principio de imparcialidad e independencia judicial, la existencia de una reserva de ley y la prohibición del artículo 86.1 CE.

⁸⁵ Entendemos la predeterminación como preexistencia de la norma al proceso estrictamente hablando. Vid. Díez-Picazo (1991), p. 106. En esta línea ATC 297/1995, de 6 de noviembre y STC 101/1984, de 8 de noviembre.

⁸⁶ Así lo ha entendido también la jurisprudencia europea en interpretación y aplicación del art. 6.1 CEDH. Para profundizar en la materia, vid. el reciente estudio de Cano (2023).

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, aquello que es evidente e indiscutible es la necesidad de que una norma de rango legal, y bastaría en este caso la ley ordinaria⁸⁷, establezca los criterios según los cuales los litigios deban ser distribuidos territorialmente entre los órganos objetivamente competentes. Bajo nuestro punto de vista, sería suficiente que la Ley de Enjuiciamiento Civil estableciera que el órgano competente para conocer de un litigio será aquél órgano objetiva y funcionalmente competente de entre todos los tribunales españoles que, en el momento de presentación de la demanda en la respectiva sede electrónica, tenga mayor disponibilidad para conocer del caso, según las tasas de pendencia y congestión de cada tribunal. De hecho, teniendo en cuenta la posibilidad de incorporación de variables al algoritmo encargado de realizar la distribución, la designación del tribunal competente podría atender a datos objetivos todavía más específicos que permitieran una equitativa distribución.

De este modo, se daría el cumplimiento necesario a los objetivos señalados por la STC 47/1983, de 31 de mayo FJ. 4º: “La generalidad de los criterios legales garantiza la inexistencia de Jueces *ad hoc*; la anterioridad de tales criterios respecto al planteamiento procesal del litigio garantiza que una vez determinado en concreto el Juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competenciales contenidos en las Leyes, el Juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos.” En primer lugar, el criterio indicado es suficientemente general para que no quepa la posibilidad de entender que da lugar a ningún tipo de especialización injustificada de ciertos órganos jurisdiccionales o a una discriminación fundamentada en motivos poco razonables⁸⁸. De hecho, aquello que se exige al supuesto normativo es la fijación de parámetros objetivos que consigan que la designación del juez dependa efectivamente de la norma preexistente y no de una ulterior opción discrecional de un órgano gubernativo o jurisdiccional. Además, con una correcta monitorización, los datos a tener en cuenta serían datos objetivos y comprobables por quienes tuvieran interés en conocer cuál ha sido, en cada caso, el proceso de asignación. En segundo lugar, la previsión del criterio de eficiencia y disponibilidad de trabajo estaría contenido en una norma de rango legal, de modo que el presupuesto del derecho al juez legal, esto es la existencia de una ley específica y preexistente de competencia, tendría también efectivo cumplimiento⁸⁹.

Para sostener la aceptabilidad de la propuesta anterior, somos conscientes de que es necesario descartar dos ideas que, pese a no tener justificación ni en nuestra legislación ni en la jurisprudencia que desarrolla el derecho al juez legal —más bien al contrario—, pueden seguir estando presentes en el imaginario común, y pueden ser aquellas que invitan a pensar que una propuesta

⁸⁷ Fossas (2016), p. 8. También STC 93/1988, de 24 de mayo, FJ. 5º.

⁸⁸ ATC 13/1989, de 16 de enero, FJ. 3º.

⁸⁹ STC 93/1988, de 24 de mayo, FJ. 5º: “tales normas no constituyen un “desarrollo” del derecho sino un presupuesto del derecho, cuyo “ejercicio queda garantizado por la mera aplicación en cada supuesto de las normas preexistentes atributivas de competencia”.

de tal tipo podría llegar a vulnerar las garantías del proceso. La primera de ellas es la idea de que el derecho al juez legal incluye un contenido mínimo de carácter sustantivo para las normas de competencia. Este sería, concretamente en el caso de las normas de competencia territorial, cierta proximidad geográfica a los hechos o a algunos elementos de éstos. La segunda idea es que el derecho al juez legal se dirige también a garantizar una seguridad jurídica para las partes del proceso vinculada al conocimiento cierto, previo al inicio del proceso, de cuál será el órgano que conocerá del caso. Ambas ideas son una errónea interpretación del mencionado derecho y, como veremos a continuación, no añaden necesariamente mayor idoneidad para la resolución del caso ni para el ejercicio del derecho de defensa, además de que no han sido tomadas en cuenta por la jurisprudencia o, incluso, han sido descartadas en su relación esencial con el derecho. Sin embargo, son ideas razonables y con cierto fundamento, de modo que consideramos necesario concederles un poco más de espacio.

4.3. La competencia territorial y el margen de decisión del legislador

El derecho al juez legal implica la preexistencia de normas de atribución de la competencia a los órganos jurisdiccionales, y este derecho queda garantizado en el momento en que dichas normas se aplican a cada supuesto concreto para identificar al órgano competente. Esto no significa, sin embargo, que el contenido de las normas de atribución de competencia sea inocuo y completamente indiferente. A modo de ejemplo, el legislador no puede establecer que será competente el órgano que designe la Sala de Gobierno de un tribunal, o el consejero de Justicia, pues precisamente la búsqueda de la independencia es lo que justifica la orientación de este derecho hacia la interdicción del poder discrecional de los órganos administrativos o jurisdiccionales de designar órganos competentes. Las exigencias de generalidad y taxatividad de las normas de competencia obligan a que la ley establezca criterios que, aunque suficientemente genéricos, sean también lo suficientemente cerrados. Lo explica de modo muy claro DIAZ-PICAZO en el fragmento que reproducimos a continuación:

“(…) las normas —ni siquiera infralegales— no pueden contener las soluciones concretas de todos los problemas, sino, eso sí, los criterios a través de los cuales los órganos habilitados podrán determinar al juez. Ahora bien: lo que sí deriva del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley es la interdicción de que dichas habilitaciones a órganos jurisdiccionales o gubernativos consistan en potestades discrecionales”⁹⁰.

Por tanto, la única obligación del legislador a la hora de dictar las normas de competencia es que sean genéricas y taxativas. Más allá de estas exigencias, de carácter formal, no hay fundamento constitucional que permita

⁹⁰ Díez-Picazo (1991) p. 115.

deducir otro contenido preceptivo. Esto es lo que justifica la plena constitucionalidad, por ejemplo, de la regla general de sumisión, tanto expresa como tácita, en el ámbito de la competencia territorial. Y ello en consonancia con lo establecido por la STC 101/1984, de 8 de noviembre, que en su FJ. 4º vino a confirmar que “la existencia en la Ley de la posibilidad de un pacto de sumisión por las partes en favor de un determinado órgano judicial, (...) constituyen otros tantos criterios legales preestablecidos con anterioridad al caso, y en cuanto tales forman parte de las normas competenciales que el legislador puede mantener o sustituir, pero que en cuanto estén vigentes sirven para determinar cuál es el Juez del caso”. De este modo, la sumisión de las partes no es una manifestación de la disponibilidad de este derecho en el ámbito del proceso civil, pues se trata de un derecho fundamental indisponible⁹¹. El derecho al juez predeterminado por la ley no se ve alterado en su vigencia por la posibilidad, prevista en la ley, de que las partes decidan el órgano territorialmente competente.

No existe, por tanto, ningún motivo para pensar que un criterio de distribución territorial de la competencia sea, a priori, más constitucional que otro, sino que es deber del legislador, atendiendo al contexto, a las necesidades de la Administración de Justicia y a la idoneidad en la resolución de los casos, discernir qué pautas pueden ser las más adecuadas. En este sentido, tampoco el criterio de proximidad a los hechos posee mayor apoyo constitucional que los demás. Como vimos en el segundo epígrafe, la razón de la tradicional vinculación del derecho al juez legal con el juez que posea una mayor idoneidad para conocer de cada caso, entendida como cercanía territorial, tiene su razón de ser en motivos históricos, concretamente en el derecho al juez natural como predecesor del actual derecho al juez legal. Dicha búsqueda de conexión territorial se ha materializado en criterios diferentes como el del juez del lugar de cumplimiento de la obligación, el del lugar donde están sitos los bienes o el juez del domicilio del demandado, no siendo por ello, ninguno de estos criterios, contenido esencial del derecho.

La interpretación del juez natural ha tenido mayor foro de discusión en el contexto italiano, cuya constitución consagra, en el artículo 25, el derecho al juez *natural*⁹². Sin embargo, en el contexto español este debate ha sido excluido por la propia constitución, que usa el vocablo juez legal y no juez natural, debido al conocimiento que quienes la redactaron tenían acerca de las controversias que podía conllevar el uso del término originario. Es el juez que establezca la ley, y no el juez del lugar, aquel juez predeterminado a quien

⁹¹ Ferrajoli (2004), p. 47.

⁹² Pizzorusso (1975), citado en Díez-Picazo (1991), p. 86: “La misma conduce a resultados contradictorios con la preconstitución legal, porque, a fin de cuentas, el juez será más idóneo cuanto en mayor medida dependa su determinación del caso concreto que ha de enjuiciar. En definitiva, el juez más idóneo sería el juez ad hoc, lo que significa que naturalidad y preconstitución estarían en flagrante contradicción en un mismo precepto constitucional, y dar preeminencia a la naturalidad del juez llevaría a destruir su preconstitución legislativa”.

tiene derecho quien acude a la Justicia⁹³. Por citar un ejemplo, en apoyo de esta tesis más que conocida, la STC 181/2004, de 2 de noviembre, afirmó que “la norma constitucional no tutela un pretendido derecho al juez natural, en el sentido del juez más próximo en sentido territorial al justiciable, sino un derecho al juez ordinario, lo que significa el juez establecido por el legislador y que merece un tratamiento orgánico y funcional común con el de los demás órganos jurisdiccionales” (FJ. 7º), apoyándose en la argumentación de la STC 56/1990, de 29 de marzo, que declaró de modo controvertido la constitucionalidad de la atribución de ciertas competencias penales a la Audiencia Nacional sobre el argumento de que “su impugnación tiene como punto de referencia una identificación entre el «Juez legal», «Juez natural» y Juez del *locus delicti*, que no ha sido acogida por la doctrina de este Tribunal” (FJ. 36º).

Con todo ello, es plenamente admisible que, ante las novedades del contexto tecnológico actual, nos planteemos una modificación de las normas de competencia territorial. La reforma en el modo de configurar las normas que son presupuesto de este derecho no tiene por qué implicar la erosión de aquello que la norma garantiza. Es decir, la tutela de la imparcialidad y la independencia pueden sostenerse desde modos diversos de regular dicha predeterminación legal de los órganos jurisdiccionales. Al fin y al cabo, el derecho al juez legal no es lo mismo que el derecho al juez imparcial o independiente, sino que ambos derechos están unidos por cierta relación de instrumentalidad, derivada solamente de la experiencia de que un juez predeterminado legalmente goza de mayor confianza que un juez designado *ad hoc*, sobre el cual “pesa, de entrada, la sospecha fundada de ser un juez parcial, de que el juicio no se podría desarrollar con la necesaria confianza del público y, menos aún, de las partes”⁹⁴. A lo único a lo que está atado el derecho al juez legal desde la perspectiva del juez imparcial e independiente es a la predeterminación de las leyes de competencia. Y ello, como ha avalado el TC, puede realizarse según el libre criterio del legislador, porque “la Constitución prohíbe Jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas”⁹⁵.

En cuanto a la segunda cuestión que planteábamos al final del anterior epígrafe, si la norma general de competencia territorial responde a criterios de distribución cuantitativa del trabajo, esto significa que dicha valoración se llevará a cabo según los datos de tramitación de asuntos de que el sistema disponga en el momento de iniciarse el proceso. No estando estos datos en manos de las partes en el momento de interponer la demanda, esta nueva regla conllevaría la incertidumbre acerca del concreto órgano que pudiera conocer del caso. Ante ello, serían comprensibles las reticencias, pero las mismas solamente pueden provenir de un sistema que ha asumido la dinámica de la conveniencia de los intereses de las partes como parte del juego pro-

⁹³ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ. 6º.

⁹⁴ ATC 102/2004, de 13 de abril, FJ. 5º.

⁹⁵ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ. 6º.

cesal. Y un hábito que forma parte de estas dinámicas de conveniencia es el de buscar la interposición de la demanda ante el juzgado que parezca más favorable a acoger la pretensión de quien interpone la demanda, convirtiendo la identidad del potencial juez competente en una de las variables para decidir acerca del inicio de un proceso judicial⁹⁶. Nada de ello está, en realidad, cubierto por el derecho al juez legal.

El derecho al juez predeterminado por la ley, como incansablemente hemos visto, supone el derecho a la aplicación de normas preexistentes —en este caso materializadas en un algoritmo de distribución— para la designación del juez competente, pero no incluye el derecho a conocer de modo unívoco y con carácter previo a la asignación, cuál será el concreto juez que finalmente conozca. Si esto fuera así, el actual sistema de reparto de asuntos sería inconstitucional y, en cambio, ha sido asumido por la jurisprudencia que se trata de una tarea gubernativa que no menoscaba el derecho al juez predeterminado por la ley, porque “no puede equipararse la atribución de competencia a los diversos órganos judiciales, a la que afecta la predeterminación por ley formal ex art. 24.2 de la Constitución, con el reparto o distribución del trabajo entre las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal, dotadas *ex lege* de la misma competencia material, que responde a exigencias o conveniencias de orden puramente interno y organizativo”⁹⁷. Es decir, una vez se ha podido identificar el órgano judicial ordinario en aplicación de las reglas legales de competencia, cuando exista más de uno en la misma demarcación, la elección de uno u otro dependerá de reglas que, aunque no pueden ser arbitrarias⁹⁸, escapan del ámbito del derecho al juez predeterminado por la ley. La STC 32/2004, de 8 de marzo, niega “que las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, afecten al juez legal o predeterminado por la Ley pues todos ellos gozan de la misma condición legal de Juez ordinario” (FJ. 4º)⁹⁹. Así pues, ya actualmente el conocimiento previo de la identidad del juez no es posible en muchos casos en los que el reparto entre juzgados sigue un sistema informático aleatorio¹⁰⁰ sin que, con ello, se considere vulnerado ningún derecho constitucional.

⁹⁶ Cano (2023), p. 28.

⁹⁷ ATC 13/1989, de 16 de enero, FJ. 3º.

⁹⁸ Cano (2023), p. 23.

⁹⁹ En la línea, también ATC 113/1999, de 28 de abril.

¹⁰⁰ Normas de reparto civil-partido judicial de Barcelona. Aprobadas por la CP de la Sala de Gobierno del TSJC de 23 de julio de 2019 a propuesta Junta Jueces y juezas celebrada el 4 de junio de 2019, base 4º.4. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/Actividad-del-TSJ-Cataluna/Normas-de-reparto/Normas-de-reparto-civil--Partido-judicial-de-Barcelona>.

4.4. Equiparación funcional entre las normas de competencia territorial y las normas de reparto

Una vez hemos llegado al reparto de asuntos, que podría considerarse el corolario de la distribución de los litigios, alcanzamos la cuestión última, que es la posible equiparación, en términos funcionales, de las normas de competencia territorial con las normas de reparto. El motivo por el que nos planteamos dicha cuestión proviene de la constatación de que, siendo única la jurisdicción española¹⁰¹, podemos afirmar que todos los órganos españoles que sean competentes para una materia específica y para una fase o actuación específica podrían ser jueces ordinarios, órganos potencialmente competentes para conocer del litigio, en el momento previo a la aplicación de las normas de competencia territorial. Actualmente, para discernir cuál de todos ellos es competente territorialmente, aplicamos las normas legales de competencia territorial y, tras ello, y en el caso de que sea necesario, son de aplicación las normas de reparto. Podemos decir, pues, que las normas de reparto son las normas de distribución de los asuntos entre órganos igualmente competentes en términos territoriales.

Ante esta situación, si pudiéramos aplicar una norma competencial que permitiera, no solamente discernir la demarcación judicial cuyos órganos son competentes, sino también la concreción del juzgado específico, no sería necesaria la coexistencia de normas de competencia territorial y normas de reparto. De hecho, Algún autor ya ha señalado la proximidad del mecanismo del reparto con la competencia, confirmando nuestras conclusiones con la observación de que “nada impediría, sin embargo, que una hipotética organización jurisdiccional suprimiera el reparto, subdividiendo en mayor medida las demarcaciones judiciales y, por ende, la competencia territorial. Ello demuestra que la norma de reparto es funcionalmente idéntica a la norma de competencia”¹⁰².

Lo dicho hasta el momento en relación con las normas de reparto, que implica principalmente que el instrumento normativo en el que se regulan está exento del rango legal¹⁰³, no significa que dichas normas no tengan ninguna vinculación con el derecho al juez predeterminado por la ley¹⁰⁴. Por otro lado, afirmar la flexibilidad del contenido de las normas de competencia territorial

¹⁰¹ Art. 117.3 CE.

¹⁰² Díez-Picazo (1991), p. 84.

¹⁰³ Montero (2019), p. 90. Fossas (2016), p. 25: En todo caso, de los pronunciamientos reseñados se concluiría la inexistencia de una exigencia constitucional para el legislador en relación con el reparto de asuntos entre órganos de la misma competencia, ámbito material que quedaría excluido de la determinación exigida a aquél por el art. 24.2 CE”.

¹⁰⁴ Díez-Picazo (1991), p. 83: “Afirmar que tales normas no inciden en el derecho al juez legal porque (se dice que) no tienen incidencia sobre la marcha del proceso, es decir, porque carecen de *tratamiento procesal*, es, además de una petición de principio, un error de método, porque se está partiendo de cómo son las cosas en la ley para interpretar cómo deben ser las cosas en la Constitución. (...) El

y su equiparación funcional con las actuales normas de reparto, no implica tampoco alejarlas de su necesaria vinculación con el derecho al juez predeterminado por la ley, pues debe admitirse que inciden en él directamente. De lo que se trata es de entender que, existiendo estas reglas como reglas pre-existentes y no permitiendo la injerencia en ellas de los órganos gubernativos, no se erosiona el derecho al juez legal simplemente por atender a variables dinámicas recogidas y procesadas algorítmicamente, y no a las variables tradicionales, pues el contenido esencial del derecho queda intacto. Yendo un paso más allá, la identificación plena de la función de las normas de reparto y las normas de competencia, desapareciendo las primeras, sería incluso beneficiosa para el refuerzo del derecho fundamental. Si bien la jurisprudencia ha admitido la plena admisibilidad de las normas de reparto y su delegación a decisiones gubernativas, no puede obviarse el hecho de que en ocasiones dicha potestad ha generado controversias¹⁰⁵. Al fin y al cabo, de nada serviría afirmar que es la ley la que establece cuál es el juez (*juez-órgano*) competente si, posteriormente, siguiera obrando un margen discrecional para la adjudicación del *juez-persona*, que es quien, “en definitiva, va a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse”¹⁰⁶.

La definitiva desvinculación de la competencia territorial con la conexión del hecho con una demarcación judicial específica, podría resultar algo difícil de entender años atrás, además de inoportuna por lo que respecta al acceso a la justicia. Esto es así porque la necesidad de interponer la demanda físicamente ante un órgano concreto y de desplazarse presencialmente hasta el juzgado para realizar las actuaciones convenientes, implicaba el entendimiento del organigrama judicial como un sistema fragmentado territorialmente. En cambio, en el contexto tecnológico actual, la posibilidad de una sede electrónica centralizada, a través de la que es posible la interposición de cualquier escrito, permite la concentración telemática del acceso a la justicia y, de hecho, nos devuelve a una relación con la Administración de Justicia que permite entender, de un modo mucho más patente, esa originaria única jurisdicción consagrada en el art. 117.3 CE¹⁰⁷.

plano organizativo o administrativo —no procesal— de la jurisdicción también es fundamental para el derecho al juez predeterminado por la ley”.

¹⁰⁵ Cano (2023), p. 24.

¹⁰⁶ STC 47/1983, de 31 de mayo.

¹⁰⁷ Colmenero (2007), p. 5: “sería factible que sólo un tribunal se encargara de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* y, desde el punto de vista organizativo, válido, pero desde el plano práctico sería, para un Estado de las dimensiones y población españolas, ineficaz. Ello implica dotar al sistema de Administración de Justicia de un modelo con múltiples órganos, unipersonales y colegiados, bajo una estructura piramidal orgánicamente jerarquizada”.

5. HACIA LA ELIMINACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS FUEROS DE COMPETENCIA TERRITORIAL

5.1. Reformas en el organigrama judicial

Los actuales avances y reformas tecnológicas en el marco de la Administración de Justicia, que hemos visto sucintamente, nos conducen a dos factores clave en el nuevo paradigma judicial. El primero de ellos es la concentración en el acceso a la Justicia, en cuanto esta se realiza a través de una sede electrónica en la nube, accesible desde cualquier punto del territorio español para aquel que disponga de servicios de internet. Se concentra y unifica, por tanto, la primera toma de contacto con el Poder Judicial. Por otro lado, la tecnología permite una paralela descentralización del ejercicio jurisdiccional, debido a que la falta de presencialidad o la lejanía territorial no constituyen en términos generales un obstáculo para la inmediatez, la tramitación de los procesos judiciales y la atribución de competencia territorial. Desde esta perspectiva, pierde importancia el hecho de que un tribunal se configure como el juzgado de primera instancia de Cerdanyola de Vallés, de Granollers u Hospitalet de Llobregat y pase a ser la sección 1^a, 2^a u 8^a del Tribunal de Instancia de Barcelona. Pues bien, este cambio de paradigma está en la línea y encuentra su desarrollo en las últimas propuestas de reforma de la planta judicial y de la Oficina Judicial, que veremos a continuación, y que también son el presupuesto para que un cambio en la distribución territorial de asuntos pueda encontrar mayor acogida en la práctica.

Junto con los proyectos de leyes de eficiencia procesal y tecnológica, en el marco de la Estrategia Justicia 2030 se ha impulsado también el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modificaba la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, que constituye la segunda norma de las tres previstas por el Ministerio para la eficiencia de la Administración de Justicia. El nuevo modelo contenido en esta ley tenía el objetivo de alcanzar una mayor racionalidad en el ejercicio de la jurisdicción¹⁰⁸, e implantaba 431 Tribunales de Instancia, tantos como partidos judiciales, con sus respectivas Oficinas Judiciales. Como añadido, la transformación permite ampliar la Oficina Judicial con una nueva terminal, la Oficina de Justicia en los municipios.

La razón de ser de esta nueva propuesta tiene un origen que se remonta a principios del siglo actual, y consiste en la constatación de la ineficiencia del sistema de organización de la Administración de Justicia, y de un funcionamiento por juzgados unipersonales, cada uno con su propia Oficina judicial,

¹⁰⁸ Proyecto de Ley de eficiencia organizativa, Exposición de Motivos, ap. I.

que responde a esquemas del siglo XIX. El Pacto de Estado de 2001¹⁰⁹ ya recogía un consenso muy importante acerca de la necesidad de reorganizar y modernizar la planta judicial para optimizar y racionalizar los recursos. De hecho, el principal objetivo perseguido por el proyecto de Ley de eficiencia Organizativa se contenía en términos idénticos en la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la cual se impulsó una importante reforma funcional y estructural de las Oficinas Judiciales. Según su exposición de motivos, con la Nueva Oficina Judicial se «pretende pues, ante todo, racionalizar y actualizar medios personales y materiales para una mejor y más rápida Administración de la Justicia». Avanzaba en la misma línea el frustrado Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014, que también proponía racionalizar el sistema con la “introducción del Tribunal Provincial de Instancia como nuevo órgano judicial de primer grado”¹¹⁰, en un sentido y con un objetivo idénticos a los propuestos en el último proyecto de ley¹¹¹.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la propuesta que contiene la Ley de Eficiencia Organizativa es una propuesta muy ambiciosa, y su implantación requeriría de un proceso de transición lento, de una gran inversión de recursos financieros y de una importante inversión de formación para la reorganización de los recursos humanos y la adaptación de todos los funcionarios al nuevo modelo de funcionamiento. Así lo demuestra la dificultad en la implementación de los cambios impulsados por la reforma de 2003, pues existen todavía partidos judiciales en los que no se ha implantado la nueva oficina judicial prevista en dicha ley¹¹². Lo señala de este modo el Ministerio de Justicia en la presentación del Plan de Trabajo de Tribunales de Instancia y Oficina Judicial, cuando explica que las causas de esa escasa implantación “son varias, pero sin duda alguna hay tres que, hasta ahora, han sido determinantes: la falta de correspondencia con las estructuras judiciales actuales, la poca o nula adaptación de los edificios judiciales a la necesidad de grandes espacios donde albergar los servicios comunes procesales, y la imposibilidad de tramitar íntegramente en formato digital los expedientes judiciales”¹¹³. Mencionado lo anterior, lo cierto es que ello no debería ser óbice a una reforma que es más que necesaria y que, en atención a los cambios tecnológicos actuales, es la que parece más razonable.

¹⁰⁹ Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, firmado el 28 de mayo de 2001 por el Partido Popular y el Partido Socialista. Disponible en: <https://www.juecesdemocracia.es/pdf/pactoRefJust.pdf>. [Consulta: 21 enero de 2024].

¹¹⁰ Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, 2014, Exposición de Motivos, apartado III.

¹¹¹ La exposición de Motivos exponía que “En primer lugar, la nueva organización judicial supone la desaparición del partido judicial. Los partidos judiciales tenían sentido en una época - como era el siglo XIX, cuando se pusieron las bases de la moderna Administración de Justicia en que los transportes y las comunicaciones eran difíciles y, por consiguiente, convenía una presencia territorial difusa de la judicatura. Es obvio que este presupuesto dejó de existir hace tiempo”.

¹¹² Escudero, Ferrer (2021).

¹¹³ <https://www.justicia2030.es/-/11.-tribunales-de-instancia-y-oficina-judicial>

Tal como se explica en Justicia 2030, España cuenta actualmente con 3.627 juzgados, cada uno de ellos dotado de un juez o magistrado, de un letrado de la Administración de Justicia y de un número variable de personal —en torno a ocho— al servicio de la Administración de Justicia. Todos ellos quedarían concentrados en los nuevos 431 Tribunales de Instancia. Por otro lado, actualmente existen en España unos 7.600 juzgados de paz, de los cuales 1.109 disponen de instalaciones propias y funcionarios de la Administración de Justicia prestando servicio en los mismos. La existencia de estos juzgados de paz ya no responde a necesidades jurisdiccionales efectivas, porque las competencias que históricamente se les habían atribuido han quedado reducidas a ciertas funciones auxiliares de Registro Civil y a la práctica de determinados actos de comunicación solicitados por vía de auxilio judicial¹¹⁴, estas últimas prácticamente sin sentido ante la implementación de las comunicaciones electrónicas. Toda la estructura de los juzgados de paz es la que se usaría para la implantación de las Unidades de Tramitación y Oficinas Judiciales en cada Municipio, como organización instrumental de los Tribunales de Instancia.

Ante la implementación de este nuevo organigrama judicial, sería perfectamente factible la eliminación de los fueros de competencia territorial como los conocemos actualmente. De hecho, la redefinición de estos fueros tiene lógica ante la realidad de una nueva estructura judicial que deja en un segundo plano la fragmentación territorial de la jurisdicción. ¿Qué sentido tendría, ante la concentración de la estructura judicial, seguir manteniendo viejos esquemas de circunscripción territorial en la entrada y en la asignación de los litigios? Evidentemente, la naturaleza material de muchos de los elementos del conflicto, empezando por las personas, implica que sea siempre necesaria una cierta proximidad con el servicio judicial y con los medios tecnológicos necesarios para relacionarse con el tribunal. Sin embargo, esto queda totalmente garantizado si en cada Municipio existe una Oficina Judicial, cercana al ciudadano, funcionando como extensión del órgano judicial encargado de tramitar el procedimiento.

Una última puntualización es necesaria. Sería conveniente que se prevea la posibilidad efectiva de que dichas Oficinas Judiciales con sede en cada municipio presten sus servicios y sean canal efectivo de comunicación no únicamente en relación con el Tribunal de Instancia de su partido judicial, sino con todos los Tribunales de Instancia en régimen ordinario. Ello posibilitaría la descentralización del reparto de asuntos en el ámbito de todo el territorio español y sin que ello implique trámites vinculados a procedimientos burocráticos de auxilio judicial. De este modo, un testigo o una parte podría declarar telemáticamente desde su casa o en la Oficina Judicial de su municipio, aunque el juez encargado de presidir dicha vista sea el juez del Tribunal de Instancia de un partido judicial perteneciente a otra Comunidad Autónoma. Y lo mismo, por ejemplo, con el auxilio para la presentación de escritos o la

¹¹⁴ <https://www.justicia2030.es/-/oficinas-de-justicia-en-los-municipios>

recepción de comunicaciones telemáticas. Estas Oficinas Judiciales también tienen un papel esencial para el auxilio al ciudadano, especialmente para garantizar el acceso a la justicia de personas vulnerables, que no disponen de formación técnica o recursos adecuados, y que podrían verse afectados negativamente por la brecha digital.

5.2. La garantía del derecho de defensa y otros intereses tutelables

5.2.1. *El juez del lugar como el juez más idóneo para la defensa*

Los fueros contenidos en los arts. 50 a 60 de la LEC no son ni mucho menos las únicas normas de competencia territorial de la jurisdicción civil. La propia LEC contiene preceptos a lo largo de todo su articulado que atribuyen la competencia para el caso procedimientos específicos en los que no se aplica la regla general ni es posible la sumisión de las partes, y en materias en las que se considera que ciertos intereses justifican el establecimiento de un determinado fuero. A la vez, estas previsiones interaccionan con normas de competencia territorial integradas en otras leyes como la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley de Consumidores y Usuarios o la Ley Hipotecaria. El legislador, por tanto, ha ido desarrollando las normas de distribución territorial de asuntos partiendo del fundamento de que la protección de ciertos intereses, vinculados a dichas materias o procesos, guarda vinculación con la ubicación territorial del tribunal ante el que interponer la demanda.

En los primeros epígrafes se expuso que la proximidad del tribunal en relación con el *ubi* de las partes y con el material probatorio es, principalmente, el fundamento de los fueros territoriales. Ello respondía a motivos históricos y se asentaba sobre la tradición de un proceso oral, fundamentado en la necesidad de inmediación del juez sobre los elementos físicos y en el que las pruebas testificales, que no podían realizarse de otro modo que presencialmente, eran la prueba reina del proceso¹¹⁵. La personación ante el juez era, por tanto, la única posibilidad para las partes de que su caso fuera tomado en consideración, de realizar alegaciones y de que las pruebas que justificaban sus pretensiones fuesen apreciadas por el tribunal. Es como consecuencia de esto que la cercanía con el juez, la posibilidad de realizar manifestaciones orales y la toma de contacto físico se entendieron como garantía imprescindible del derecho de defensa. Las dinámicas de los tribunales y de muchos despachos de abogados todavía están asentadas sobre los mencionados paradigmas, y parece que el escenario crucial para la defensa y para el esclarecimiento de los hechos será el momento en que el juez se siente delante de ellos a escucharles y observarles con sus propios ojos. Sin embargo, sería necesario que asumamos que esto no es así necesariamente, al menos en el ámbito del proceso civil.

¹¹⁵ Nieva (2017), p. 61.

Aunque la sensación pueda ser diferente, las partes tienen la misma oportunidad de exponer sus argumentos por vía escrita que por vía oral y así lo ha asumido el legislador, que tiende a procesos plenamente escritos. Tiene poco fundamento pensar que los jueces recuerdan todo lo dicho en audiencias y vistas y que dichas exposiciones orales son las definitivas para la resolución del caso. De hecho, la ciencia ha ido demostrando que los jueces son personas cognitivamente influenciables¹¹⁶, como las demás, por aspectos que escapan de los elementos fácticos y jurídicos del caso y que son aquellos que en general las partes buscan introducir en los actos de juicio de un modo más o menos consciente. Si el objetivo del proceso es el estudio ponderado e imparcial, por parte del juez, de los hechos acaecidos y la determinación de la correspondiente respuesta jurídica, tal vez será para el beneficio de la neutralidad del proceso que las intervenciones orales de las partes se limiten a aquellas realmente necesarias. Muchos de los procedimientos sumarios que la ley ha ido introduciendo, como el juicio verbal, buscan precisamente propiciar la omisión de dichos actos cuando no sean relevantes para el esclarecimiento del caso. Tiene sentido que así sea, pues en muchas ocasiones la vista es una repetición de aquello ya expuesto por las partes en sus escritos de alegaciones, pero dando paso a la posibilidad de impresionar al juez o ganarse su confianza mediante otras técnicas.

Por otro lado, la naturaleza propia del proceso civil y de sus objetos litigiosos supone que una gran parte de litigios pueda perfectamente resolverse con base a elementos documentales: contratos, testamentos, facturas, libros contables, correos electrónicos, documentos de pago, etc., que permiten la reconstrucción del hecho y la aplicación del derecho sin necesidad de ulteriores actos de apreciación presencial de las pruebas ni de prácticas testificales. En este sentido, otra convicción que sería bueno desterrar es aquella que nos lleva a pensar que la percepción sensorial de los elementos de la realidad nos conduce necesariamente a entender y captar la realidad tal como es. El estudio empírico del fundamento de las pruebas testificales¹¹⁷, por ejemplo, demuestra que la realidad no entra de modo automático e incólume en la mente de nadie por el hecho de haberla podido percibir sensorialmente¹¹⁸. Un complejo proceso de interpretación de la realidad se pone en marcha ante cualquier percepción, condicionado, entre otros muchos factores, por el bagaje experiencial del receptor y su campo de conocimientos, de modo que no puede decirse que sea fiable, a priori y entendiendo la verdad como adecuación a la realidad, lo que afirma la persona que percibió el hecho. Esto, además de poner en cuestión las declaraciones testificales como pruebas fiables del proceso, implica también que, en general, un juez no está en mejores condiciones de conocer un caso porque estuvo más cerca de los elementos de éste. A modo de ejemplificación, no tiene por qué entenderse más acertada la decisión de un juez que, además de valorar una prueba pericial psicossocial de

¹¹⁶ Cortada de Kohan (2008), pp. 68-73, Julià (2023), Muñoz (2011), p. 8.

¹¹⁷ Se estudia en detalle en Julià (2023).

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 58.

un menor, por ejemplo, pudo ver con sus propios ojos al menor en cuestión; o de uno que, antes o después de realizarse el peritaje sobre un edificio, pudo pasearse por dentro de él.

Obviamente, existirán ocasiones en las que sea necesaria la percepción sensorial de ciertos elementos y no baste, o no se pueda, presentárselos al juez por escrito o por medios audiovisuales. Este sería el caso de un reconocimiento judicial imprescindible, que consideramos que serán pocos existiendo peritos especializados, o de la práctica de testificales relevantes. Con todo, no hay que olvidar que para estos casos existen las videoconferencias y pueden solicitarse también actos de auxilio judicial que pueden ser mucho más rápidos con las comunicaciones telemáticas entre juzgados. Creemos que todo lo anterior permite poner en tela de juicio un presupuesto de los actuales fueros de competencia, que es aquel de que el juez del lugar es el juez más idóneo para conocer del caso y el que se presta a garantizar en mayor medida el derecho de defensa. Dicho esto, este no es el único fundamento de las actuales normas competenciales, sino que a lo largo del articulado el legislador presta atención también a otras variables de interés. Estas son, principalmente, la tutela de la parte más débil del proceso, la tutela de menores y personas con discapacidad y la eficiencia favorecida por la *perpetuatio iurisdictionis*. Vamos a analizar estos intereses con un poco más de detalle en los epígrafes siguientes, para ponderar hasta qué punto es necesario vincularlos a garantías de proximidad territorial y, por tanto, mantener dichos fueros en el ordenamiento procesal.

5.2.2. *La tutela de la parte débil*

Existen algunos procesos vinculados a relaciones jurídicas en las que se entiende que una de las partes goza de más poder frente a la otra. Cuando surgen problemáticas vinculadas a dichas relaciones, el ordenamiento suele establecer algunos preceptos favorables para la parte débil, con el objetivo de compensar la desigualdad y facilitarle el acceso a la justicia, pues se presume que tiene menores recursos jurídicos para hacer frente a la contienda. Un primer fuero de este tipo lo encontramos en acciones sobre cláusulas de condiciones generales de la contratación. El art. 52.1.14.º LEC, inciso primero, establece que en los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante¹¹⁹. Se trata de un fuero que se inspira en la protección del consumidor como parte más débil de la relación contractual¹²⁰ y tiene carácter de fuero imperativo¹²¹. En la misma línea se encuentra el fuero de las accio-

¹¹⁹ La LEC deroga y sustituye los fueros contenidos en el art. 15 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación.

¹²⁰ Circular 2/2021, de 30 de abril FGE.

¹²¹ ATS de 21 de febrero de 2018.

nes en materia de seguros, para las cuales el art. 52.2 LEC establece que será competente el tribunal del domicilio del asegurado o el que corresponda conforme a las normas de los arts. 50 y 51, a elección del demandante. También el art. 24 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que no fue derogado expresamente por la LEC, dispone que será juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrario¹²². El fundamento del fuero radica de nuevo en la protección del asegurado como parte más débil de la relación contractual.

Por poner otro ejemplo, la Circular 2/2021 de 30 de abril de la FGE también entiende que es un fuero relacionado con la protección de la parte débil el fuero para acciones en materia de ventas a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación. En este caso, de nuevo el art. 52.2 LEC indica que será competente, con carácter imperativo¹²³, el tribunal del domicilio del comprador o prestatario o el que corresponda conforme a las normas de los arts. 50 y 51 LEC, a elección del demandante¹²⁴. Pues bien, en los tres casos citados, la proximidad del demandante con el tribunal competente, el de su domicilio, podría tener sentido en aras a facilitarle la presentación de la demanda y el resto de trámites procesales. Sin embargo, es cuestionable su necesidad cuando dichas actuaciones pueden realizarse por vía telemática. Por otro lado, no supondría un problema de desigualdad entre las partes eliminar estas previsiones si la norma general aplicable no resultara el domicilio de la parte considerada dominante, sino un criterio de eficiencia según el cual se pueda atribuir la competencia a cualquier tribunal objetivamente competente. Los fueros basados en el domicilio del demandante simplemente porque la relación jurídica litigiosa implica desigualdad, carecen de sentido si la parte débil cuenta con asistencia jurídica y medios técnicos y estructurales a su alcance para acceder a la Justicia, y si el sistema no permite que sea la parte dominante de la relación la que impone sus reglas de juego procesales.

5.2.3. *La tutela de menores y personas con discapacidad*

Otro interés recurrente que inspira numerosos preceptos relativos a la competencia son aquellos vinculados a procesos o acciones en las que una parte es un menor o una persona con discapacidad. En tales supuestos, la ley está muy fragmentada en función de cuáles son las acciones que se ejercitan, pero podemos afirmar que norma general de dichos fueros legales es la proximidad del tribunal con el lugar de residencia del menor o la persona con discapacidad. Tal como indica la mencionada Circular 2/2021 FGE citan-

¹²² ATS de 9 de octubre de 2018.

¹²³ ATS de 11 de febrero de 2020.

¹²⁴ Este precepto sustituye los fueros establecidos por la Ley 28/1998, de 13 de julio de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

do el ATS de 4 de febrero de 2020¹²⁵, el ejercicio de la tutela será en general más efectivo “bajo el control del juzgado de la residencia de la persona con discapacidad y, además, posibilita el acceso efectivo de la misma a la justicia, de conformidad con el art. 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. Esta norma general de competencia del juzgado de la residencia del menor o persona con discapacidad podemos identificarlo en los procedimientos sobre cuestiones relativas a la tutela, la curatela y la guarda de hecho (art. 43 LJV)¹²⁶. En cuanto a la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se establece en el art. 42 bis a) LJV que “será competente para conocer de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad”.

También conforme a la LJV, en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad y en casos de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, “será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente” (arts. 86 y 87 LJV). Valga la pena decir que, en estos casos, la proximidad del tribunal se ha justificado a efectos de facilitar el acceso del sujeto a la Justicia, en cuanto se trata de acciones para las cuales no es preceptiva la intervención de abogado y procurador, de modo que la cercanía con el sujeto vulnerable pueda servir como vía de accesibilidad, aunque sea sólo a nivel psicológico. También en este sentido, sin embargo, la cercanía de medios técnicos y recursos humanos de apoyo en la Oficina judicial más cercana a la persona podría ser suficiente para garantizar esa accesibilidad. De hecho, generalmente las partes no acudirán a los juzgados, sino que una vez presentada la demanda, el sujeto en cuestión podrá ser examinado por un médico, que es quien tiene mayor capacidad para ello, y el informe resultante será valorado por el juez competente. La ley ni siquiera hace preceptiva en todos los casos la presencia del sujeto en el reconocimiento judicial personal o la entrevista a persona con discapacidad, cuya presencia física en el acto se establece como norma general, pero puede exceptuarse si ésta no reside en el municipio donde tenga sede el tribunal (art. 129.2 bis a), b) LEC). No hay que olvidar que, además, en caso de necesidad podría realizarse el reconocimiento mediante auxilio judicial.

Para el supuesto específico de medidas que afecten a menores cuando estén vinculadas a procedimientos matrimoniales, también la ley prevé un fuero en atención a la residencia del menor. De este modo, el art. 769.3 LEC

¹²⁵ ATS de 4 de febrero de 2020; ATS de 5 septiembre de 2012; ATS de 11 de septiembre de 2012.

¹²⁶ Artículo 43 LJV. Competencia y postulación.1. Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad.2. El órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas o revisiones posteriores, siempre que el menor o persona con discapacidad resida en la misma circunscripción.

dispone que, para conocer de las medidas paterno filiales, sobre guarda y custodia y alimentos de un menor, como regla general será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. Sin embargo, en el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor. En el caso de los procesos matrimoniales (art. 769 LEC), el tema de la competencia territorial presenta problemáticas propias debido a la itinerancia en la residencia, tanto de los cónyuges como del menor, que conlleva en muchas ocasiones el proceso de ruptura matrimonial. Es por ello que la ley establece fueros alternativos y la jurisprudencia advierte que el concepto de residencia admite, en estos supuestos, una interpretación flexible y adaptada a las circunstancias del caso¹²⁷. El interés que puede subyacer a los fueros en materia matrimonial es puramente de proximidad a las partes, fundamento que creemos que tiene poco sentido en las circunstancias actuales, teniendo en cuenta, además, que la alternatividad de fueros busca la viabilidad de interposición de la demanda, y no una lógica específica de tutela de ninguna parte débil. Es por ello que podría prescindirse de dichas normas, subsumiendo los procesos matrimoniales a la regla general. Se trata de procesos en los que suelen celebrarse vistas, pero estas podrían celebrarse por videoconferencia o presencialmente si las partes están dispuestas a desplazarse.

Cuando el proceso matrimonial implique a menores y las decisiones puedan repercutir en ellos, es posible que éstos deban intervenir de algún modo en el procedimiento. El decreto 6/2023, de 19 de diciembre, establece que “en todo caso, cuando el declarante sea menor de edad o persona sobre la que verse un procedimiento de medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad, la declaración por videoconferencia solo se podrá hacer desde una oficina judicial.” Así, aunque el proceso se esté conociendo en un tribunal diferente al del domicilio del menor, éste podrá declarar sin que existan especiales molestias vinculadas a un desplazamiento. Tiene sentido que cuando se trata de menores se quiera reforzar las condiciones de su declaración y por eso sea preceptiva la declaración desde la Oficina Judicial. Ahora bien, la protección de los menores y la evitación de cualquier traumática asociada a un proceso judicial, que es perfectamente posible al margen del proceso penal, y más en materia familiar, no está solamente vinculada a la proximidad de la sede. Como explica NIEVA FENOLL en un estudio cuyas premisas son totalmente trasladables al ámbito del proceso civil¹²⁸, es necesario acabar con los interrogatorios a menores por parte de juristas, que se guían por

¹²⁷ ATS de 29 de noviembre de 2016, ATS de 7 de mayo de 2019.

¹²⁸ Nieva (2023), p. 295: “Todavía existe una resistencia a estas alturas un tanto excesiva a proteger, no sólo al menor, sino a las víctimas en general, de las salas de justicia, e incluso a alejar a dicho menor de los abogados, particularmente de los del acusado. Se sigue partiendo de una fe absurda en los interrogatorios y se los relaciona en estos casos de una forma irracional con el derecho de defensa. Incluso los propios psicólogos se resisten a establecer hechos potencialmente probados en su dictamen como fruto de la entrevista, arguyendo que esa es una labor judicial a la que ellos son ajenos, estando limitado su dictamen a la averiguación de las condiciones de credibilidad del menor”.

premisas no científicas en la apreciación del menor y de su declaración¹²⁹, y ceder definitivamente dichas declaraciones a especialistas, psicólogos expertos en entrevistas cognitivas que pudieran obtener mejores declaraciones en un contexto distendido para el menor, así como emitir un informe mucho más acertado sobre la declaración. Una declaración videograbada, conducida por un psicólogo especializado en la Oficina Judicial más cercana al menor sería una medida mucho más garantista para el menor y suficiente para la obtención de la información relevante, que podría complementarse con una declaración del perito si esto fuese clarificador.

Como fin de este epígrafe, una última referencia a un fuero específico previsto en la ley que también podría descartarse. Se trata del contenido en el art. 771.1 LEC y que establece que “el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil ante el tribunal de su domicilio”. Este artículo se justifica en las “especiales facilidades que han de concederse a quien plantea la demanda ante una perentoria necesidad de regular provisionalmente una situación familiar generada tras la separación de hecho”¹³⁰, situación en la que es común que uno de los cónyuges traslade su domicilio a otro lugar distinto al del domicilio común. Un argumento razonable para la defensa de este fuero es el hecho de que para la solicitud de dichas medidas no se exige la intervención de procurador y abogado, de modo que puede ser una facilidad para el requirente de la medida el poder dirigirse al tribunal de su domicilio. Sin embargo, este argumento no es definitivo, pues sería posible que la persona se dirigiera a la Oficina Judicial más próxima para solicitar apoyo en la interposición de cualquier solicitud, sin que se requiera, con ello, la competencia del tribunal del domicilio. La cercanía de la Oficina Judicial podría ser suficiente para facilitar la accesibilidad.

Por otro lado, siendo medidas que pueden solicitarse previamente al inicio del proceso judicial, podría parecer necesaria algún tipo de vinculación del juez competente con los elementos del caso. Sin embargo, tampoco creemos que este argumento se sostenga. Siendo probable que el juez de las medidas no vaya a ser el mismo que el que conozca del asunto principal, nada apunta a que el juez del domicilio del demandante vaya a estar en condiciones más idóneas para resolver sobre aquellas que cualquier otro juez al que pueda aportarse la misma información. En cambio, cuando las medidas se soliciten posteriormente a la presentación de la demanda principal, está en línea con la economía procesal que siga vigente el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* y que se asigne al juez del litigio principal la decisión sobre dichas medidas.

En línea con esto último, otro tipo fueros que se establecen también de forma fragmentada a lo largo del articulado de la LEC y en otras leyes aplicables son aquellos vinculados al principio de la *perpetuatio iurisdictionis*

¹²⁹ *Ibíd.*, p. 297.

¹³⁰ Circular 1/2021 de 30 de abril, FGE.

(art. 411 LEC). A pesar de que identifican, también en términos territoriales, el tribunal competente, no los abordamos en este estudio porque no son en realidad normas de competencia territorial. Se trata de normas de competencia funcional, pues atribuyen la competencia a un determinado tribunal no en función del lugar en el que se encuentra, sino en función de aquello sobre lo que ya está conociendo. Así, por ejemplo, el art. 775.1 LEC sobre modificación de medidas de apoyo a menores o personas con discapacidad, el art. 545.1 LEC para las resoluciones susceptibles de ejecución forzosa, el art. 807 LEC para los procedimientos de liquidación del régimen económico-matrimonial, el art. 165.1. 6ª de la Ley Hipotecaria, o los arts. 86.2 y 87.2 LJV, sobre patria potestad y ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad. En todos estos supuestos, la ley atribuye competencia al tribunal que conoce o conoció del litigio principal, y que emitió la resolución que sirve de base a las posteriores pretensiones. Este principio es plenamente razonable, compatible con todo lo expuesto anteriormente, y facilita una mayor eficiencia, pues el tribunal al que se atribuye la competencia es el que está en mejores condiciones para disponer con mayor inmediatez de las resoluciones vinculadas al caso y de los expedientes del proceso principal.

5.3. LA COEXISTENCIA CON LOS FUEROS DE DOBLE VALENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Las normas de competencia territorial de derecho interno no son las únicas que actualmente rigen la distribución territorial de los asuntos, sino que, dado el carácter transnacional de muchos de los litigios y sus elementos, así como la coexistencia de instrumentos normativos supranacionales sobre competencia judicial internacional¹³¹, a la aplicación de los fueros internos se añaden las normas contenidas en dichos instrumentos. Concretamente, son los fueros de competencia territorial, contenidos en los reglamentos europeos, aquellos que han podido generar mayores dudas sobre la interacción entre los diversos niveles normativos. De este modo, si bien en un primer momento se entendió que el objetivo específico de dichos reglamentos consistía en la identificación de la jurisdicción competente a nivel estatal, basada en criterios de proximidad y previsibilidad¹³², lo cierto es que la concreción de ciertos fueros de competencia del derecho internacional privado, necesariamente vinculada a elementos territoriales y que en ocasiones dirigen a una pluralidad de fueros competentes dentro de un mismo estado, han generado un cúmulo de jurisprudencia, tanto nacional como europea¹³³ acerca de la

¹³¹ Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012; Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019; Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, entre otros.

¹³² STJUE de 9 de julio de 2009, asunto C204/08, caso *Peter Rehder*, FJ. 45.

¹³³ STJUE de 18 diciembre 2014, asuntos C400/13 y C408/13, caso *Sophia Marie Nicole Sanders*, FJ. 30: "El artículo 3, letra b), del Reglamento n° 4/2009 determina el criterio que permite identificar

doble valencia o carácter mixto de dichas normas. Esto significa que, progresivamente, se ha ido aceptando que estas normas son válidas no solamente para identificar el Estado miembro cuyos tribunales conocerán del asunto porque en ellos se acredita el punto de conexión de la norma, sino también la demarcación judicial específica, postura que ha sido también defendida por una parte importante de la doctrina¹³⁴.

En relación con esta cuestión, la jurisprudencia española no ha sido uniforme, y podemos encontrar sentencias que se contradicen sobre este aspecto. Si bien el TJUE en numerosas ocasiones ha afirmado la doble valencia de los fueros de competencia¹³⁵, postura que en general simplifica la problemática¹³⁶, existen también pronunciamientos del TS, sobre todo en forma de auto, en los que se niega la doble valencia de los fueros de competencia internacional como normas también de competencia territorial y que, por tanto, se remiten a normas de derecho interno para la individualización de la demarcación judicial competente¹³⁷. Así, por ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2019¹³⁸, en un caso sobre prácticas anticompetitivas en el ámbito del cártel de los camiones, afirmó que el artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012 no podía entenderse como una norma de competencia judicial mixta, sino que “la competencia territorial se ha de determinar por la normativa procesal interna de cada Estado miembro”¹³⁹.

Parece, sin embargo, que la jurisprudencia está evolucionando definitivamente hacia la interpretación del carácter mixto de las normas de competencia internacional contenidas en reglamentos europeos. Como decíamos, el TJUE lleva años asentando dicha interpretación, sobre todo a propósito de la resolución de cuestiones prejudiciales presentadas por tribunales de los diferentes estados miembros. En la STJUE de 9 de julio de 2009, en el *Caso Peter Rehder* sobre los fueros alternativos en material contractual, citaba reiteradamente la anterior sentencia STJUE de 3 de mayo de 2007, en el *Caso Color Drack* y dejaba sentado que “en caso de pluralidad de lugares de prestación de servicios en distintos Estados miembros, debe determinarse

el órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre los litigios transfronterizos relativos a obligaciones de alimentos, a saber, «el lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual». Esta disposición, que determina tanto la competencia internacional como la competencia territorial, tiene por objeto unificar las reglas de conflicto de jurisdicción (véase, por analogía, la STJUE 3 de mayo de 2007, C-386/05, caso *Color Drack*, apartado 30)”.

¹³⁴ Gómez (2019), Ybarra (2022), Castellanos (2011, 2017), Valverde (2020), p. 773.

¹³⁵ STJUE de 3 de mayo de 2007, asunto C-386/05, caso *Color Drack*, FJ. 30: “En cuanto al artículo 5, número 1, letra b), primer guion, del Reglamento n° 44/2001, que determina tanto la competencia internacional como la territorial, esta disposición tiene por objeto unificar las reglas de conflicto de jurisdicción y, por consiguiente, determinar directamente el foro competente sin realizar una remisión a las reglas internas de los Estados miembros”. También STJUE de 9 de julio de 2009, asunto C204/08, caso *Peter Rehder*, FJ. 35-38.

¹³⁶ Valverde (2020), p. 772.

¹³⁷ ATS de 17 septiembre 2019, ATS de 22 octubre 2019, ATS de 5 noviembre 2019, ATS 12 noviembre 2019, que resuelven sobre cuestiones de competencia en casos con elemento extranjero aplicando, a la par que los fueros del derecho europeo, normas internas de competencia territorial.

¹³⁸ Casamayor (2021), p. 117.

¹³⁹ *Ibidem*.

asimismo qué lugar garantiza la vinculación más estrecha entre el contrato de que se trate y el órgano jurisdiccional competente, en particular aquel en el que, en virtud del contrato, deba efectuarse la principal prestación de servicios.” Delimitando pues, la interpretación que debía darse a dicho artículo para la resolución de problemáticas causadas por la pluralidad de fueros competentes en un mismo estado, aseveraba la necesidad de aplicar el derecho europeo en cuestiones también de competencia territorial a nivel interno. La misma línea interpretativa se estableció en la más reciente STJUE de 15 de julio de 2021, *Caso RH v. Volvo*, cuando afirmaba que el artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012 “atribuye directa e inmediatamente tanto la competencia internacional como la competencia territorial al órgano jurisdiccional del lugar donde haya sobrevenido el daño”. Finalmente, el TS acató dicha interpretación en el ATS de 7 de octubre 2021, corrigiendo expresamente, con ello, su anterior pronunciamiento sobre la misma temática en el sector del cártel de los camiones¹⁴⁰.

Siendo así lo anterior, la eliminación de las normas sobre competencia territorial actuales podría generar dudas en relación con los casos vinculados al derecho internacional privado, en el sentido de que coexistirían dos regímenes de distribución territorial de los litigios basados en criterios totalmente diferentes. Aunque los criterios utilizados puedan preverse según lógicas diferentes, lo cierto es que las normas de competencia judicial internacional previstas en los reglamentos usan puntos de conexión similares a aquellos actualmente previstos en las normas de competencia territorial de la LEC, como el domicilio de demandante o demandado, el lugar de residencia de las partes, el lugar de cumplimiento de la obligación o el lugar de ubicación de los bienes objeto de litigio. Tiene sentido que así sea, pues se trata de discernir cuál es la jurisdicción competente entre varios estados, para lo cual el criterio de proximidad de los elementos del litigio es plenamente razonable. La decisión sobre la jurisdicción competente es de esencial importancia en el plano supraestatal, por las consecuencias directas que dicha determinación conlleva sobre elementos cruciales como la ley aplicable al caso o los concretos canales procedimentales, cosa que no sucede a nivel interno.

Dicho esto, no hay nada en esta realidad que dificulte que los criterios por los cuales se regula la competencia territorial interna española respondan a variables de otra naturaleza, como la valoración de la carga de trabajo de los tribunales. De hecho, la eliminación de los fueros de competencia territorial actual podría incluso ser beneficiosa en términos de claridad cuando entra en juego la normativa europea, porque la experiencia jurisprudencial de los últimos años ha demostrado que las normas de derecho interno, en aplicación simultánea con las normas internacionales, han causado incoherencias y mu-

¹⁴⁰ ATS de 7 de octubre de 2021: “Con carácter previo, la sala considera imprescindible poner de manifiesto que los criterios generales de examen de competencia territorial que hasta ahora veníamos aplicando a este tipo de reclamaciones (acciones por indemnización de daños derivados de infracción del Derecho de la competencia), han quedado afectados por la interpretación que sobre esta cuestión ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 15 de julio de 2021”.

cha ambigüedad en el resultado final sobre el fuero competente, dando lugar, por ejemplo, a derogaciones indirectas e injustificadas de los fueros reglamentarios¹⁴¹. Las normas de competencia territorial interna son totalmente autónomas con respecto a las normas del derecho europeo sin que de ello se derive ninguna dificultad añadida. Todo ello por dos motivos principales: el primero de ellos porque, debido a la primacía del derecho europeo, el derecho interno será, en casos en los que dichos reglamentos entren en juego, simplemente inaplicable. En segundo lugar, porque la mencionada interpretación jurisprudencial actual sobre el carácter mixto de los fueros europeos de competencia internacional implicará de nuevo que sean los criterios contenidos en estas normas los que individualicen la demarcación judicial competente.

El resultado de lo anterior será que deberá conocer del caso el tribunal objetivamente competente que se encuentre en la unidad territorial más cercana al lugar donde se verifique el punto de conexión. Pues bien, una vez aplicada la norma europea también para la delimitación de la demarcación judicial cuyos órganos deben conocer, la atribución a unos u otros en el caso de que existiera una pluralidad de tribunales competentes en ese territorio se realizaría según las normas de derecho interno que se utilizan para la distribución de los casos. Esta posterior remisión complementaria al derecho interno la refuerza la STJUE 18 diciembre 2014 del caso *Sophia Marie Nicole Sanders*, que avalaba la doble valencia de las normas europeas, pero a la vez, en su FJº. 31, observaba que “aunque el artículo 3, letra b), del Reglamento nº 4/2009 determina la competencia internacional y territorial de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los litigios transfronterizos relativos a los créditos alimenticios, incumbe únicamente a los Estados miembros, en el marco de su organización jurisdiccional, identificar el órgano jurisdiccional concretamente competente para resolver tales litigios y definir la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales del lugar de residencia habitual del acreedor en el sentido del artículo 3, letra b), del Reglamento nº 4/2009”.

Por todo lo anterior, este epígrafe podría ser prescindible, si bien lo apuntamos en aras a un mayor desarrollo de nuestra propuesta, y con el objetivo de afianzar que la discusión sobre las normas de competencia territorial contenidas en reglamentos europeos como normas de carácter mixto o bien como normas de carácter estricto no afecta a un cambio en la proyección de las normas de competencia territorial españolas, ni tampoco a una reestructuración del organigrama judicial. En el caso de que éstas se interpreten únicamente como normas indicadoras de la jurisdicción competente, la distribución interna se realizaría posteriormente siguiendo las mismas pautas que para el resto de casos internos, en aplicación de las disposiciones legales oportunas. En cambio, si éstos se interpretan como normas de doble valencia, lo que nos parece más acorde con el actual estado de la cuestión, el derecho interno cedería ante el derecho europeo en materia de competencia territorial, y debería respetarse lo que estos reglamentos establecen, aunque

¹⁴¹ Ybarra (2022).

implique una distribución territorial diferente, siempre respetando el propio organigrama judicial interno. Por otro lado, la doctrina ya ha señalado algo a lo que la jurisprudencia europea está saliendo al paso constantemente: las normas de jurisdicción internacional de la normativa europea contienen fueros que causan numerosos problemas en su aplicación. Aunque se escapa del objeto de este trabajo, podría ser interesante abrir un debate acerca de la posibilidad de replantear y unificar, también desde criterios de mayor eficiencia, dichas normas competenciales en el seno de la Unión.

6. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha cuestionado la necesidad de la mantener las normas de competencia territorial en la jurisdicción civil según los planteamientos tradicionales, que priorizan los criterios de proximidad territorial sobre otros criterios de eficiencia procesal. Las facilidades actuales en los desplazamientos y los profundos cambios en la transmisión y gestión de la información que ha comportado la revolución digital y su progresiva incorporación a la administración de Justicia nos permiten proyectar dichas normas partiendo de un paradigma muy diferente al que reinaba cuando las normas actuales se previeron, en el siglo XIX. Hemos identificado los intereses relacionados con la optimización del proceso y el derecho de defensa que subyacen a los fueros actuales, concluyendo que en términos generales ya no es necesaria la proximidad territorial de los tribunales para la consecución de la mayoría de ellos.

Hoy en día, con la puesta en marcha de las medidas de eficiencia procesal y digital aprobadas en el Real Decreto-Ley 6/2023, y en la línea de las propuestas para una reorganización de la Planta Judicial, sería posible establecer, como norma general para la distribución de litigios civiles, un criterio parecido a los que actualmente rigen en las normas de reparto, basado en datos objetivos de carga de trabajo de los tribunales y de recursos humanos a su disposición. La incorporación de estas modificaciones no supondría un menoscabo al derecho al juez predeterminado por la Ley, siempre y cuando siguiera previsto en la ley, el sistema informático de distribución estuviera sujeto a la debida publicidad y control, y los datos determinantes del proceso de asignación pudieran ser conocidos por los interesados.

Uno de los beneficios a los que nos conduce este sistema es el de la simplificación de la primera fase del proceso, que en muchas ocasiones es la puerta de entrada de dilaciones innecesarias. No recaería en las partes el trabajo de identificación del órgano territorialmente competente, ni se daría lugar a la actual cadena de impugnaciones de la competencia ocasionada, más que por mala fe de las partes, por la confusión y fragmentación de normas. Por otro lado, la generalización del expediente electrónico y de los actos procesales telemáticos provee la base sobre la que el alejamiento geográfico del tribunal respecto de las partes o de los elementos probatorios podría ser inocuo a

efectos del principio de intermediación. La unificación de criterios, la concentración telemática en la presentación de demandas y la descentralización en el trabajo judicial nos parecen elementos de eficiencia del proceso que son técnica y legislativamente viables. Dicho lo anterior, cabe reconocer que, en esta evolución hacia la justicia online, es imprescindible una labor previa de formación técnica y de implantación de mecanismos y protocolos de seguridad, para que dicha traslación a la nube no sea precipitada y no implique una efectiva pérdida de fiabilidad del sistema.

A la luz de la investigación realizada, la imparcialidad y la independencia de los jueces también podrían verse positivamente reforzadas por este cambio de paradigma. Por un lado, la predeterminación y objetivación de los criterios de competencia alejaría definitivamente la injerencia de órganos gubernativos en la asignación de casos, porque también las normas de reparto podrían quedar subsumidas dentro de un sistema objetivo de distribución de la competencia territorial. Pero no solo eso, sino que podríamos acabar definitivamente con las actuales corruptelas derivadas de la cercanía de los jueces a las partes y a sus abogados. La distancia del juez que conozca el caso con respecto al lugar donde se encuentran los interesados podría reducir drásticamente el poder de influencia de las partes en el tribunal. Tradicionalmente se ha considerado que el juez del lugar, por tener mayor conocimiento del contexto, de la realidad social e incluso de las partes, estaba en mejores condiciones para conocer del caso. Sin embargo, la historia y la experiencia demuestran que precisamente el desconocimiento y la distancia con todos estos elementos pueden permitir que el juez conozca y decida en atención a los elementos fácticos y jurídicos efectivamente aportados por las partes, sin influencias o presiones de otro tipo.

7. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS

- Blume, W.W. (1944). The place of trial of criminal cases: constitutional vicinage and venue. *Michigane Law Review*, 43(1), 59-94.
- Cano Fernández, S. (2023). Los fraudes a la predeterminación legal de los órganos jurisdiccionales. *Anales de derecho*, (40), 1-39.
- (2022) Los juzgados de violencia sobre la mujer y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. *Revista Internacional Consinter de Direito*, 8(15), 311-323.
- Casamayor Zubeldia, E. (2021). Comentario del auto del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2021 (209/2021): Aplicación de las normas de competencia judicial del Reglamento 1215/2012 a acciones de daños derivadas de infracciones del derecho de la competencia. En Yzquierdo Tolsada, M. (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, vol. 13, (pp. 102-120). Dykinson.
- Castellanos Ruiz, E. (2011). La obligación de alimentos en Derecho internacional privado. En Izquierdo, M., Cuenca, M., (dirs.). *Tratado de Derecho de La Familia*, vol. 1, (pp. 319-426). Aranzandi.
- (2017). *Derecho de Alimentos. Aspectos Internacionales y Transfronterizos*. Tirant lo Blanch.
- Colmenero Guerra, J.A. (2007). Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 50 a 60: De la competencia territorial. *InDret*, (3).

- Cortada De Kohan, N. (2008). Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones. *International Journal of Psychological Research*, (1)1, 68-73.
- De Paula Ramos, V. (2019). *La prueba testifical: del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*. Marcial Pons.
- Del Pozo Pérez, M. (2005). El juez de violencia sobre la mujer: creación y competencia en el orden jurisdiccional penal. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (9), 139-172.
- Díez-Picazo Giménez, I. (1991). El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (11)31, 75-124.
- Diges, M. (1997). *Los falsos recuerdos*. Ediciones Paidós.
- Escudero Moratalla, J.F., Ferrer Adroher, M. (2021). Organización y Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de la Justicia. *Diario La Ley*, (9854).
- Fach Gómez, K. (2023). *The Technological Competence of Arbitrators: A Comparative and International Legal Study*. Springer.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Fossas Espadaler, E. (2016). Legislador y derecho fundamental al juez legal, *InDret*, (2), 1-31.
- Gómez Jene, M. (2019). Competencia judicial internacional y litigación Camiones: sobre la aplicación del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I refundido. *Diario La Ley* (9410).
- Gómez Orbaneja, E. (1969). La competencia (I). En Gómez Orbaneja, E., Herce Quemada, V. (eds.) *Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General* (6º ed.). Artes Gráficas y Ediciones.
- Gutiérrez Barrenengoa, A. (2009). La competencia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer. *Estudios de Deusto*, 57(1), 87-137.
- Julià Pijoan, M. (2023). Un análisis del fundamento de la declaración del testigo ocular como medio de prueba, a partir de la investigación empírica. *Ius et Praxis*, 29(2), 44-63.
- Kalt, B. (2005). Crossing Eight Mile: Juries of the Vicinage and County-Line Criminal Buffer Statutes. *Washington Law Review*, 80(2), 271-334.
- Langbein, J. (2012). Bifurcation and the bench: the influence of the jury on English conceptions of the judiciary. En Brand, P., Getzler, J. (eds.). *Judges and judging in the history of Common Law and Civil Law: from Anquity to Modern times*. Cambridge University Press.
- Manzanero Puebla, A. (2010). *Memoria de testigos*. Ediciones Pirámide.
- (2008). *Psicología del testimonio*. Ediciones Pirámide.
- Mazzoni, G. (2010). ¿Se puede creer a un testigo? Editorial Trotta.
- (2015). *Psicología della testimonianza*. Carocci Editore.
- Montero Aroca, J. (2019). *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Tirant lo Blanch.
- Moreno Catena, V. (2005). La competencia. En Cortés Domínguez, V., Moreno Catena, V. (eds.). *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Tirant lo Blanch.
- Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret*, (2).
- Nieva Fenoll, J. (2023). El interrogatorio de menores: una prueba —a veces pericial— a evitar. *InDret*, (1).
- (2020). La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia). *Ius et Praxis*, 26(3), 157-171.
- (2018). Repensando Daubert. *Civil Procedure Review*, 9(1), 11-26.
- (2017). La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba. *Ars Iuris Salmanticensis*, 5(1), 57-76.
- (2015). *Derecho procesal II. Proceso civil*. Marcial Pons.

- Picó i Junoy, J. (2017). *Peritaje y prueba pericial*. Bosch Editor.
- Pizzorusso, A. (1975) Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1.
- Resnik, J. (1982). Managerial Judges. *Harvard Law Review*, 96(2), 374-448.
- Valverde Martínez, M. J. (2020). Competencia en la modificación por tribunales españoles de medidas relativas a alimentos establecidas por tribunales extranjeros. Comentario al auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), 763-775.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.
- Ybarra Bores, A. (2022). Los tribunales españoles y el Derecho internacional privado: Una relación compleja. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(2), 871-899.

Jurisprudencia citada

Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC 46/2022, de 24 de marzo de 2022, Magistrado Ponente Don Santiago Martínez Vares García, Recurso de amparo 1599/2020, ECLI:ES:TC:2022:46, FJ. 5º.
- STC 45/2022, de 23 de marzo de 2022, Magistrado Ponente Don Pedro José González-Trevijano Sánchez, Recurso de amparo 1621/2020, ECLI:ES:TC:2022:45;
- STC 184/2021, de 28 de octubre de 2021. Magistrado Ponente Don Ricardo Enríquez Sancho. Recurso de amparo 1011-2020, ECLI:ES:TC:2021:184.
- STC 32/2004 de 8 de marzo de 2004. Magistrado Ponente Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Recurso de amparo 2856-1999, ECLI:ES:TC:2004:32.
- STC 181/2004, de 2 de noviembre de 2004, Magistrada Ponente Doña María Emilia Casas Baamonde, Recurso de amparo 3134/1999, ECLI:ES:TC:2004:181.
- STC 56/1990, de 29 de marzo de 1990, Magistrado Ponente Don Eugenio Díaz Eimil, Don Luis López Guerra y Don Vicente Gimeno Sendra, Recursos acumulados de inconstitucionalidad 859, 861, 864 y 870/1985, ECLI:ES:TC:1990:56.
- STC 93/1988, de 24 de mayo de 1988, Magistrado Ponente Don Luis López Guerra, Cuestión de inconstitucionalidad 213-1985, ECLI:ES:TC:1988:93.
- STC 199/1987, de 16 de diciembre de 1987, Magistrado Ponente Don Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, Recursos de inconstitucionalidad acumulados 285-1985, 292-1985, ECLI:ES:TC:1987:199.
- STC 101/1984, de 8 de noviembre de 1984, Magistrado Ponente Don Francisco Tomás y Valiente, Recurso de amparo 769/1983, ECLI:ES:TC:1984:101.
- STC 47/1983, de 31 de mayo de 1983, Magistrada Ponente Doña Gloria Begué Cantón, Recurso de amparo 148/1981, ECLI:ES:TC:1983:47.

Autos del Tribunal Constitucional

- ATC 102/2004, de 13 de abril de 2004. Cuestión de inconstitucionalidad 4311-2001, ECLI:ES:TC:2004:102A.
- ATC 113/1999, de 28 de abril de 1999. Recurso de amparo 3105/1998, ECLI:ES:TC:1999:113A.
- ATC 175/1997, de 21 de mayo de 1997. Recurso de amparo 2538/1996, ECLI:ES:TC:1997:175A.
- ATC 297/1995, de 6 de noviembre de 1995. Recurso de amparo 2297/1993, ECLI:ES:TC:1995:297A.
- ATC 13/1989, de 16 de enero de 1989. Recurso de amparo 1032/1988, ECLI:ES:TC:1989:13A.

Autos del Tribunal Supremo

ATS 13327/2021 de 7 de octubre de 2021. Recurso 209/2021, ECLI:ES:TS:2021:13327A.
ATS 1278/2020 de 11 de febrero de 2020. Recurso 343/2019, ECLI:ES:TS:2020:1278A.
ATS 1737/2020, de 4 de febrero de 2020. Recurso 350/2019, ECLI:ES:TS:2020:1737A.
ATS 4880/2019, de 7 de mayo de 2019. Recurso 54/2019, ECLI:ES:TS:2019:4880A.
ATS 9225/2019, de 17 septiembre 2019. Recurso 125/2019, ECLI:ES:TS:2019:9225A.
ATS 10921/2019, de 22 octubre 2019. Recurso 212/2019, ECLI:ES:TS:2019:10921A.
ATS 11489/2019, de 5 noviembre 2019. Recurso 211/2019, ECLI:ES:TS:2019:11489A.
ATS 12031/2019, de 5 noviembre 2019. Recurso 248/2019, ECLI:ES:TS:2019:12031A.
ATS 11939/2019, de 12 noviembre 2019. Recurso 249/2019, ECLI:ES:TS:2019:11930A.
ATS 10392/2018, de 9 de octubre de 2018. Recurso 182/2018, ECLI:ES:TS:2018:10392A.

Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 18 diciembre 2014, asuntos acumulados C 400/13 y C 408/13. Caso *Sophia Marie Nicole Sanders*. ECLI:EU:C:2014:2461.
STJUE de 9 de julio de 2009, asunto C 204/08. Caso *Peter Rehder contra Air Baltic Corporation*. ECLI:EU:C:2009:439.
STJUE 3 de mayo de 2007, asunto C-386/05. Caso *Color Drack GmbH contra Lexx International Vertriebs GmbH*. ECLI:EU:C:2007:262.

GLI INCARICHI DIRIGENZIALI DELLA MAGISTRATURA E LA PARTECIPAZIONE DELLE ASSOCIAZIONI DEI MAGISTRATI AL LORO CONFERIMENTO

THE MANAGERIAL POSITIONS IN THE JUDICIARY AND THE PARTICIPATION
OF JUDGES' ASSOCIATIONS IN THEIR APPOINTMENT

Giuseppe Eduardo Polizzi

Universidad Complutense de Madrid

Investigador María Zambrano

<https://orcid.org/0000-0003-3179-1717>

RIASSUNTO: Nel corso della 18ª Legislatura italiana si è tornati a dibattere del ruolo delle associazioni dei magistrati nel processo di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi. Nonostante le riforme del periodo 2005-2007 mirassero a risolvere il problema del “correntismo”, ovvero l’influenza di associazioni interne alla magistratura, il fenomeno persiste. La legge n. 71 del 2022 ha cercato di affrontare alcune delle criticità legate alla nomina dei magistrati, ma vari problemi sono rimasti o ne sono emersi di nuovi. Nel parere n. 23 del 2020, il CCJE ha proposto che la partecipazione delle associazioni dei magistrati alle decisioni sulla carriera dei magistrati possa essere uno strumento per promuovere l’indipendenza dei singoli magistrati e, quindi, di tutto il potere giudiziario. Questa proposta si basa sull’idea che un coinvolgimento equilibrato delle associazioni possa contribuire alla trasparenza e all’integrità del processo di nomina, difendendo lo stato di diritto.

PAROLE CHIAVE: magistratura, associazionismo dei magistrati, incarichi giudiziari, potere giudiziario, riforma Cartabia.

ABSTRACT: During the 18th Italian Legislature, one of the significant issues has been the role of magistrates’ associations in the process of conferring managerial and semi-managerial positions. Despite the reforms of 2005-2007 aimed at resolving the problem of “factionalism” or the influence of internal associations within the judiciary, this phenomenon persists. Law No. 71 of 2022 sought to address some of the critical issues related to the appointment of magistrates, but various problems have remained or new ones have emerged. In Opinion No. 23 of 2020, the CCJE proposed that the participation of magistrates’ associations in

decisions regarding the careers of magistrates could be a tool to promote the independence of individual magistrates and, consequently, the entire judiciary. This proposal is based on the idea that balanced involvement of associations could contribute to the transparency and integrity of the appointment process, defending the rule of law.

KEYWORDS: judiciary, judges' associations, judicial appointments, judicial power, Cartabia reform.

SOMMARIO: 1. PREMESSA.— 2. I PRINCIPI COSTITUZIONALI NELLA MATERIA DEGLI INCARICHI DIRIGENZIALI: LA RISERVA DI LEGGE E LA NATURA “DIFFUSA” DEL POTERE GIUDIZIARIO.— 3. SNODI PROBLEMATICI: L'ANZIANITÀ DI SERVIZIO E GLI INCARICHI FUORI RUOLO.— 4. STRUMENTI DI DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA NEL PROCEDIMENTO DI VALUTAZIONE DEL MAGISTRATO: LA PARTECIPAZIONE DEI PROFESSORI UNIVERSITARI E DEGLI AVVOCATI.— 5. ... E LE ASSOCIAZIONI DEI MAGISTRATI? OSSERVAZIONI.— 6. A MODO DI CONCLUSIONE.

1. PREMESSA

Quando si parla di “correntismo” nel contesto degli incarichi dirigenziali, si fa riferimento alla situazione in cui l’adesione di un magistrato a una specifica associazione della magistratura diventa il fattore determinante nella selezione dei candidati, piuttosto che la competenza e l’esperienza rispetto al ruolo da ricoprire. Questo fenomeno può portare a diverse problematiche¹. Da un lato, decisioni di nomina influenzate da logiche di appartenenza non producono una distorsione circoscritta, generano anzi un “sistema” di favoritismi e clientelismo all’interno della magistratura. D’altro lato, il processo di nomina può diventare opaco, con decisioni che appaiono arbitrarie e non basate su criteri chiari e trasparenti, sicché, a lungo termine, la scelta di dirigenti non basata sul merito può portare a una riduzione dell’efficienza e dell’efficacia dell’amministrazione della giustizia. Ciò, peraltro, può comportare che il percepito influsso delle correnti nelle nomine mini la fiducia dei cittadini nell’imparzialità e nell’indipendenza della magistratura. Senza contare, infine, che la predominanza delle logiche di corrente può accentuare le divisioni interne alla magistratura, creando un clima di competizione e conflitto piuttosto che di collaborazione.

Il tema è effettivamente centrale nel dibattito dottrinale italiano in ambito pubblicistico. La questione riguarda l’importanza di un intervento che ponga al centro degli incarichi giudiziari la dimensione etica della funzione giurisdizionale, specialmente in un contesto specifico dove i magistrati sono chiamati a svolgere ruoli amministrativi all’interno dell’amministrazione giudiziaria². Le funzioni amministrative sono essenziali non solo per la tutela

¹ Sulle correnti, in una prospettiva storico-costituzionale v. Moroni (2005), pp. 91-103; Scarselli (2013), pp. 121-128; Guarnieri (1996); Giallongo e Proto Pisani (2020), pp. 1265-1274; Proto Pisani (2019), 301 – 310; Campanelli (2022), p. 65.

² Rossi (2019), pp. 44-57; Benvenuti (2020), pp. 43-46. Su questo punto, v., inoltre, il messaggio rivolto al Parlamento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, Palazzo Montecitorio, Roma, 3 febbraio 2022, il cui testo è pubblicato sul sito www.quirinale.it. Per una ricostruzione dei lavori

dello *status* dei magistrati e della magistratura, ma anche per assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione della giustizia³. E in tal senso, la funzione giurisdizionale non può essere isolata dalle funzioni amministrative, poiché entrambe concorrono al raggiungimento di un sistema giudiziario giusto ed efficiente.

La riforma più recente che ha modificato la disciplina degli incarichi giudiziari è rappresentata dalla legge n. 71 del 2022, del 17 giugno⁴. Già la relazione introduttiva del disegno di legge AC 2681⁵, da cui la legge è originata e che ha avuto un travagliato iter parlamentare nel susseguirsi di tre governi, esprime l'intento di promuovere una maggiore trasparenza nella carriera dei magistrati e di attuare il precetto costituzionale che vuole i magistrati distinti tra loro soltanto per diversità di funzioni⁶. In effetti, è indubbio che la disciplina di segmenti essenziali della vita professionale del magistrato, vale a dire la materia degli incarichi direttivi e semidirettivi, incide direttamente sull'indipendenza interna ed esterna del singolo magistrato e di tutta la magistratura, così come è concetto consolidato che la natura diffusa del potere giudiziario si pone come limite diretto a impedire l'instaurarsi di relazioni di tipo gerarchico tra i magistrati (che si distinguono, infatti, soltanto per diversità di funzioni)⁷.

Nel proseguo dell'analisi, è opportuno considerare innanzitutto i principi costituzionali rilevanti nella materia degli incarichi giudiziari. La Costituzione italiana stabilisce fondamentali criteri per l'organizzazione della magistratura, tra cui l'indipendenza e l'autonomia, che devono essere garantiti sia sul piano interno che esterno. In tale quadro, le riforme del 2005-2007⁸ hanno introdotto significativi cambiamenti nella disciplina degli incarichi direttivi e semidirettivi, affrontando alcune delle problematiche esistenti, come la necessità di maggiore trasparenza e merito nei criteri di selezione. Tuttavia, queste riforme hanno anche generato nuove criticità, come il rischio di una maggiore politicizzazione delle nomine, legata all'abbandono dell'unico criterio obiettivo di valutazione stante nell'anzianità di servizio. La legge n. 71 del 2022 ha apportato ulteriori modifiche per migliorare la trasparenza

in Assemblea costituente che hanno portato alla redazione delle disposizioni costituzionali dedicate alla magistratura v. Rigano (1982), pp. 1 ss.; v. inoltre: Bartole (1964), pp. VIII-361; Pizzorusso (1990), pp. 38 ss.; Romboli e Panizza (1995), pp. 368 ss.; Chieffi (1998), pp. 15 ss. Più di recente, Dal Canto (2020), pp. 71-98.

³ Volpe (1974), pp. 357-390, spec. 383.

⁴ Legge 17 giugno 2022, n. 71: «Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura».

⁵ Dal Canto (2020), pp. 51-53 e 165-180.

⁶ Relazione introduttiva al disegno di legge AC 2681: «Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura».

⁷ Pepino (2012), pp. 49-50; Moroni (2005), pp. 106-107.

⁸ Per un *excursus* delle riforme in materia di carriera e la valutazione di professionalità dei magistrati, v. Scarselli (2013), p. 172-182; Dal Canto (2020), pp. 165-180.

e l'equità nel conferimento degli incarichi dirigenziali, cercando di ridurre le influenze esterne e interne sulla carriera dei magistrati. Tra le soluzioni adottate, la legge prevede meccanismi più rigorosi di valutazione del merito e criteri chiari e oggettivi per la selezione dei candidati a posizioni direttive. Infine, lo schema di decreto delegato sottoposto al parere delle Camere il 22 dicembre 2023⁹ propone ulteriori perfezionamenti alla normativa vigente, focalizzandosi sulla regolamentazione dei criteri di valutazione e sui processi decisionali per il conferimento degli incarichi.

Un aspetto rilevante del dibattito contemporaneo è la proposta del Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCJE), contenuta nel parere n. 23 del 2020, che suggerisce di attribuire alle associazioni dei magistrati il diritto di partecipare ai procedimenti di conferimento degli incarichi dirigenziali. Tale proposta mira a rafforzare la trasparenza e la partecipazione democratica nel processo di selezione, ma presenta anche¹⁰.

2. I PRINCIPI COSTITUZIONALI NELLA MATERIA DEGLI INCARICHI DIRIGENZIALI: LA RISERVA DI LEGGE E LA NATURA “DIFFUSA” DEL POTERE GIUDIZIARIO

Gli incarichi direttivi e semidirettivi (o “dirigenziali”)¹¹ sono regolati dall'art. 10 del d. lgs. n. 160 del 2006¹² e richiamano le funzioni di organizzazione e coordinamento interne dell'amministrazione giudiziaria. Il loro conferimento è riservato ai magistrati, e non a personale esterno, in virtù del regime di autogoverno della magistratura delineato dal testo costituzionale. Una parte della materia è regolata a livello secondario delle fonti del diritto, ossia nel «Testo unico sulla dirigenza giudiziaria», adottato dal Csm con delibera del 28 luglio 2015 (conosciuto anche come “delibera sulla dirigenza giudiziaria”).

La materia richiama alcuni dei principi cardine dello statuto costituzionale della magistratura¹³: la distinzione dei magistrati soltanto per diversità di funzioni, *ex art.* 107, c. 3, Cost.¹⁴, e la riserva di legge per le norme dell'or-

⁹ Atto del Governo n. 110, trasmesso alla Presidenza del Senato in data 22 dicembre 2023: «Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 16 giugno 2022, n. 71, recante deleghe al governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del consiglio superiore della magistratura».

¹⁰ Parere n.23 del CCJE (2020), Strasburgo 6 novembre 2020.

¹¹ Sulla distinzione tra incarichi direttivi e semidirettivi, v. Senato della Repubblica, Camera dei deputati, *Riforma dell'ordinamento giudiziario e del Consiglio superiore della magistratura*. Schede di lettura A.S. 2595, 2 maggio 2022, 26.

¹² Decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, «Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, c. 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150», come modificato dalla legge 30 luglio 2007, n. 111.

¹³ Rigano (2021), pp. 89-104.

¹⁴ Tra i molti: Biondi (2008), pp. 941-950; Bonifacio e Giacobbe (1986), pp. 140-170.

dinamento giudiziario e su ogni magistratura, *ex art.* 108, c. 1, Cost.¹⁵. Da un canto – come si diceva – la natura diffusa del potere giudiziario rende incompatibile con la Costituzione qualsiasi regola che introduca relazioni di tipo gerarchico tra i magistrati, pur dovendosi ritenere legittime tutte quelle distinzioni operate in relazione alle funzioni svolte, sempreché non vi sia interferenza con l'esercizio dell'attività giurisdizionale¹⁶; d'altro canto, è riservato alla fonte primaria definire i criteri generali di valutazione e selezione degli aspiranti dirigenti e le conseguenti modalità di nomina¹⁷.

Sotto questo ultimo aspetto, va ricordato che se l'art. 105 Cost. riconosce all'organo di autogoverno un potere discrezionale di scelta—che è l'opposto di un potere amministrativo vincolato da un eccessivo dettaglio della fonte primaria—, è pur vero che i margini di autonomia del Consiglio superiore della magistratura (Csm) non possono essere estesi al punto tale da consentire scelte basate su nomine fiduciarie. La dottrina, infatti, ha osservato che dalla riserva di legge dell'art. 108, c. 1, Cost., discende che il Testo unico del 2015: «[è] soltanto una delibera che vincola in via generale la futura attività discrezionale dell'organo di governo autonomo»¹⁸. In questo modo, i criteri dettati dalla delibera sulla dirigenza giudiziaria assumono la funzione di mero parametro di valutazione della legittimità della decisione. Perciò il conferimento dell'incarico direttivo o semi-direttivo dovrebbe considerarsi legittimo nell'ipotesi in cui il Csm (o il giudice in caso di contenzioso), non aderendo ai criteri indicati nella delibera, possa motivare la scelta in modo conforme a legge¹⁹.

Quello dei margini di operatività del Csm nel definire i criteri di scelta del candidato è stato un ambito controverso nei lavori che hanno preceduto l'approvazione della l. n. 71 del 2022. In origine, il disegno di legge AC 2681 aveva abbracciato una tesi “restrittiva” circa l'ampiezza del potere di normazione secondaria in tale materia: la disciplina di dettaglio era riservata alla fonte primaria del diritto²⁰. In senso contrario, tra le proposte emendative della “Commissione Luciani”²¹, v'era quella di inserire un comma 5 all'art. 1 dell'AC 2681, nel quale sarebbe stato espressamente previsto che all'attuazione delle

¹⁵ Per tutti Pizzorusso (1992), ripubblicato nel 2019, pp. 481-517, spec. pp. 491-493.

¹⁶ Così Rigano (2021), p. 90.

¹⁷ D'Elia (2006), pp. 2051-2062; D'Andrea (2021), pp. 75-76.

¹⁸ Ancora D'Andrea (2021), pp. 67, 71, 77. In giurisprudenza, vedi la sentenza del Consiglio di Stato (di seguito “Cons. Stato”), V, 5 marzo 2020, n. 6953 e i precedenti da essa richiamati: Cons. Stato, V, 28 febbraio 2020, nn. 1448 e 1450; Cons. Stato, V, 7 febbraio 2020, n. 976; Cons. Stato, V, 22 gennaio 2020, n. 524; Cons. Stato, V, 9 gennaio 2020, nn. 192 e 195; Cons. Stato, V, 2 gennaio 2020, nn. 8 e 9; Cons. Stato, V, 2 agosto 2019, n. 5492; Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 271; Cons. Stato, V, 6 settembre 2017, nn. 4215 e 4216.

¹⁹ Ancora di recente il Consiglio di Stato ha ricordato che ai fini del conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi il Testo Unico sulla dirigenza giudiziaria ha natura di atto amministrativo, che vincola la futura esplicazione della discrezionalità dello stesso organo di governo autonomo della magistratura, v. Cons. Stato VII, 20 maggio 2022, n. 3996, in *Foro Amministrativo* (II) 2022, 5, II, 625.

²⁰ In questa prospettiva, v. la Relazione introduttiva AC 2681.

²¹ Ministero della Giustizia, decreto ministeriale 26 marzo 2021 «Commissione per elaborare proposte di interventi per la riforma dell'ordinamento giudiziario».

previsioni ivi contenute avrebbe provveduto, nell'esercizio della sua autonomia normativa, l'organo di governo della magistratura²². Tale proposta era accolta positivamente dallo stesso Csm, come emerge dalla lettura del parere del 23 marzo 2022, reso *ex art.* 10, legge n. 195 del 1958²³. In questo senso si è posta, infine, la legge delega n. 71 cit., all'art. 2, c. 1, l. d), riconoscendo, la piena operatività del potere di regolazione del Csm seppur limitato nell'oggetto.

3. SNODI PROBLEMATICI: L'ANZIANITÀ DI SERVIZIO E GLI INCARICHI FUORI RUOLO

Per comprendere appieno le dinamiche degli incarichi dirigenziali nella magistratura, è opportuno esaminare due questioni cruciali che la dottrina ha ampiamente dibattuto. La prima riguarda il procedimento di valutazione della professionalità dei magistrati. Nel sistema attuale, questa valutazione si basa sulla serie, di indicatori, sia generali che specifici, che sono determinati dal Legislatore e dal Csm. La seconda questione riguarda gli incarichi "fuori ruolo", ossia le posizioni che i magistrati possono ricoprire al di fuori delle funzioni strettamente giurisdizionali. Questi incarichi possono includere ruoli presso ministeri, enti pubblici o istituzioni internazionali.

La valutazione della professionalità dei magistrati è un elemento cruciale per il conferimento delle funzioni direttive e semi-direttive, come previsto dall'art. 10 del d. lgs. n. 160 del 2006. Uno degli aspetti maggiormente dibattuti riguarda l'abbandono dell'anzianità di servizio come unico parametro oggettivo per la valutazione dei magistrati, a favore di un sistema di valutazione basato su sostantivi e periodici vagli della professionalità²⁴. Tale è il quadro delineato dalle innovazioni apportate dalla legge n. 150 del 2005 (c.d. riforma "Castelli")²⁵ e dal d. lgs. n. 109 del 2006²⁶, come successivamente modificato dalla legge n. 111 del 2007 (c.d. riforma "Mastella")²⁷.

²² All'articolo 1, dopo il comma 4, è inserito il seguente: «5. All'attuazione delle previsioni della presente legge e dei decreti legislativi emanati nell'esercizio delle deleghe dalla stessa conferite provvede, nell'esercizio della sua autonomia normativa, il Consiglio superiore della magistratura». con Decreto ministeriale del 26 marzo 2021, che istituisce la «Commissione per elaborare proposte di interventi per la riforma dell'ordinamento giudiziario» e la «Relazione finale della "Commissione per elaborare proposte di interventi della riforma dell'ordinamento giudiziario"»

²³ Parere reso ai sensi dell'art. 10 della legge del 24 marzo 1958, n. 195 «Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura». Su questo punto, Maccora (2022), pp. 57-59.

²⁴ Dal Canto (2021), p. 42.

²⁵ Legge 25 luglio 2005, n. 150 «Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, per il decentramento del Ministero della giustizia, per la modifica della disciplina concernente il Consiglio di presidenza, della Corte dei conti e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nonché per l'emanazione di un testo unico».

²⁶ Decreto Legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 «Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150».

²⁷ Legge 30 luglio 2007, n. 111 «Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario».

Con gli interventi sopracitati, era superato il sistema delineato dalle leggi n. 570 del 1966²⁸ e n. 831 del 1973²⁹, che, nell'abolire la carriera basata su gradi, concorsi e scrutini, istituivano un sistema fondato su "qualifiche" acquisite automaticamente (salvo demeriti), in base agli anni di servizio maturati dal magistrato in una determinata funzione³⁰. Tale innovazione—che segnava una sorta di "cesura" con il sistema per gradi ereditato dall'epoca liberale e fascista—era salutata con favore dalla dottrina³¹, in quanto considerata pienamente compatibile con l'art. 107, c. 3, Cost. D'altro canto è stato osservato che l'accesso automatico a una determinata qualifica non avrebbe permesso di verificare la preparazione, la laboriosità, o, in estrema sintesi, la raggiunta professionalità del magistrato rispetto alle funzioni a essa corrispondenti: «a danno di tutta la collettività»³².

Nella disciplina vigente l'anzianità di servizio mantiene un ruolo residuale nel determinare il conferimento di un determinato incarico di governo interno. Ad esempio, nell'art. 24 del Testo unico del 2015, l'anzianità di servizio entra in gioco nella veste di requisito di esperienza, poiché rileva come criterio di validazione dei requisiti delle attitudini direttive, vale a dire le capacità del magistrato di organizzare e gestire l'ufficio e di programmare e gestire le risorse, e nella valutazione del percorso professionale svolto dal magistrato, alla stregua dei parametri di capacità, laboriosità, diligenza e impegno. Sempre su questo punto, l'art. 2, c. 1, lett. f) della legge n. 71 del 2022, precisa che il decreto o i decreti legislativi adottati in virtù della delega di cui all'art. 1, ai fini della valutazione delle attitudini organizzative, dovranno prevedere che sia conservata l'anzianità come criterio residuale, in caso di parità di valutazione risultante dagli indicatori del merito e delle attitudini, salvo preferire, in ottica promozionale *ex art.* 51, c. 1, Cost., il candidato appartenente al genere meno rappresentato, nel caso in cui emerga una «significativa sproporzione», su base nazionale e distrettuale, nella copertura di posti direttivi e semidirettivi, analoghi a quelli oggetto di concorso.

Il secondo ambito correlato, seppur indirettamente, alla materia degli incarichi direttivi e semi-direttivi della magistratura è relativo agli "incarichi fuori ruolo" e si connette al tema delle cosiddette "carriere parallele", ovvero «il percorso a tappe, spesso accuratamente programmate in anticipo, che sfrutta indebitamente le relazioni e la visibilità connessa a determinati incarichi, per raggiungere ulteriori traguardi»³³. Dal canto suo, l'organo di governo autonomo della magistratura, già prima della legge n. 71 cit., aveva auspicato

²⁸ Legge 25 luglio 1966, n. 570 «Disposizioni sulla nomina a magistrato di Corte di Appello».

²⁹ Legge 20 dicembre 1973, n. 831 «Modifiche dell'ordinamento giudiziario per la nomina a magistrato di Cassazione per il conferimento degli uffici direttivi superiori».

³⁰ Scarselli (2013), pp. 172-178.

³¹ Magi e Cappuccio (2022), p. 77.

³² Ancora, Scarselli (2013), pp. 174. Per una prima lettura critica relativa all'introduzione del fascicolo delle *performance* v. Civitelli (2022), pp. 1-10.

³³ Rossi (2019), p. 54. Per una disamina del quadro normativo del collocamento fuori ruolo v. Cardamone (2022), pp. 114-117.

l'introduzione di limiti più stringenti circa il numero massimo di magistrati "fuori ruolo" e la durata massima degli incarichi³⁴.

Con riferimento al numero massimo di "fuori ruolo", l'art. 5, c. 1, lett. h) della legge n. 71 del 2022, recependo le indicazioni della Commissione Luciani che proponeva l'introduzione di un articolo 4 *bis* all'AC 2681 (nel cui campo di applicazione erano ricompresi soltanto i magistrati ordinari), ha delegato il Governo a ridurre il numero massimo di magistrati (questa volta, ordinari, amministrativi e contabili) che possono essere collocati fuori ruolo, in termini assoluti e in relazione alle diverse tipologie di incarico. La successiva lett. c) afferma che il collocamento fuori ruolo può essere autorizzato alla sola condizione che l'incarico da conferire corrisponda a un interesse dell'amministrazione di appartenenza, da valutarsi secondo criteri oggettivi individuati sempre attraverso i decreti delegati. Per quel che riguarda la riduzione dei tempi per il rientro alle funzioni giurisdizionali, l'art. 5, c. 1, lett. e) prescrive un termine minimo di tre anni, prima di poter ricoprire un altro incarico, per il magistrato fuori ruolo da oltre cinque anni; la lett. f) un termine minimo di dieci anni di esercizio delle funzioni giurisdizionali prima di poter essere autorizzati a un incarico fuori ruolo organico; la lett. g) un termine complessivo di sette anni di collocamento fuori ruolo, salvo che per talune tipologie di incarichi, da indicare tassativamente nel decreto delegato, presso organi costituzionali o di rilevanza costituzionale, organi di Governo e organismi internazionali, per i quali, ad ogni modo, il tempo trascorso fuori ruolo non può superare i dieci anni.

4. STRUMENTI DI DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA NEL PROCEDIMENTO DI VALUTAZIONE DEL MAGISTRATO: I PROFESSORI UNIVERSITARI E GLI AVVOCATI

Come è noto, i consigli giudiziari³⁵ sono organi collegiali, articolati sul territorio, che svolgono funzioni preparatorie e strumentali rispetto alle competenze attribuite al Csm dall'art. 105 Cost.³⁶ e sono di fondamentale importanza per la valutazione del magistrato³⁷. Sono qualificati dalla dottrina come "organi ausiliari" del Csm, ancorché non legati a esso da un vero e proprio rapporto di tipo gerarchico³⁸.

La legge n. 71 del 2022 contiene diverse disposizioni volte a rafforzare le funzioni attribuite alla componente "laica" dei consigli giudiziari, ponendosi in linea con le riforme degli ultimi anni che ne hanno previsto la presenza

³⁴ Volpi (2020), p. 371; v., inoltre, CSM, Circolare 25 luglio 2014 n. 13778: «Disposizioni in materia di trasferimenti dei magistrati, conferimento di funzioni e destinazione a funzioni diverse da quelle giudiziarie». Un problema, quello delle carriere parallele, già osservato nella «Relazione introduttiva» del ddl AC 2681, p. 3.

³⁵ Azzali (1988), pp. 217, 218.

³⁶ Scarselli (2013), pp. 129-130.

³⁷ Dal Canto (2020), p. 137-141, spec. 137.

³⁸ Dal Canto (2020), p. 138, dove richiama Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 1233/1975.

accanto alla componente “togata”. Su questo profilo, basti ricordare l’inserimento da parte della legge n. 25 del 2006³⁹, tra i tre membri di diritto dei consigli giudiziari, della figura del presidente del consiglio dell’ordine distrettuale degli avvocati. Quindi di un “estraneo alle funzioni”, che, però, in seguito alle modifiche apportate dalla legge n. 111 del 2007 perderà tale veste e, dunque, i componenti di diritto saranno soltanto “togati”: il Presidente e il Procuratore generale presso la Corte di Appello. La componente “laica” (professori universitari e avvocati, ma non più i rappresentanti dei consigli regionali - v. art. 9, c. 2 e 16 del d. lgs. n. 25 del 2006)⁴⁰, anche in seguito a tale modificazione, avrebbe mantenuto una rappresentanza nella quota elettiva aggiungendosi ai membri “togati”, il cui numero sarebbe stato individuato in proporzione all’ampiezza del distretto giudiziario.

Sotto il profilo delle funzioni, prima delle modifiche apportate dalla legge n. 71 del 2022, la componente togata era l’unica titolare del diritto di partecipare a tutte le funzioni attribuite ai consigli giudiziari (art. 15, c. 1, lettere a) - g) del d. lgs. 25 del 2006), consistente nel diritto di assistere alle sedute, di intervenire, e di esprimere un voto nella fase finale di deliberazione; mentre alla componente “laica”, in virtù del successivo art. 16, era precluso il diritto di partecipare a tutte quelle funzioni che avrebbero comportato una verifica della professionalità del magistrato, indicate nelle lettere b), c) e f) dell’art. 15 citato. Nel quadro indicato, dunque, il parere strumentale sulla professionalità dei magistrati sarebbe stato espressione della sola componente “togata”.

In questo contesto, la dottrina ha discusso sull’esistenza di un “diritto di tribuna” dei “laici” sulle funzioni escluse dall’art. 16 cit. (pur senza diritto di intervenire alla fase di discussione e di esprimere un voto sulle deliberazioni). A sostegno del riconoscimento del “diritto di tribuna”, v’è chi ha osservato che l’art. 9-bis del d. lgs. n. 25 del 2006, operando una distinzione dei vari momenti del procedimento di conferimento delle funzioni dirigenziali—come emerge dai differenti *quorum* di validità—avrebbe riconosciuto un diritto di partecipazione di tutte le componenti, circoscritto alla fase della “seduta”, che precede quella della “discussione” (con il diritto di intervento) e di deliberazione (con il riconoscimento del diritto di voto). Tale tesi interpretativa, peraltro, era sostenuta dallo stesso Csm nella risoluzione del 12 marzo del 2009⁴¹. Di contro, era osservato che il tenore testuale dell’art. 16 cit., sembrava escludere una tale evenienza, limitando il ruolo degli avvocati

³⁹ Legge 27 gennaio 2006, n. 25 «Istituzione del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e nuova disciplina dei consigli giudiziari, a norma dell’articolo 1, comma 1, lettera c), della legge 25 luglio 2005, n. 150». Vedi, inoltre, gli articoli 59 e 83 del Testo unico del 2015, che regolano la frazione di competenza dei consigli giudiziari con riguardo alle procedure per il conferimento degli incarichi dirigenziali, in virtù di quanto disposto dall’art. 11, commi 3-8, d. lgs. n. 160 del 2006.

⁴⁰ Scarselli (2013), pp. 131-132. Si segnala un errore di coordinamento tra l’art. 9, c. 2 e l’art. 16, c. 1, l. n. 25 del 2006, alla luce delle innovazioni apportate dalla l. n. 111 del 2007. Dalla soppressione dei rappresentanti dei consigli regionali dovrebbe derivare l’abrogazione delle parole «I componenti designati dal Consiglio regionale) dall’art. 16 c. 1, d. lgs. n. 25 cit.

⁴¹ Giangiacomo (2010), p. 77, ricordato da Scarselli (2013), p. 133, nota 10.

alla segnalazione che possono far pervenire al consiglio giudiziario, ai sensi dell'art. 11, c. 4, lett. f) del d. lgs. n. 25 cit.⁴².

L'art. 3 della legge n. 71 cit., introduce una serie di modifiche al sistema di funzionamento del consiglio direttivo della Corte di cassazione e dei consigli giudiziari. Tra le innovazioni più rilevanti si segnala (al comma 1 lett. a) la facoltà per gli avvocati e i professori universitari di partecipare «con diritto di parola» (come suggerito dalla “Commissione Luciani” nelle proposte emendative dell'AC 2681) alle deliberazioni relative alle competenze riservate a detti organi dalla lettera b) dell'art. 15, c. 1 del d. lgs. n. 25 cit. (per i consigli giudiziari), con l'attribuzione alla componente degli avvocati della facoltà di esprimere un voto unitario sulla base del contenuto delle segnalazioni di fatti specifici, positivi o negativi, incidenti sulla professionalità del magistrato in valutazione, nel caso in cui il consiglio dell'ordine degli avvocati abbia effettuato le predette segnalazioni sul magistrato in valutazione. Nel caso in cui la componente degli avvocati intenda discostarsi dalla predetta segnalazione, si prevede che debba richiedere una nuova determinazione del consiglio dell'ordine degli avvocati⁴³.

Si tratta, quindi, del riconoscimento di un diritto di partecipazione con diritto di parola e di voto alle fasi di discussione e deliberazione, relative a un momento centrale della valutazione dei magistrati, stante nella formulazione di pareri sull'attività professionale aventi ad oggetto la preparazione, la capacità tecnico-professionale, la laboriosità, la diligenza, l'equilibrio nell'esercizio delle funzioni, riconosciuto a soggetti non appartenenti alla magistratura, e del diritto di esprimere un voto unitario riservato alla componente forense⁴⁴.

Nella versione licenziata dal Consiglio dei ministri, il diritto di voto poteva essere esercitato soltanto sulla base di fatti specifici incidenti sulla professionalità, con particolare riguardo alle situazioni eventuali, concrete e oggettive, di esercizio non indipendente della funzione e ai comportamenti che denotano evidente mancanza di equilibrio o di preparazione giuridica. Un sindacato dunque ristretto, che era stato accolto dal Csm come elemento a favore della trasparenza delle decisioni (parere Csm del 29 aprile 2021). Tuttavia, nella versione licenziata dal Parlamento⁴⁵, il diritto di voto degli avvocati è stato ampliato a ogni segnalazione del consiglio giudiziario sul magistrato in valutazione, indipendentemente dal filtro del capo ufficio, anche su fatti che non riguardano la sua indipendenza e il suo equilibrio. Tant'è che dopo essersi pronunciato in senso positivo, con un secondo parere, il Csm tornava sul punto per esprimere forti perplessità, e rilevava come elemento di criticità, sul versante dell'indipendenza, il fatto che i membri laici “avvocati”

⁴² Scarselli (2013), p. 133.

⁴³ V. gli articoli 7, c. 1, lett. b) e 15, c. 1, lett. b), d. lgs. 27 gennaio 2006, n. 25: «Istituzione del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e nuova disciplina dei consigli giudiziari, a norma dell'articolo 1, c. 1, lettera c), della legge 25 luglio 2005, n. 150» e, in dottrina, Volpi (2021), p. 3.

⁴⁴ Valori (2022), pp. 104-105.

⁴⁵ Si veda, a tal proposito, per il Consiglio direttivo della Corte di cassazione l'art. 8, c. 1 *bis*, *ter* e *quater* e per i consigli giudiziari l'art. 16, c. 1 *bis*, *ter* e *quater*, del d. lgs. n. 25 del 2006, come modificato dalla legge n. 71 del 2022.

avrebbero continuano a svolgere, nel corso del mandato, l'attività forense nel distretto del magistrato in valutazione (Csm 16 marzo 2022).

5. ... E LE ASSOCIAZIONI DEI MAGISTRATI?

Una strada da percorrere verso il contrasto del “correntismo” potrebbe essere quella di attribuire alle associazioni dei magistrati il diritto di partecipare al procedimento di conferimento degli incarichi dirigenziali. Questo spunto deriva dalla disamina di alcuni documenti internazionali, nei quali è sottolineata la centralità delle associazioni dei magistrati nella garanzia dello *status* del giudice e del ruolo della magistratura nella società: tra questi si ricorda il parere n. 23 del 2020 del CCJE⁴⁶.

La prospettazione della partecipazione delle associazioni dei magistrati alle decisioni sulla carriera (in questo caso, relativamente agli incarichi dirigenziali) potrebbe rispondere a una serie di obiettivi avvertiti diffusamente come prioritari, volti a rendere maggiormente trasparente la scelta del (miglior) candidato alle funzioni dirigenziali e, in senso più ampio, diretti a difendere l'indipendenza dei singoli magistrati e di tutto il potere giudiziario, nonché indirizzati alla promozione e alla difesa dello stato di diritto⁴⁷.

Uno degli ambiti dove le associazioni dei magistrati potrebbero contribuire a raggiungere tali obiettivi è interno allo stesso potere giudiziario e consiste, come si diceva, nel riconoscere alle stesse associazioni un ruolo nei procedimenti di conferimento degli incarichi giudiziari. Nel parere n. 23 del CCJE si osserva che le associazioni dei magistrati possono controllare se

⁴⁶ CCJE, parere n. 23 (2020), in inglese: «The role of associations of judges in supporting judicial independence», ovvero: «Il ruolo delle associazioni di giudici a sostegno dell'indipendenza dei giudici», Strasburgo 6 novembre 2020. Il parere è pubblicato in italiano sul sito del Consiglio d'Europa, nella pagina dedicata al Consiglio Consultivo dei Giudici Europei. Come ricordato nel par. 1 «Introduzione», detto parere è stato elaborato muovendo da altri pareri dello stesso CCJE e della Magna Carta dei Giudici adottata nel 2010; da una serie di strumenti del Consiglio d'Europa: la Carta Europea del 1998 sullo statuto dei giudici; la Raccomandazione del Comitato dei Ministri CM/Rec (2010)12, su Giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità; la Raccomandazione CM/Rec (2007)14 sullo statuto giuridico delle organizzazioni non governative in Europa; il Rapporto della Commissione Europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia) sulla libertà di espressione dei giudici (CDL-AD (2015) 018) e le Linee direttrici congiunte sulla libertà di associazione adottate dalla Commissione di Venezia e dall' Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani (OSCE/ODIHR). Nella redazione di suddetto parere è stato, inoltre, tenuto conto dei Principi fondamentali delle Nazioni Unite relativi all'indipendenza della magistratura, dei Principi di Bangalore sulla deontologia giudiziaria, dello Statuto universale del giudice adottato dalla Associazione internazionale dei giudici (IAJ), del primo rapporto del Relatore speciale delle Nazioni Unite del 21 maggio 2012 sul diritto di pacifica riunione e sulla libertà di associazione (A/HRC/20/27) e dal terzo rapporto del Relatore speciale delle Nazioni Unite sull'indipendenza dei giudici e degli avvocati del 24 giugno 2019 sull'esercizio della libertà di espressione, di associazione e di pacifica riunione da parte dei giudici e dei pubblici ministeri; inoltre, tiene conto delle risposte dei membri del CCJE al questionario sul ruolo delle associazioni dei magistrati a sostegno dell'indipendenza dei giudici; e, infine, del progetto di parere predisposto dall'esperto nominato dal Consiglio d'Europa, il giudice Gerhard Reissner (già presidente del CCJE nel biennio 2012-2013 e componente del gruppo di lavoro istituito presso di esso).

⁴⁷ CCJE, parere n. 23 del 2020, paragrafi nn. 16-18, p. 3.

gli organi competenti seguono corrette procedure e corretti criteri⁴⁸. D'altro lato, però, occorre considerare se e come tale partecipazione possa essere efficace e non al contrario controproducente, nella misura in cui potrebbe alimentare l'autoreferenzialità della decisione. Un esito che si porrebbe in antitesi con quanto perseguito dalle ultime riforme in materia, che dapprima hanno inserito i "laici" nei consigli giudiziari e nel Consiglio direttivo della Corte di cassazione, e, da ultimo, ne hanno ampliato competenze e poteri⁴⁹.

Ma prima di ogni considerazione, è utile precisare i limiti costituzionali che questa proposta incontra, derivanti dalla sfera di attribuzioni riservate al Csm. Sotto questo profilo, va osservato che la titolarità dell'atto di conferimento non potrebbe che rimanere in capo all'organo di governo autonomo, in ossequio al tenore letterale dell'art. 105 della Costituzione, che afferma che «Spettano al Consiglio Superiore della Magistratura ... le promozioni»⁵⁰.

Nell'ipotesi in cui si volesse attribuire il diritto di partecipare ai procedimenti di conferimento degli incarichi, occorrerebbe tener conto che l'attribuzione di un diritto di voto nella fase della deliberazione sul conferimento potrebbe portare a possibili forme di ingerenza sulla decisione finale. Al contrario, l'attribuzione di mere funzioni di controllo della regolarità formale del procedimento, attraverso il riconoscimento di un "diritto di tribuna" in tutte le sue fasi, dovrebbe scongiurare una siffatta interferenza. In questa direzione, occorrerebbe riformare la composizione del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e dei consigli giudiziari di cui agli articoli 1 e 9 del d. lgs. n. 25 del 2006, come modificati dalla legge n. 111 del 2007, nonché i successivi articoli 7 e 16, relativi alla composizione di detti organi relativamente alle competenze affidate. A ciò dovrebbe corrispondere, dal lato delle stesse associazioni, un'articolazione distrettuale, in modo da poter garantire la partecipazione alle sedute dei consigli.

Una via possibile che individua due possibili esiti. La partecipazione delle associazioni dei magistrati nei procedimenti di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, con il diritto di assistere a tutte le fasi del procedimento nei limiti suindicati, potrebbe disinnescare i meccanismi occulti che l'associazionismo giudiziario è accusato di mettere in atto al fine di orientare le scelte non nella direzione del merito, ma in quella dell'appartenenza, strumentale all'esercizio del potere. La funzione di controllo, infatti, ha la finalità di garantire il corretto svolgimento democratico del procedimento, e dunque

⁴⁸ CCJE, parere n. 23, par. 26, ultimo periodo.

⁴⁹ V. *infra* – nota n. 43.

⁵⁰ D'altronde «Il fine principale del nuovo organo è quello di "sterilizzare", nei limiti del possibile, tutti i provvedimenti riguardanti lo *status* dei magistrati dalle potenzialità corruttive o intimidatorie che sempre hanno accompagnato simili atti nell'ambito della pubblica amministrazione. L'importanza e la delicatezza di tali atti è tale da indurre il Costituente ad enumerarli esplicitamente in un articolo della Carta (art. 105), ove sono menzionati «le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari», che vengono sottratti al Ministro della giustizia, cui spettavano secondo il precedente assetto costituzionale e legislativo. A quest'ultimo sono attribuiti «l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia» (art. 110 Cost.)» Silvestri (2017), p. 19.

le associazioni dei magistrati si troverebbero ad operare nel campo opposto, implicate esse stesse nel contrasto al correntismo e alle deformazioni che il correntismo genera. Proprio la funzione di controllo sulla regolarità del procedimento, a garanzia del corretto e democratico percorso di scelta, potrebbe contribuire—e questo è il secondo possibile esito—a un’elaborazione profonda dell’identità e dell’azione dell’associazionismo giudiziario, riavvicinandolo a quella che, a bene vedere, è stata la sua funzione storica: stimolare la partecipazione democratica al fine di garantire la democrazia interna del sistema giudiziario.

Ciò risponde alla necessità che all’incarico acceda il più meritevole. D’altronde, ai sensi dell’art. 12, c. 6, d. lgs. n. 169 cit. il conferimento delle funzioni direttive e semidirettive si basa sul «concorso» per titoli, che ha lo scopo di garantire la separazione tra politica e amministrazione, «contrapponendosi alla scelta per nomina fiduciaria (la cui legittimità è riservata a casi eccezionali di posizione appunto intermedia fra la politica e l’amministrazione) e si pone a presidio della professionalità e della imparzialità del funzionario»⁵¹.

D’altro canto, non mancano argomenti contrari. Come poc’anzi si accennava, la partecipazione delle associazioni potrebbe portare a un rafforzamento del corporativismo, con un evidente detrimento dei beni costituzionali protetti da una procedura basata nella selezione del più meritevole. V’è da osservare, inoltre, che l’introduzione di nuovi “attori” nel procedimento di conferimento potrebbe portare a un eccessivo allungamento dei tempi del conferimento stesso e aumentare la conflittualità. Sotto quest’ultimo profilo, la partecipazione delle associazioni potrebbe alimentare il circolo vizioso dell’autoreferenzialità nella decisione, che le ultime riforme (compresa quella in commento) hanno cercato di spezzare. Non da ultimo, occorre considerare che anche le associazioni dei magistrati possono essere influenzate da dinamiche politiche interne, il che potrebbe non risolvere completamente i problemi di politicizzazione delle nomine. Qui rileva quanto osservato dallo stesso CCJE nel parere n. 23 circa la necessità che la struttura di dette associazioni sia democratica e le decisioni trasparenti e razionali.

6. A MODO DI CONCLUSIONE

V’è consapevolezza diffusa in dottrina che qualsiasi congegno normativo è di per sé insufficiente (per quanto certamente apprezzabile e necessario) per spezzare il gioco delle correnti, se non accompagnato da parte del magistrato dalla consapevolezza dell’insieme di principi e di norme di natura etica che regolano l’esercizio delle funzioni, anche laddove il magistrato è chiamato a esercitare funzioni di amministrazione della giustizia⁵². Una in-

⁵¹ Rigano (2019), pp. 33, 42.

⁵² In questi termini si è espresso Massimo Luciani, durante il Convegno «Voltare pagina. La riforma del sistema elettorale del CSM», Roma, 23 giugno 2020. L’intervento è pubblicato nella raccolta *Scritti in onore di F. Lancheater*, pubblicata sul sito www.questionegiustizia.it. Negli stessi termini si

dicazione etica che rileva in detta materia si ritrova inserita nel Codice etico della magistratura⁵³. Nell'art. 14 è sottolineata la connessione esistente tra le funzioni dirigenziali e la garanzia del «servizio pubblico» (l'amministrazione della giustizia) al quale dette funzioni vanno riferite (comma 1); connessione, peraltro, sottolineata dall'ultimo comma, dove si precisa che il magistrato-dirigente non si avvale della propria posizione per ottenere benefici o privilegi per sé o per altri. Si potrebbe obiettare che tale disposizione regoli ciò che deve fare un magistrato in una posizione dirigenziale (in effetti il titolo della rubrica dell'art. 14 cit. fa un riferimento testuale ai «doveri dei magistrati-dirigenti») e non ciò che deve fare un magistrato perché avanzi in una posizione dirigenziale. Una distinzione che può essere superata se si accetta che, in concreto, l'indicazione potrebbe essere validamente riferita ad entrambe le fattispecie, per ricordare che l'incarico dirigenziale non va inteso come «tappa di un carriera in ascesa» verso i gradi più alti dell'amministrazione giudiziaria, né durante lo svolgimento del medesimo da parte del magistrato già titolare, né nell'ambire al suo conferimento da parte del magistrato che vuole diventare dirigente o del magistrato già dirigente che aspira ad un incarico più prestigioso di quello del quale attualmente è titolare⁵⁴.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- Azzali, C. (1988). *I Consigli giudiziari*. Padova, pp. I- 336.
- Bartole, S. (1964). *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*. Padova, pp. VIII-361.
- Benvenuti, S. (2020). Brevi note sull'affaire CSM: vecchi problemi, ma quali soluzioni? *Osservatorio AIC*, 1, pp. 21-48.
- Biondi, F. (2008). *Art. 107*. In S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*. Padova, pp. 941-950.
- Bonifacio, F., Giacobbe, G. (1986). *Art. 107* in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*. Bologna, vol. II, pp. 140-170.
- Campanelli, G. (2022). Il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati tra formale discrezionalità del Csm e sostanziale sindacato «sostitutivo» del giudice amministrativo. *Questione giustizia*, fasc. 2/3, pp. 64-73.
- Cardamone, D. (2022). La nuova disciplina del collocamento fuori ruolo dei magistrati. *Questione giustizia*, fasc. 2/3, pp. 112-125.
- Cappuccio, D. (2022). La delega Cartabia in tema di valutazioni di professionalità del magistrato: considerazioni a prima lettura. *Questione giustizia*, fasc. 2/3, pp. 77-84.
- Chieffi, L. (1998). La magistratura. Origine di un modello costituzionale e prospettive di riforma. Napoli, pp. 1-272.
- Civitelli, O. (2022). La giustizia e la performance. *Questione giustizia*, fasc. 2/3 del 2022, pp. 1-10.
- Dal Canto, F. (2020). *Lezioni di ordinamento giudiziario*. Edizione II. Torino, pp. 1-368.

è espressa Anzon Demming, durante il Seminario annuale dell'associazione Gruppo di Pisa del 23 ottobre 2020: «Il Consiglio Superiore della Magistratura: snodi problematici e prospettive di riforma».

⁵³ Codice etico della magistratura, approvato dal Comitato direttivo centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati, il 13 novembre 2010.

⁵⁴ De Vito (2017), pp. 44, 60.

- Dal Canto, F. (2021). Il Consiglio superiore della magistratura tra crisi e prospettive di rilancio, *giustiziainsieme.it*.
- D'Andrea, P. I (2021). L'impugnabilità degli atti di conferimento degli incarichi direttivi. *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2, pp. 189-209.
- D'Elia, G. (2006). Art. 107. In R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III. Padova, pp. 2051-2062.
- De Vito, R. (2017). Soggetti soltanto alla legge. I magistrati e le carriere. *Questione giustizia*, 4, pp. 58-65.
- Giallongo, N. e Proto Pisani, A. (2020). Nomina dei direttivi e semidirettivi. *Il giusto processo. Rivista trimestrale*, fasc. 4/2020, pp. 1265-1274.
- Giangiacomio, B. (2010). La nuova organizzazione e i compiti degli organi di autogoverno: consigli giudiziari, consiglio direttivo della corte di cassazione e consiglio superiore della magistratura. *Foro it.*, 2010, V, pp. 78-84.
- Maccora, V. (2022). La dirigenza degli uffici giudiziari: luci e ombre della riforma. *Questione giustizia*, fasc. 2/3, pp. 53-63.
- Moroni, F. (2005). *Soltanto alla legge. L'indipendenza della magistratura dal 1945 ad oggi*. Monte Porzio Catone, pp. 1-309.
- Pepino, L. (2012). *Forti con i deboli*. Milano, pp. 1-329.
- Pizzorusso, A. (1990). *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*. Torino, pp. XV-252.
- Pizzorusso, A. (1992). Art. 108, 1° comma. G. Branca (a cura di) e A. Pizzorusso (continuato da), *Commentario della Costituzione. La Magistratura*, 1-31, saggio ripubblicato in Alessandro Pizzorusso (2019), *L'ordinamento giudiziario*, Tomo II, pp. 481-517.
- Proto Pisani, A. (2019). L'ineludibile "problema" del conferimento degli incarichi semidirettivi e direttivi della magistratura: la necessità di un serio dibattito. *Foro italiano*, 2019, vol. 113, fasc. 6, pp. 301-309.
- Romboli, R. e Panizza, S. (1995). (voce) Ordinamento giudiziario. *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 368 ss.
- Rossi, R. (2019). L'etica professionale dei magistrati: non un immobile Arcadia, ma un permanente campo di battaglia. *Questione giustizia*, 3, pp. 44-57.
- Rigano, F. (1982). *Costituzione e potere giudiziario. Ricerca sulla formazione delle norme costituzionali*. Padova, pp. VIII-332.
- Rigano, F. (2019). *Appunti sul profilo costituzionale della regola della trasparenza amministrativa*. In R. Procaccini, A. Zatti (a cura di), *Anticorruzione e buon andamento della pubblica amministrazione: spunti e riflessioni*. Pavia, pp. 29-46.
- Rigano, F. (2021). *Gli incarichi direttivi*. F. Grandi, *Il Consiglio Superiore della Magistratura: snodi problematici e prospettive di riforma, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" 23 ottobre 2023 - on line*. Napoli, pp. 89-104.
- Silvestri, G. (2017). Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale. *Questione giustizia*, 4, pp. 19-29.
- Scarselli, G. (2013). *L'ordinamento giudiziario e forense*. Quarta edizione. Milano, pp. IX-505.
- Volpe, G. (1974). *La carriera dei magistrati*. In A. Pizzorusso (testi a cura di), *L'ordinamento giudiziario*. Bologna, pp. 357-390.

APLICACIÓN DE NORMAS DE CÓMPUTO PROCESALES A PLAZOS SUSTANTIVOS: SOBRE EL ALCANCE DE LA REFORMA DEL ART. 135 LEC

APPLICATION OF PROCEDURAL COMPUTATION RULES TO SUBSTANTIVE
DEADLINES: ON THE SCOPE OF THE REFORM OF ART. 135 LEC

Silvia Durán Alonso*

Profesora Contratada Doctora
UCAM Universidad Católica de Murcia

RESUMEN: El art. 135.5 LEC, regulador del *día de gracia* —que permite la presentación de escritos hasta las 15 horas del día hábil siguiente al de la conclusión del plazo— ha sido modificado recientemente, añadiéndose, en relación al plazo, “procesal o sustantivo”. El presente trabajo analiza el largo debate acerca de la aplicabilidad del *día de gracia* a plazos sustantivos, así como si con esta reforma se ha puesto fin al mismo, teniendo en cuenta las peculiaridades del expediente electrónico, la diferente naturaleza de los plazos y la literalidad del art. 5 CC sobre cómputo de los sustantivos.

PALABRAS CLAVE: día de gracia; plazos sustantivos; plazos procesales; cómputo de plazos; expediente judicial electrónico

ABSTRACT: Art. 135.5 LEC, which regulates the *day of grace* —which allows the filing of pleadings until 3 p.m. on the working day following the end of the deadline— has recently been amended, adding, in relation to the deadline, “procedural or substantive”. This paper analyses the long debate on the applicability of the *day of grace* to substantive time limits, as well as whether this reform has put an end to it, taking into account the peculiarities of the electronic file, the different nature of the time limits and the literal nature of Art. 5 CC on the calculation of substantive time limits.

* ORCID: 0000-0002-5195-6825

KEYWORDS: Day of grace; Substantive deadlines; Procedural deadlines; Computation of deadlines; Electronic Judicial File

SUMARIO: 1. EL TIEMPO COMO REALIDAD JURÍDICAMENTE RELEVANTE.— 2. PLAZOS SUSTANTIVOS Y PLAZOS PROCESALES.— 3. EL CONOCIDO EN LOS TRIBUNALES COMO “DÍA DE GRACIA”: 3.1. Origen del “día de gracia” como medio de garantizar la integridad del plazo; 3.2. Algunas soluciones de derecho comparado; 3.3. ¿Se ha visto el día de gracia afectado por el expediente judicial electrónico?; 3.4. Problemas prácticos que plantea la aplicación del “día de gracia” al expediente judicial electrónico.— 4. RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE APLICACIÓN DEL CÓMPUTO PROCESAL A PLAZOS SUSTANTIVOS: 4.1. Sentencias de las Audiencias Provinciales; 4.2. Postura del Tribunal Supremo; 4.3. La controvertida Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de noviembre de 2020.— 5. EL LEGISLADOR CIERRA LA POLÉMICA (O NO) CON EL REAL DECRETO-LLEY 6/2023.— 6. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. EL TIEMPO COMO REALIDAD JURÍDICAMENTE RELEVANTE

Qué duda cabe que el transcurso del tiempo está indisolublemente unido a la existencia de cualquier derecho, y en consecuencia, es necesariamente objeto de regulación por todo ordenamiento jurídico avanzado. Y es que el hecho jurídico (o lo que es lo mismo, aquel acaecimiento de la vida susceptible de producir efectos jurídicos) sucede siempre en un tiempo concreto, y el avance de este tiempo influye, como no puede ser de otro modo, en las relaciones jurídicas, y en la consecuente constitución de derechos subjetivos, o también en la extinción de los mismos, o en las posibilidades de reclamarlos (conforme a las figuras de la prescripción extintiva o la caducidad). En definitiva, desde el momento en que las normas jurídicas determinan que el tiempo es un factor de constitución o extinción de relaciones jurídicas y derechos subjetivos, y regula el cómputo del mismo, a tales efectos, convierten a éste en una realidad jurídica que hay que tener muy presente¹.

Así pues, el tiempo repercute de forma importante en el ámbito jurídico y por ello, debe estar debidamente regulado, puesto que de su transcurso se derivan efectos para los derechos subjetivos, y también fija el límite para poder llevar a cabo acciones procesales. En consecuencia, y por motivos de evidente seguridad jurídica, el transcurso del tiempo y la medición concreta del mismo debe establecerse en función de criterios claros y objetivos². No es éste un asunto nuevo. Ya señalaba González Navarro que “es ésta de los términos y plazos cuestión sumamente trascendente y delicada, que exige en el profesional del Derecho un cuidado exquisito y una atención máxima”³.

En definitiva, el tiempo, al ser una realidad móvil, necesita la fijación de reglas concretas de medición de su transcurso, a fin de determinar claramente los momentos o instantes concretos a los que se quiera hacer referencia. Por

¹ Vidal Ramírez (1985).

² Fierro Rodríguez (2024).

³ González Navarro (1967, p. 335).

ello, se computa a través de plazos, y en todo plazo, existe un término. El plazo es el lapso de tiempo que debe concurrir, mientras que el término es el momento en el que dicho lapso de tiempo llegará necesariamente a su fin. De este modo, el plazo se contabilizará en una de las distintas fórmulas previstas para computar el transcurso del tiempo, tales como días, meses o años. En definitiva, plazo y término están indisolublemente unidos en el cómputo del tiempo: todo plazo lleva consigo un término como punto final del mismo, y consecuentemente, todo término implica la existencia de un plazo, del que será el momento *ad quem*⁴.

Por otra parte, el tiempo como realidad también está directamente relacionado con el proceso: todo procedimiento sigue un *iter*, dividido en fases. A cada una de estas fases le corresponde la realización de un acto procesal concreto (trámite), que debe, asimismo, llevarse a cabo en un lapso de tiempo determinado. En definitiva, todo procedimiento es una sucesión de trámites legalmente prestablecidos, que avanza siempre hacia adelante, desde la interposición de la demanda hasta que se dicte la resolución que ponga fin al mismo, y que establece un momento concreto en que debe realizarse cada uno de esos trámites.

Esta inexorable marcha en una única dirección de la sucesión de trámites que componen todo *iter* procesal está directamente relacionada con la figura de la preclusión, en virtud de la cual, si una de las partes no llevara a cabo un trámite previsto en su momento procesal oportuno, perdería la oportunidad de realizarlo —teniéndose, en consecuencia, dicho trámite por precluido—. Tal preclusión “supone un efecto equivalente al de la caducidad o decadencia de los derechos procesales”⁵, y está recogida en el art. 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), conforme al cual “transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate”. En este sentido, indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de mayo de 2017 que “la preclusión significa que dentro de las fases o tiempos del procedimiento han de realizarse actos concretos con contenido determinado, de tal manera que si la parte no lo realiza oportunamente pierde la posibilidad de realizarlo”⁶.

2. PLAZOS SUSTANTIVOS Y PLAZOS PROCESALES

Tradicionalmente, a la hora de hablar de plazos, se viene distinguiendo entre procesales (también judiciales, o propios) y sustantivos (o civiles). El cómputo de los denominados plazos procesales se lleva a cabo conforme a las previsiones de la LEC, descontándose los días inhábiles cuando estamos ante

⁴ Pinilla Galvis (2013).

⁵ Vázquez Sotelo (2000, p. 146)

⁶ ECLI:ES:APIB:2017:951

plazos señalados por días (que, por otra parte, es en la mayoría de los casos). Por su parte, los plazos sustantivos se computan conforme a lo establecido en el art. 5 del Código Civil (en adelante, CC), sin que, en este caso, se excluyan los días inhábiles.

Habida cuenta esta diferencia a la hora de realizar el cómputo, es necesario determinar cuándo nos encontramos ante un plazo civil (o sustantivo) y cuándo ante un plazo de carácter procesal. Así, plazos sustantivos son aquellos previstos o fijados para ejercitar un derecho jurídico-material (como un plazo de prescripción, o de caducidad, establecido en ley sustantiva —CC o leyes especiales— para ejercitar un derecho), lo que normalmente se cristaliza mediante la interposición de una acción judicial, que da lugar, además y por otra parte, al inicio del proceso⁷.

A este respecto y en idéntico sentido se pronuncia Prieto-Castro⁸, que al hablar de los plazos sustantivos precisa que debían computarse fuera del proceso, ya que éste aún no ha dado comienzo, aunque sean plazos que tengan, concretamente, como última finalidad la preparación de dicho proceso (el autor se refiere, concretamente, al plazo de caducidad de la acción de retracto, para el cual el art. 1524 CC fija un plazo de nueve días, indicando que su cómputo debe efectuarse según lo previsto en el art. 5 CC y, por tanto, no se descuentan los días inhábiles, sino que son días naturales).

En lo que se refiere a la regulación concreta, contenida en nuestro ordenamiento jurídico, con relación al cómputo de los plazos (sustantivos y procesales), conforme al art. 185 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), se establece con carácter general, con relación al tiempo hábil para desarrollar actuaciones judiciales, que “los plazos procesales se computarán con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil”, cuyo art. 5 distingue entre plazos por meses o años (que contarán de fecha a fecha) y plazos señalados por días, respecto de los cuales excluye el día de inicio del cómputo, que empezará al día siguiente. Si bien, el art. 5 CC establece un cómputo de días naturales, sin descontar los inhábiles, mientras que el art. 185 LOPJ dispone expresamente en cuanto a los plazos por días que “quedarán excluidos los inhábiles⁹”, precisando su apartado 2 que “si el último día de plazo fuere inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente” (inciso inexistente en lo que a plazos sustantivos se refiere).

Respecto a esta regulación, de carácter general, establece la LEC ciertas particularidades en cuanto al cómputo de los plazos de carácter procesal: mantiene que en los plazos por días, éstos empiezan a contar “desde el día

⁷ Bejarano Hernández (1994).

⁸ Prieto-Castro (1985)

⁹ En cuanto a qué días consideramos inhábiles, conforme a los arts. 182 y 183 LOPJ, éstos son, además de sábados y domingos, los festivos nacionales y los de cada Comunidad Autónoma o localidad, así como, con carácter general y salvo las que se declaren urgentes por la ley, los del mes de agosto, y los que transcurren entre el 24 de diciembre hasta el 6 de enero del año siguiente, ambos inclusive, para todas las actuaciones judiciales.

siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo, y se contará en ellos el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas” (art. 133.1 LEC), indicándose expresamente, respecto de plazos señalados por meses o años, que “los plazos que concluyan en sábado, domingo u otro día inhábil se entenderán prorrogados hasta el siguiente hábil” (art. 133.4 LEC).

La nota más característica es la que aparece relacionada con la presentación de escritos, que, conforme al art. 135 LEC, si ésta estuviera sujeta a plazo, dicha presentación puede realizarse “hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento” (éste es el denominado en el foro “día de gracia”), introduciéndose, en virtud de Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, la posibilidad de que dicho plazo al que está vinculado ese escrito pueda ser “procesal o sustantivo”, ello a pesar de que, según vemos, es diferente el cómputo entre estos dos tipos de plazos, ya que —entre otras cosas— en los sustantivos no está previsto que se descuenten los días inhábiles (así lo establece expresamente el art. 5.2 CC), no se prevé prórroga hasta el día siguiente hábil, si el plazo contado por meses o años concluyera en día inhábil, y desde luego, el Código Civil tampoco incluye esa posibilidad de prórroga automática hasta las 15:00 horas del día siguiente hábil al de vencimiento, y ninguna modificación al respecto ha realizado el legislador, en relación al cómputo de tales plazos sustantivos, manteniendo el art. 5 CC su actual redacción desde el año 1974.

La cuestión es que los plazos procesales y los plazos sustantivos o civiles tienen una naturaleza distinta, y precisamente por eso, las normas aplicables a su cómputo son diferentes, y no susceptibles, en principio, de aplicarse de forma indistinta¹⁰. En este sentido se vino pronunciado reiteradamente la jurisprudencia, si bien, esta postura se vio posteriormente matizada, como veremos más adelante.

3. EL CONOCIDO EN LOS TRIBUNALES COMO “DÍA DE GRACIA”

3.1. Origen del “día de gracia” como medio de garantizar la integridad del plazo

Según hemos visto, en el cómputo de los plazos el día del vencimiento debe transcurrir por entero, es decir, hasta las 24 horas del día en cuestión. Ahora bien, cuando tal plazo implicaba alguna actuación que debiera realizarse en oficinas o establecimientos, que no estuvieran abiertos al público en determinados horarios, como lo son, de hecho, las oficinas judiciales, nos encontrábamos con la circunstancia de que, aunque el plazo aún estuviera vigente, jugaba en contra del interesado la existencia de un “horario inhábil”

¹⁰ Ruíz de la Cuesta Fernández (2009).

para poder ejercitar su derecho, lo que, *de facto*, implicaba una reducción del plazo y consecuente pérdida de derechos.

Este problema evidente, antes de la entrada en vigor de la LEC de 7 de enero de 2000 se resolvía en el sistema español permitiendo que los escritos sujetos a plazo perentorio se pudieran presentar ante el Juzgado de Guardia, siempre que fueran dirigidos “a cualesquiera otros órganos jurisdiccionales de la misma sede”, y se presentaran “una vez concluida la jornada de trabajo del Juzgado o Tribunal destinatario”, hasta las 24 horas¹¹. Así se garantizaba el respeto a la integridad del plazo en cuestión, ya que, en los plazos procesales, según el art. 303 de la anterior LEC del año 1881, debía contarse por entero el día del vencimiento¹².

Con la entrada en vigor de la actual LEC de 7 de enero de 2000 se cambia este sistema, estableciendo el art. 135 LEC respecto de escritos sujetos a plazo la posibilidad de presentarlos hasta las 15.00 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del mismo, para compensar la entonces nueva prohibición de presentar escritos civiles ante el Juzgado de Guardia, indicada expresamente en el apartado 2 del precepto –que en su primera redacción establecía que “en las actuaciones ante los tribunales civiles, no se admitirá la presentación de escritos en el Juzgado que preste el servicio de guardia”, texto que se mantiene, actualmente, en su apartado 5-, constituyendo dicha previsión del “día de gracia” una excepción general al principio de improrrogabilidad de los plazos¹³, para garantizar el transcurso íntegro del mismo, salvando el escollo de la imposibilidad física de presentar físicamente escritos fuera de horario de oficina, pero aún dentro del plazo legal.

A tales efectos, en virtud de Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial de 10 de enero¹⁴ y 21 de marzo de 2001¹⁵, se modificó el art. 41 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, para ajustarlo a la nueva previsión legal, cerrando el Juzgado de Guardia a la presentación de escritos en asuntos civiles, con independencia de que el trámite se correspondiera con la LEC de 1881, o con la de 2000¹⁶, en el entendimiento de que esta actividad de recepción de escritos meramente administrativa no debía entorpecer las funciones propias del Juzgado de Guardia.

¹¹ Art. 41 del Reglamento 5/1995 de 7 de junio, de aspectos accesorios de las Actuaciones Judiciales, en su redacción original.

¹² López Chocarro (2021).

¹³ Aguilera Morales (2000).

¹⁴ Modificó el artículo 41, para adaptarlo a las nuevas previsiones de la LEC, al disponer que “los Juzgados de Instrucción que presten el servicio de guardia no admitirán la presentación de escrito alguno dirigido a otros órganos jurisdiccionales” https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2001-807

¹⁵ Se modifica nuevamente el artículo 41, estableciendo que “los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia, cuando en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 135.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no admitan la presentación de un escrito, vendrán obligados a entregar al presentador del mismo, a solicitud de éste, una certificación acreditativa del intento de presentación, con mención del escrito, del órgano y del procedimiento a que se refiere y de la no admisión del mismo en el Juzgado de Guardia en aplicación del citado precepto legal <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-6153>

¹⁶ García Romo (2001).

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que esta previsión legal que implica el “día de gracia” tiene carácter supletorio, conforme al art. 4 LEC¹⁷, de modo que es aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, y no solo al orden civil. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo, por ejemplo, respecto del orden Contencioso-Administrativo en Sentencia de su Sala Tercera de 1 de febrero de 2005, que, con cita de otras, reconoce expresamente la supletoriedad de la LEC “en lo no previsto por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al no regularse por ésta la presentación de escritos de término cuando no es posible efectuar aquélla en la Secretaría del Juzgado o Tribunal o en la oficina de servicio de registro central que está establecido, en virtud del expresado carácter supletorio hay que entender, como ya se ha indicado, que la referida presentación de escritos de término podrá efectuarse en la forma prevista en el artículo 135.1 al que nos venimos refiriendo”¹⁸. Asimismo, respecto del orden Social, en su STS de 23 de febrero de 2003¹⁹ (Sala Cuarta), el Alto Tribunal reconoce la aplicabilidad del art. 135 LEC, y consecuente validez de una demanda presentada ante la jurisdicción social antes de las 15 horas del día hábil siguiente al de vencimiento del plazo, ratificando con ello una doctrina ya contenida en diversos Autos, que cita²⁰. En definitiva, se reconoce la perfecta aplicación de la LEC en el ámbito laboral, de modo que toda demanda presentada en el día de gracia ha de considerarse presentada en tiempo oportuno²¹.

3.2. Algunas soluciones de derecho comparado

Evidentemente, este vencimiento del plazo en horas administrativamente inhábiles no es un problema que afecte exclusivamente al ordenamiento jurídico español. De hecho, son diversas las soluciones de derecho comparado que podemos encontrar. Así, por ejemplo, los Códigos de Procedimiento argentino establecen un plazo “de gracia”, similar al español, que admite la presentación de escritos en las primeras horas hábiles posteriores a la conclusión del plazo. Por ejemplo, el art. 70 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, en su segundo párrafo, establece que “los escritos no presentados en las horas de oficina del día que vence el plazo respectivo podrán ser entregados válidamente en secretaría, con o sin cargo de escribano dentro de las horas de audiencia del día hábil inmediato”, prórroga que se otorga, como en el caso español, para asegurar la integridad

¹⁷ Que establece que “en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”.

¹⁸ ECLI:ES:TS:2005:481, doctrina que mantiene la Sala Tercera en resoluciones posteriores, como la STS de 3 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7890), o la STS de 26 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9151).

¹⁹ ECLI:ES:TS:2003:1290

²⁰ “Muestra de ello, son los autos, resolutorios de recursos de queja, de 18-7-01 (rec. 1080/01), 20-7-01 (rec. 1079/01), y dos de 27-9-01 (rec. 1078/01 y 1100/01 respectivamente)”.

²¹ Buendía Jiménez (2005).

de los plazos²², técnica usada por el legislador argentino, también por el nacional, para respetar el sistema de cómputo por días completos establecido en el Código Civil argentino²³, conforme al cual “día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche”²⁴. También en el caso argentino encontramos tribunales respecto de los que se habilita una “mesa permanente”²⁵ de entradas, que pueden recibir escritos en horas inhábiles²⁶, de forma similar a la previsión de nuestra anterior LEC, que admitía presentaciones de escritos ante el Juzgado de Guardia, si bien actualmente estos servicios están informatizados²⁷.

En cuanto al ejemplo peruano, como consecuencia de la covid-19 se produce, en el año 2020, la implementación total de su Mesa de Partes Electrónica (en adelante, MPE), en funcionamiento desde 2017. La misma tiene por finalidad la recepción electrónica de todo tipo de escritos dirigidos a tribunales peruanos, si bien se complementa con una mesa de partes de recepción de documentos en soporte papel. Esta MPE, al funcionar a través de Internet, permite la presentación de escritos todos los días, incluyendo festivos, y a cualquier hora, circunstancia que, evidentemente, influye en el cómputo de los plazos, ya que el Poder Judicial peruano entiende recepcionados los escritos, a efectos del cómputo, en el momento en que éstos se presentan, independientemente del día o de la hora en que esto suceda, si la presentación es electrónica²⁸ (a diferencia del caso español que, si la presentación del escrito se hace de forma telemática en día u hora inhábil, se entenderá presentado a primera hora del día siguiente hábil).

Por su parte, en Colombia el criterio seguido es que la presentación de escritos debe llevarse a cabo hasta el último día hábil, y dentro del mismo, dentro del horario de atención pública de la entidad ante la cual se esté presentando, es decir, que no finaliza el plazo hasta la medianoche del último día, como sucede en derecho español, sino que debe adaptarse la parte al horario de oficina correspondiente. Así, dispone el Código General del Proceso colombiano, en el inciso final de su art. 109, que “los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término”. En con-

²² Liendo (2017).

²³ Peyrano (2016)

²⁴ Conforme al rt. 24 Código Civil Argentino “El día es el intervalo entero que corre de medianoche a medianoche; y los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de su fecha”. https://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_preliminar_tituloII.htm

²⁵ <https://www.justiciasantafe.gov.ar/index.php/circulares/circular-nro-40-actualizacion-del-reglamento-unificado-de-las-mesas-de-entradas-unica-del-poder-judicial-de-la-provincia-de-santa-fe-para-el-fuero-laboral/> “8.- ADMISIÓN Y REMISIÓN DE CAUSAS: Las causas serán admitidas en la Mesa de Entrada Única hasta la hora 12:45 de cada día hábil, según Circular nro.40. Actualización del Reglamento Unificado de las Mesas de Entradas Única del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe para el Fuero Laboral”.

²⁶ Moisset de Espanés (2015)

²⁷ Así, encontramos una mesa de Entrada Única Electrónica: <https://www.justiciasantafe.gov.ar/wp-content/uploads/2022/10/7547.pdf>

²⁸ Bulnes Alegría (2023)

secuencia, cualquier plazo llega a su fin el día de vencimiento del cómputo, pero sin que éste se deba completar por entero, sino que la presentación debe llevarse a cabo dentro del horario de audiencia previsto²⁹.

También encontramos otro tipo de soluciones, como la prevista en el caso de Portugal, cuyo ordenamiento permite la presentación de escritos hasta dentro de los tres días hábiles siguientes al vencimiento, si bien condiciona esta posibilidad al abono de una multa (artículo 139 del Código Procesal Civil).

3.3. ¿Se ha visto el día de gracia afectado por el expediente judicial electrónico?

En cuanto al origen del expediente electrónico en nuestro proceso civil, ya en reforma de la LOPJ del año 1994 se introduce en el art. 230.1 de la misma la entonces posibilidad (hoy obligación) de que fueran utilizados por los Juzgados y Tribunales “cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones”. Con posterioridad, en el año 2000, la actual LEC incluyó los que denominó “nuevos medios de prueba” (medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, y los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas), así como la grabación de juicios y vistas³⁰. Esto último supuso una importante innovación, incluso a nivel europeo, que además exigió un notable esfuerzo para adaptar los Juzgados y Tribunales a las oportunas necesidades técnicas³¹.

Ahora bien, la reforma legal más ambiciosa, que aborda por primera vez el concepto de un expediente judicial electrónico, es la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia³². Según su propia Exposición de Motivos, lo que se pretendía era ir instaurando poco a poco el empleo de las nuevas tecnologías, estableciendo su empleo obligatorio tanto para los órganos judiciales como para los propios profesionales hasta llegar, en última instancia, a un proceso judicial íntegramente electrónico³³. A estos efectos, se han ido afrontando sucesivas reformas legales, debiendo destacar la Ley 42/2015, de 5 de octubre y la más reciente, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

²⁹ Pinilla Galvís (2013).

³⁰ El art. 147 LEC, en su redacción original del año 2000, establecía por primera vez que “las actuaciones orales en vistas y comparencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. La grabación se efectuará bajo la fe del Secretario Judicial, a quien corresponderá la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales”.

³¹ Gómez Martínez (2003)

³² Dicha Ley 18/2011 define en su art. 26 el expediente judicial electrónico como “conjunto de datos, documentos, trámites y actuaciones electrónicas, así como de grabaciones audiovisuales correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga y el formato en que se hayan creado”.

³³ Valero Canales (2018)

Así pues, en el año 2015 se reformó la LEC, a efectos de implantar nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, fijando como fecha a partir de la cual debían emplearse medios telemáticos para la presentación de escritos y documentos ante Juzgados y Tribunales el 1 de enero de 2016. A estos efectos, se reformó el art. 135 LEC, para permitir presentar escritos y documentos en formato electrónico, adaptándose al funcionamiento del sistema LexNET (sistema que comenzó a implantarse en 2007³⁴ y que permite la comunicación entre Administración de Justicia y profesionales, en especial procuradores, de modo que éstos pueden presentar escritos y documentos y recibir resoluciones, haciendo innecesaria la presentación en papel³⁵).

En consecuencia, desde el año 2016, salvo puntuales excepciones, los escritos dirigidos a Juzgados y Tribunales deben presentarse telemáticamente, y esto puede hacerse en cualquier momento, es decir, con independencia de que sea día u hora inhábil a efectos procesales. La presentación es posible, si bien si se produce, como se ha indicado, fuera de horario hábil, el escrito se tiene por presentado, y produce sus correspondientes efectos, desde el primer día y hora hábil siguiente.

No obstante, independientemente de esta posibilidad de presentar los escritos telemáticamente, se mantuvo, y se mantiene a día de hoy, la prórroga legal del plazo que implica el “día de gracia”, tanto para la presentación física (en formato papel, aún permitida en determinados —aunque escasos— supuestos, básicamente cuando la parte es un particular, y se trate de un asunto que no precise la intervención de Letrado ni Procurador³⁶) como para la presentación telemática³⁷.

Esta evolución hacia un proceso íntegramente electrónico cuestiona la necesidad del “día de gracia” toda vez que, según hemos visto, la función del mismo es precisamente garantizar a la parte que puede hacer uso del

³⁴ Mediante el Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos.

³⁵ Platero Alcón (2020).

³⁶ Según el art. 32 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, que introduce en la LEC múltiples reformas relacionadas con las TIC dentro del proceso civil, “la presentación de escritos y documentos, los actos de comunicación, la consulta de expedientes judiciales o de su estado de tramitación, cualesquiera otras actuaciones y todos los servicios prestados por la Administración de Justicia se llevarán a cabo por medios electrónicos”. Si bien, exceptúa “a las personas físicas que, conforme a las leyes procesales, no actúen representadas por Procurador. En estos casos, las personas físicas podrán elegir, en todo momento, si se comunican con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos o no, salvo en aquellos supuestos en los que expresamente estén obligadas a relacionarse a través de tales medios”.

³⁷ Así, el art. 135.5 LEC, en su primer párrafo, se refiere expresamente a “cualquiera que sea la forma” de presentación. Por su parte, conforme al art. 12.1 del RD 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET, los canales electrónicos establecidos para la comunicación con la Administración de Justicia “estarán en funcionamiento durante las veinticuatro horas del día, todos los días del año”, si bien, “en ningún caso la presentación electrónica de escritos y documentos o la recepción de actos de comunicación por medios electrónicos implicará la alteración de lo establecido en las leyes sobre el tiempo hábil para las actuaciones procesales, plazos y su cómputo”.

plazo establecido en su integridad, hasta las 24 horas del día de vencimiento. Esta finalidad justificaría dicha prórroga legal del plazo en los supuestos de presentación física de escritos, pero pierde en cierto modo su sentido en el caso de presentación telemática, ya que, en este caso, los escritos pueden presentarse a cualquier hora.

Pese a la lógica de este planteamiento, lo cierto es que el legislador decidió mantener el “día de gracia”, aún con la implantación de la presentación telemática de escritos, ya que de hecho, añadió al art. 135.5 LEC la referencia a “cualquiera que fuera la forma de presentación”, dejando clara la vigencia del mismo en los dos posibles medios de presentación de escritos: físico —en papel— o telemático³⁸. En definitiva, el denominado “día de gracia”, es aplicable en todo caso, aunque los escritos se presenten de manera telemática³⁹, pese a que en estos casos esta prórroga pierde su razón de ser original, ya que no se ven afectados estos escritos por la impedimento que suponía la necesidad de ajustarse al horario de oficina⁴⁰.

Esta transformación digital de la Administración de justicia sigue avanzando, y ello se ha visto recientemente reflejado en la reforma de la LEC llevada a cabo por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, que pretende, según su propia Exposición de Motivos, “potenciar el entorno digital con el propósito de favorecer una más eficiente potestad jurisdiccional”, mediante el impulso de la relación digital entre los justiciables y los tribunales a través del Expediente Judicial Electrónico. Si bien, pese a esta amplia reforma de la LEC, en materia de cómputo de plazos se mantiene, en esencia, la redacción del art. 135 LEC, de manera que sigue siendo posible la presentación de escritos, aunque sea de forma telemática, hasta las 15:00 horas del día siguiente al día final de cómputo, si son escritos sujetos a plazo, ya sea dicho plazo, y aquí está la novedad, *sustantivo o procesal*.

3.4. Problemas prácticos que plantea la aplicación del “día de gracia” al expediente judicial electrónico

i) Fallos técnicos a la hora de presentar el escrito de forma telemática

Según hemos visto, con la evolución del expediente judicial electrónico, los escritos deben presentarse, en la gran mayoría de los casos, de forma telemática, aunque la LEC, pese a ello, mantiene esta prórroga legal del plazo que

³⁸ Herráiz Pages (2017).

³⁹ Blázquez Martín (2021).

⁴⁰ El proyecto de la que luego sería la Ley 42/2015 sí establecía inicialmente esta distinción y ceñía el empleo del “día de gracia” para los escritos que se presentaran de forma física: así, disponía literalmente que “en los casos permitidos por las leyes procesales de presentación de escritos y documentos en soporte papel, si ésta estuviere sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial”. Si bien, el texto fue enmendado por el Partido Popular, y consecuencia de ello, la versión definitiva de la LEC admitió la presentación de escritos hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo “cualquiera que sea la forma de presentación”.

constituye el “día de gracia”. Tal presentación telemática de escritos presenta múltiples ventajas, entre las que destaca la no necesidad de sujeción a horarios de oficina, si bien, uno de los principales problemas que se plantean en la práctica es el de los inevitables fallos técnicos, que pueden a veces impedir la presentación de un escrito, cuestión que se complica si tenemos en cuenta la tendencia general entre los Letrados de apurar los plazos al máximo.

La LEC solventa la posible existencia de un contratiempo de carácter técnico que no permita la presentación telemática de un escrito permitiendo su presentación “en soporte electrónico en la oficina judicial ese día o el día siguiente hábil”, acompañando el justificante de la interrupción o de haber intentado dicha presentación sin éxito (art. 135), pero podría darse el caso de que se esté presentando el escrito en el último día hábil, y el asunto se tramite en un Juzgado que se encuentre en un partido judicial distinto (y lejano) al lugar en que el Letrado tiene su despacho profesional.

Esto, precisamente, fue lo que le sucedió a un abogado que, agotando el día de gracia, al ir a presentar una demanda iniciando recurso contencioso-administrativo, ello no le fue posible por un fallo en el sistema. Al encontrarse con que era el último día de plazo y estaba lejos del partido judicial en cuestión, de modo que no podía comparecer en la oficina judicial al día siguiente, decidió presentarlo en la oficina de correos de su domicilio profesional esa misma mañana, dirigiéndola al Juzgado competente. El recurso fue inadmitido por el Juzgado, por presentarse fuera del plazo legal.

El Letrado recurrió la resolución, exponiendo que se presentó en la oficina de correos debido a la imposibilidad de presentarse en forma telemática, no imputable al recurrente. Es destacable la Sentencia dictada por el TSJ de Aragón el 20 de enero de 2020⁴¹, que resuelve favorablemente el recurso, al indicar que, pese a que esa presentación en Correos no está, realmente, prevista en el art. 135 LEC, “vista la imposibilidad acreditada de hacer la presentación en la sede electrónica por causa que no consta que pueda ser imputada a la parte, debe darse prevalencia al derecho constitucionalmente reconocido a la tutela judicial efectiva sobre la norma procesal que fija dónde deben presentarse los escritos”.

Así, el Tribunal Superior de Justicia aragonés prima el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE a la literalidad del art. 135 LEC, en el entendimiento de que un funcionamiento defectuoso de los medios telemáticos de la Administración de Justicia no pueden, o no deben, impedir a la parte el acceso a los tribunales y el dictado de una resolución en cuanto al fondo⁴². Es loable este pronunciamiento del Tribunal, ya que salva una falta de previsión de la norma jurídica, como es la posibilidad de que no sea factible la presentación física del escrito en el día hábil siguiente en casos de fallos técnicos que impidan la presentación telemática en el día de gracia, es decir, habiendo agotado ya la integridad del plazo.

⁴¹ ECLI:ES:TSJAR:2020:51

⁴² Corvinos Baseca (marzo 2020).

ii) Presentación telemática in extremis

Nuevamente como consecuencia de la costumbre de algunos Letrados de llevar al extremo el agotamiento del plazo, surge el supuesto de presentación, el mismo día de gracia, de un escrito de preparación de recurso de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la particularidad de que constaba presentado a través de Lexnet pasados dos segundos las 15:00 horas (o lo que es lo mismo, a las 15:00:02 horas), inadmitiendo, en consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia la preparación del recurso por extemporáneo.

Frente a esta resolución, se interpuso un recurso de queja, que se resuelve por medio de Auto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2022⁴³, considerando que “hasta que no son las 15:01 horas, sean cuales sean las fracciones de tiempo transcurridas, siguen siendo las 15:00 horas”. Es decir, ante la falta de precisión de segundos concretos en el precepto, el Alto Tribunal decide que debe primar el derecho a la tutela judicial efectiva frente al exceso, por unos segundos, de la hora fijada como límite para la presentación del escrito, ya que una interpretación del precepto excesivamente rígida supondría una vulneración del derecho recogido en el art. 24 de nuestra Constitución⁴⁴.

Sin duda, esta postura del Tribunal Supremo merece también una valoración positiva, ya que sigue el criterio de rechazar interpretaciones excesivamente formalistas de la norma procesal en pro del derecho a la tutela judicial efectiva, en el entendimiento de que el sistema de registro de entrada telemático de escritos (Lexnet) que establece la hora de presentación, debe estar al servicio del proceso y de los derechos del justiciable, y no al revés⁴⁵.

4. RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE APLICACIÓN DEL CÓMPUTO PROCESAL A PLAZOS SUSTANTIVOS

Múltiples son las resoluciones judiciales que reconocen la diferente naturaleza de plazos procesales y plazos civiles, circunstancia que justifica el tratamiento dispar de unos y otros, y de hecho, muchas de ellas han negado que sean aplicables a los segundos las normas de cómputo de los primeros.

⁴³ ECLI:ES:TS:2022:10251A

⁴⁴ Se explica el Tribunal indicando que “aplicar un criterio interpretativo en el que se tuvieran en cuenta los segundos vendría a suponer el acogimiento de un modelo resultante de una decisión técnica (el mecanismo empleado por la plataforma Lexnet o equivalente), frente a lo establecido en las normas reguladoras de la materia; así como frente a la dicción que ha sido práctica habitual de esta misma Sala. A lo que se añadirían las diferencias que se producirían entre litigantes según el resguardo expedido en cada caso. Y, en fin, sin perjuicio de que dicha interpretación podría presentarse como desproporcionadamente formalista y, en consecuencia, desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva”.

⁴⁵ Chaves García (2022).

Aunque también encontramos resoluciones que sí admiten que los plazos civiles puedan sujetarse a las reglas de cómputo procesales. De hecho, existían, antes de la reforma legal de 2015 y de la reciente de 2023, posturas en ambos sentidos: tanto negando que fuera factible aplicar reglas de carácter procesal a un plazo puramente sustantivo, como asimilando la demanda a un acto procesal y concediéndole, en virtud de esa similitud, la posibilidad de que le fueran de aplicación las normas de cómputo de plazos procesales —postura ésta última que, según veremos, fue ganando terreno frente a la que negaba esa posibilidad—⁴⁶.

4.1. Sentencias de las Audiencias Provinciales

Así, en cuanto a la postura sostenida por las distintas Audiencias Provinciales, pueden citarse como ejemplos de resoluciones que no admiten la aplicación del cómputo procesal a un plazo civil la SAP de Cáceres, de 29 de mayo de 2008⁴⁷, que entiende extemporánea una demanda de impugnación de acuerdo social (para la que se fija un plazo de caducidad de 40 días), que fue presentada al día siguiente del último día de cómputo. En idéntico sentido, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 13 de junio de 2005⁴⁸ razona, respecto del ejercicio de una acción de retracto, que el plazo legal de nueve días previsto para su ello “es un plazo sustantivo y no procesal, lo que hace aplicable el artículo 5 del Código Civil, del que resulta que en los plazos por días a contar de uno determinado, éste queda excluido del cómputo que comenzará al día siguiente, y que del cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles. Lo que conlleva que si el último día del cómputo es inhábil no hay prórroga del plazo y se da por cumplido el término”.

Asimismo, la SAP de Asturias de 5 de febrero de 2004⁴⁹, respecto de una demanda de recuperación de la posesión, para la que se señala el plazo de un año desde el despojo, plazo que identifica el Tribunal como de caducidad y de carácter sustantivo, se entiende caducada la acción por haberse presentado la demanda en el día de gracia del art. 135, precepto que no se considera aplicable al caso, puesto que el mismo está previsto para “los comúnmente conocidos como “escritos a término” que se refieren a aquellos relativos a actuaciones en juicio (como dice el artículo 132.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es decir, a procedimientos en marcha”. También en sentido contrario, y particularmente clara al respecto, es la SAP de Valencia de 9 de diciembre de 2008⁵⁰, que razona “cierto es que la presentación de una demanda es un acto procesal de parte, pero ello no implica que sea de aplicación el art. 135.1 de la LEC, pues sometida la acción de que se trata a un plazo de caducidad,

⁴⁶ Ruiz de la Cuesta Fernández (2009).

⁴⁷ ECLI:ES:APCC:2008:471

⁴⁸ ECLI:ES:APTF:2005:989

⁴⁹ ECLI:ES:APO:2004:431

⁵⁰ ECLI:ES:APV:2008:5964

que no admite interrupción, la entrada en juego de ese precepto implicaría la posibilidad de dar virtualidad a una demanda una vez extinguida ya la acción, y ello no es posible, pues una norma eminentemente procesal, como al del art. 135 de la Ley ritualaria, no puede hacer revivir una acción ya fenecida y extinguida por caducidad”.

En sentido opuesto, admitiendo la aplicabilidad del sistema procesal de cómputo a plazos de carácter sustantivo, encontramos la SAP de Zaragoza, de 31 de mayo de 2006⁵¹, que en relación al ejercicio de una acción de retracto, admite la aplicación del art. 135 LEC, al ser inhábil el día de vencimiento. De idéntica forma, la SAP de Barcelona, de 13 de noviembre de 2006⁵², también en un caso de retracto, resuelve que, aunque “el plazo para el ejercicio de la acción de retracto es un plazo civil”, el ejercicio de ese derecho “únicamente puede sustanciarse a través de la presentación de la oportuna demanda ante el Juzgado”, siendo esa demanda un “acto procesal debe regirse por las reglas que rigen la presentación de los escritos”, o dicho de otra forma, cabe aplicar lo dispuesto en el art. 135, “ya que entenderlo de otra manera supondría cercenar el derecho del arrendatario”.

4.2. Postura del Tribunal Supremo

Como ya se ha indicado, en un momento inicial, el Tribunal Supremo se mostró contrario a que las normas de cómputo de plazos previstas en la LEC pudieran ser de aplicación a aquellos plazos que tuvieran carácter sustantivo. Así, la STS de 22 de enero de 2009⁵³, con cita en la misma de otras muchas (como las SSTs 1 de febrero de 1982, 28 de septiembre de 2000 o 26 de abril de 2000), expresamente indicaba que “la jurisprudencia de esta Sala, distinguiendo entre términos o plazos sustantivos y procesales, tiene declarado que sólo ofrecen carácter procesal los que tengan su origen o punto de partida en una actuación de igual clase (notificación, citación, emplazamiento o requerimiento), pero no cuando se asigna el plazo para el ejercicio de una acción”. Sigue diciendo la misma resolución que dicha conclusión “en modo alguno puede verse matizada por la aplicación del principio *pro accione* (...): Se está en análogo caso al resuelto por la Sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 1992, cuando ya se negó virtualidad alguna al mencionado principio a efectos de anular los efectos de la caducidad, por atañer ésta a la seguridad del tráfico jurídico, pudiendo ejercitarse los derechos subjetivos solamente en el tiempo, forma y manera que vienen reglamentados por Ley, y quien no se ajusta a ella ha de pechar con las consecuencias perjudiciales previstas”⁵⁴.

⁵¹ ECLI:ES:APZ:2006:1146

⁵² ECLI:ES:APB:2006:9299

⁵³ ECLI:ES:TS:2009:36

⁵⁴ En idéntico sentido encontramos también la STS de 10 de noviembre de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:19224).

Esta postura, que era la que venía sosteniendo el TS, comienza a cambiar tras la entrada en vigor de la LEC de 7 de enero de 2000, ya que, si bien sigue reconociendo, como no puede ser de otro modo, la diferente naturaleza de plazos sustantivos y procesales, sin embargo, frente a resoluciones anteriores, ahora sí admite la aplicabilidad de las normas sobre plazos procesales a los plazos sustantivos, justificando la misma en que, aunque para la efectividad de un derecho se fije un plazo sustantivo, su ejercicio se materializa por medio de una demanda, que es un acto procesal, el cual debe ajustarse a las normas procesales, lo que incluye las que regulan el cómputo de los plazos⁵⁵.

Dicha doctrina se cristaliza a partir de la STS de 29 de abril de 2009, de Pleno⁵⁶, que resuelve acerca de la caducidad de una acción de retracto arrendaticio. En dicha resolución, el Tribunal Supremo reconoce que estamos, en efecto, ante un plazo de caducidad “lo que exige que el derecho se ejercite en un período determinado, transcurrido el cual decae y la institución de la caducidad opera, en principio, en el ámbito propio del derecho material o sustantivo y no en el del derecho procesal, en cuyo cómputo no se excluyen los días inhábiles, a diferencia de los plazos propios del proceso, tal y como establece el Artº.5 del Código Civil”⁵⁷.

Pese a lo incuestionable de esta afirmación, el Tribunal Supremo justifica su postura cuando establece que “la acción judicial que pone en movimiento el derecho de retracto sólo se materializa a través de la presentación de una demanda que formula el titular del derecho ante el órgano jurisdiccional y este acto de presentación es un acto de naturaleza procesal que da lugar, con su admisión, a la iniciación del proceso”. De este modo, respalda su posición explicando que no es una cuestión de cómputo de plazos como tal, ya que, en puridad, el mismo no se está alterando, sino que con este pronunciamiento se pretende asegurar “al titular del derecho cuyo ejercicio se encuentra sometido a un plazo de caducidad a disponer del mismo en su integridad con perfecto ajuste al artº. 5 del Código Civil, que aunque no menciona el día final del cómputo, ha de transcurrir por entero, habrá que entender que es así pues no excluye aquel precepto en su texto el día del vencimiento, a diferencia de lo que dispone sobre el día inicial”.

Así, entiende el Tribunal Supremo que una interpretación más literal y rigorista causaría “un efecto contrario al derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva”, ya que se estaría privando al titular del derecho de disponer íntegramente del plazo que la ley le concede, y de esta facultad de agotar el plazo, se indica en la sentencia que “no puede ser privado por las normas procesales u orgánicas que imposibilitan el pleno ejercicio de la acción ante los órganos judiciales”, doctrina que ha sido mantenida en posteriores resoluciones por el Tribunal Supremo respecto de acciones sujetas a plazo⁵⁸, tales

⁵⁵ Sanz López (2021)

⁵⁶ ECLI:ES:TS:2009:2391

⁵⁷ Sánchez Jordán (2009).

⁵⁸ López Chocarro (2021).

como la STS de 25 de marzo de 2015⁵⁹ y STS de 9 de febrero de 2016⁶⁰, entre otras muchas⁶¹, que admitieron la aplicabilidad del art. 135 LEC a plazos sustantivos, como los de caducidad o los establecidos para el ejercicio de una acción de retracto.

De este modo, el Tribunal Supremo reconoce las diferencias entre plazos procesales y sustantivos, y admite que el art. 135 LEC y sus previsiones sobre el día de gracia son para plazos procesales, no para los sustantivos. Pero entiende también, según hemos visto, que si para instar el derecho es necesario interponer una demanda, ésta es un acto procesal, al que le es de aplicación la norma procesal: por eso realmente no estamos ante un problema de plazos (no se altera el cómputo ni se prorrogan los mismos), sino de permitir a su titular el ejercicio de un derecho sujeto a plazo —concretamente, permitirle disponer de la integridad de dicho plazo—.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que esta postura del Tribunal Supremo es anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 42/2015 de 5 de octubre, en virtud de la cual se habilita la presentación telemática de escritos todos los días y a cualquier hora, es decir, incluso en días u horas inhábiles. Se ha cuestionado si tal reforma puede implicar un cambio de dirección en la comentada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación del cómputo de plazos previsto en la LEC a los plazos sustantivos, cuando éstos determinaban el ejercicio de un derecho ante los tribunales, toda vez que, al permitirse ahora la presentación telemática en cualquier momento, pierde peso la justificación de no privar al titular del derecho de la totalidad del plazo reconocido⁶².

Se ha señalado como ejemplo de que la comentada postura del Tribunal Supremo se mantiene, aún después de la referida reforma de 2015, la STS de 21 de junio de 2019⁶³, si bien esto no parece del todo cierto. Así, la resolución declara no prescrita una acción de reclamación de honorarios (sujeta, conforme al art. 1967 CC, a un plazo de tres años), cuyo día inicial era el 20 de febrero de 2015, y la demanda se presentó de forma telemática, a las 22:40 del 20 de febrero de 2018, es decir, antes de que transcurriera por entero el día del vencimiento, al ser un plazo civil, y no procesal, y por tanto, sujeto al 5 CC que, cuando “se refiere a los cómputos de los plazos lo hace a días completos (de las 0 a las 24 horas), al no establecer limitación horaria alguna”, y al presentarse antes de las 24 horas, la sentencia no entra a valorar si hubiera entrado en juego en este caso el “día de gracia”⁶⁴, de modo que realmente, no

⁵⁹ ECLI:ES:TS:2015:1082

⁶⁰ ECLI:ES:TS:2016:657

⁶¹ SSTs de 28 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4379) y 11 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4876).

⁶² Entiende que la postura del Alto Tribunal no se ve afectada por la reforma Sanz López (2021), puesto que la materialización del ejercicio del derecho a través de la interposición de una demanda sigue siendo un acto procesal, que debe regirse por normas procesales. En contra de este criterio se manifiesta, según veremos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:APZ:2020:1625).

⁶³ ECLI:ES:TS:2019:2026

⁶⁴ Blázquez Martín (2021).

se desprende de esta sentencia el mantenimiento (o no) de la postura expuesta del Tribunal Supremo.

4.3. La controvertida Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de noviembre de 2020

A raíz de la reforma de 2015, comienza a cuestionarse de nuevo la referida postura del Tribunal Supremo. Particularmente controvertida fue la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de noviembre de 2020⁶⁵, que contradice la tesis del Tribunal Supremo sobre la interposición de demandas en el “día de gracia”⁶⁶.

Mediante la demanda objeto de autos se ejercitaba una acción de nulidad de un acuerdo de junta de propietarios, sujeta a plazo, que finalizaba domingo, y fue presentada el lunes —día hábil siguiente—. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia considerando caducada la acción, al presentarse la demanda fuera del plazo legal, caducidad que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza⁶⁷, que cuestiona que pueda mantenerse la posición del Tribunal Supremo tras la nueva redacción del art. 135 LEC, que permite la presentación de escritos durante las veinticuatro horas del día, respecto de la interposición de una demanda sujeta a un plazo sustantivo. La sentencia reconoce el derecho a agotar los plazos en su integridad, pero entiende que, tras la referida reforma, se “ha restaurado la autonomía del cómputo del plazo sustantivo”, ya que no existe el impedimento material que sí había hasta entonces de presentar demandas en cualquier momento del día, respetando el plazo legalmente previsto en la norma sustantiva⁶⁸. De este modo, debe presentarse la demanda antes de extinguirse el plazo sustantivo, aunque eso implique su presentación en día inhábil a efectos procesales⁶⁹.

En conclusión, la sentencia considera que, desaparecido el impedimento material de que se respete el derecho de la parte a agotar un plazo que le es reconocido por ley para ejercitar una acción, necesariamente el art. 135 LEC debe aplicarse exclusivamente a escritos procesales, que son los que regula tal precepto, y entiende que la jurisprudencia del Tribunal Supremo vertida sobre esta cuestión ha perdido su razón de ser (sentencias del Alto Tribunal que, efectivamente, son anteriores a la reforma de la LEC del año 2015). Si bien, la Audiencia Provincial de Zaragoza no hace referencia a la lectura que lleva a cabo el Tribunal Supremo de determinados escritos iniciadores de procedimiento, cuando indica que hay derechos que, aún sujetos a plazo

⁶⁵ ECLI:ES:APZ:2020:1625

⁶⁶ Buendía Jiménez (2021).

⁶⁷ Álvarez Hernández (2021).

⁶⁸ Así, la Sentencia indica expresamente en su Fundamento de Derecho Tercero que “si la parte lo puede presentar telemáticamente, aunque sea en tiempo procesalmente inhábil debe así presentarlo si quiere respetar el plazo sustantivo”.

⁶⁹ Álvarez Hernández (2021).

sustantivo, solo pueden ejercitarse mediante la interposición de la demanda, que es un acto de carácter procesal, el cual debe estar, por tanto, sujeto a las normas procesales, incluyendo las relativas al cómputo de plazos.

Esta sentencia fue, como ya se ha adelantado, muy controvertida, especialmente entre los profesionales jurídicos, Letrados y Procuradores. De hecho, el Consejo General de la Abogacía Española publicó en su web unas notas críticas con la resolución, indicando que “cuatro sentencias del Tribunal Supremo contradicen las de la Audiencia de Zaragoza que acortan los plazos procesales”⁷⁰, emitiéndose también comunicado por el Colegio de Abogados de Madrid⁷¹, en el que se refiere que la sentencia no solo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable, sino también el derecho a la conciliación y al descanso de los profesionales de la justicia, ya que esta interpretación, se dice, los sujeta a la necesidad de ejercicio de su profesión todos los días del año durante 24 horas al día⁷².

5. EL LEGISLADOR CIERRA LA POLÉMICA (O NO) CON EL REAL DECRETO-LEY 6/2023

Consecuencia, tal vez, del intenso movimiento de profesionales judiciales derivado de la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (nada se precisa al respecto en la Exposición de Motivos, pero en verdad es una polémica reciente), el legislador decide suscribir y confirmar la postura del Tribunal Supremo, relativa a la aplicación de la normativa procesal a los plazos sustantivos, al menos en lo que se refiere al ya analizado “día de gracia”.

Así, mediante el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, se reforma el art. 135.5 LEC, vigente desde el pasado 20 de marzo, cuya nueva redacción establece que “la presentación de escritos y documentos, cualquiera que fuera la forma, si estuviere sujeta a plazo, *procesal o sustantivo*, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo”. Con ello parece que pretende el legislador, como se ha adelantado, acabar con una controversia extendida en el tiempo, y reactivada tras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de noviembre de 2020, ya analizada, acerca de la aplicabilidad de las normas relativas a la presentación de escritos procesales a aquellos plazos que tuvieran carácter sustantivo, extendiendo con ello, en cierto modo, el *dies ad quem* de plazos de prescripción o caducidad, si bien, tal extensión solo tendrá lugar cuando el derecho se ejercite ante los tribunales (no será, en consecuencia, aplicable ese “día de gracia” si se

⁷⁰ <https://www.abogacia.es/ro/actualidad/noticias/cuatro-sentencias-del-supremo-contradicen-a-la-audiencia-de-zaragoza/>

⁷¹ <https://web.icam.es/comunicado-de-la-junta-de-gobierno-sobre-la-sentencia-de-la-audiencia-provincial-de-zaragoza-seccion-4o-de-20-11-2020-relativa-a-la-interpretacion-de-los-plazos-sustantivos-y-su-presentacion-en-dia/>

⁷² Buendía Jiménez (2021).

pretende interrumpir la prescripción por otros medios, como puede ser la reclamación extrajudicial, que tendrá que realizarse antes del día final del plazo, con independencia de que el mismo sea hábil o inhábil).

Ahora bien, ¿pone fin con dicha reforma el legislador a este largo debate? Pues a mi entender no del todo, o al menos, no de forma suficiente como para no generar ninguna duda de interpretación, ya que al relacionar directamente esta posibilidad de vincular el cómputo de plazos sustantivos al apartado relativo al “día de gracia” (se entiende que estamos ante plazos referidos a un derecho que debe ejercitarse a través de la presentación de un escrito ante los Tribunales, es decir, a través de la interposición de una demanda), quedan huérfanos de solución otros problemas que plantea la literalidad del art. 5 CC, aplicable a plazos sustantivos, frente al cómputo procesal.

Así, conforme al art. 5 CC, “en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha”, debiendo tener claro lo que principalmente distingue un cómputo de otro: que “en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles” (lo que sí sucede en el cómputo procesal, conforme al art. 133.2 LEC). Frente a esto, aunque se entienda, a falta de precisión expresa, que el día del vencimiento debe transcurrir por entero, hasta las 24 horas, no hay ninguna manifestación equivalente a la del art. 133.4, conforme al cual “los plazos que concluyan en sábado, domingo u otro día inhábil se entenderán prorrogados hasta el siguiente hábil”, y nada se indica en este precepto, a diferencia del art. 135.5 LEC, respecto de los plazos sustantivos.

De este modo, un plazo procesal computado de fecha a fecha que venciera sábado, por ejemplo, se entendería prorrogado hasta el lunes a las 24 horas, siendo el martes el día de gracia. Si bien, respecto de un plazo sustantivo, esta prórroga al día siguiente hábil, que sí admitía la jurisprudencia, en ningún caso podría ir más allá del lunes a las 15:00 horas. Es, en efecto, un resquicio quizá residual, pero vista la mala costumbre en el foro de llevar al extremo el agotamiento de los plazos, seguramente tengan los tribunales, pese a las buenas intenciones del legislador de zanjar la cuestión, que volver a pronunciarse, esta vez para determinar si el art. 133.4 es aplicable a plazos sustantivos, porque la demanda se ha presentado más allá de las 15:00 horas, al día siguiente hábil de un día de vencimiento inhábil.

Por ello, se entiende que una solución correcta de este problema, en lo que a técnica legislativa se refiere, hubiera sido no modificar exclusivamente el art. 135.5, sino extender la reforma al art. 5 CC y al art. 133 LEC⁷³: con respecto al primero, indicando que si estamos ante plazos de ejercicio de acción ante los tribunales, la determinación del *dies ad quem* debe ajustarse a lo previsto en la LEC, y respecto del segundo, incluir la misma referencia a plazos sustantivos en el art. 133.4 LEC que en el reformado art. 135.5.

⁷³ Lopez Chocarro (2021).

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Según hemos visto, mediante la reforma introducida en virtud del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, el legislador modifica el art. 135.5 LEC, regulador del conocido en el foro como “día de gracia” —que permite la presentación de escritos hasta las 15 horas del día hábil siguiente al de la conclusión del plazo—. Esta modificación, pequeña en la forma, pero no en el fondo, se limita a la inclusión de tres palabras en relación a dicho plazo: “procesal o sustantivo”.

Con esta reforma, lo que se pretende por el legislador es cerrar un largo recorrido de debate doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial acerca de la aplicabilidad de este “día de gracia” a los plazos sustantivos, siguiendo, en cierto modo, la postura adoptada por la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, que admitía la aplicación a plazos sustantivos de las reglas de cómputo procesal de los arts. 133 y 135 LEC, fundamentando su postura en no privar al justiciable del derecho a agotar los plazos legalmente previstos, lo que implica que deba respetarse que el día de vencimiento de un plazo sustantivo transcurra por entero, justificando la aplicabilidad de la norma procesal en que si el derecho debe ejercitarse ante los tribunales, a través de una demanda, ésta es un acto procesal y como tal debe ser tratada.

Si bien, esta postura no solo era relativamente reciente, ya que con anterioridad el Alto Tribunal se había pronunciado reiteradamente en sentido contrario, es decir, entendiendo que no podían los plazos sustantivos acogerse a un sistema de cómputo procesal, sino que resultó nuevamente cuestionada en alguna resolución tras la reforma de la LEC llevada a cabo por la Ley 42/2015 de 5 de octubre, en virtud de la cual se habilitó la presentación telemática de escritos ante los tribunales cualquier día y a cualquier hora, es decir, incluso en días u horas inhábiles.

Y es que aunque, pese a ello, el legislador mantiene tras la reforma la posibilidad de presentar escritos en el “día de gracia”, ciertamente con este cambio legislativo pierde, en cierto modo, su razón de ser la aplicación del cómputo procesal al plazo sustantivo, ya que no hay impedimento material para presentar escritos agotando el plazo, hasta las 24 horas de día de vencimiento, al no ser ya necesario ajustarse a horarios de oficina. Así se pronuncia la SAP de Zaragoza de 20 de noviembre de 2020, contraviniendo de forma consciente y razonada la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, y con gran revuelo, sobre todo, de profesionales de la Abogacía y la Procura.

Pretende el legislador, en definitiva, poner fin a un problema de interpretación de la norma, prolongado en el tiempo y nunca del todo resuelto, ya que es comprensible la tendencia de unos Tribunales absolutamente colapsados de aplicar, en ocasiones, de forma restrictiva las reglas de admisibilidad de nuevas demandas, sobre todo si ha sido la parte la que, voluntariamente, ha apurado hasta el límite y más allá el transcurso del plazo.

El legislador ha inclinado, en este caso, la balanza en favor de una extensión de los derechos del justiciable, permitiendo que si un derecho sustantivo se tiene que ejercitar a través de un acto procesal, ese acto de iniciación del mismo, normalmente la interposición de una demanda, pueda verse beneficiado de esa breve prórroga legal de los plazos que implica el “día de gracia” recogido en el art. 135.5 LEC.

Ahora bien, pese a las indudables buenas intenciones del legislador de cerrar este largo capítulo de idas y venidas sobre el cómputo de los plazos y la admisibilidad de demandas presentadas fuera de plazo sustantivo, pero con cabida si el cómputo era el procesal, lo cierto es que ha sido quizá escueto, impreciso, o si se prefiere, poco contundente a la hora de dejar claro el nuevo sistema, cuando ningún trabajo costaba, ya puestos y con la reforma extensa que ha supuesto el Real Decreto-ley 6/2023, dejar fuera de toda duda el sistema de cómputo de plazos, modificando también en el mismo sentido el art. 133.4 LEC, e incluso el art. 5 CC, estableciendo, de paso, un régimen uniforme en ambos cuerpos legales.

Así, como se ha señalado ya, ceñirse a una breve referencia a que el “día de gracia” del art. 135.5 LEC es de aplicación a plazos sustantivos deja cierto margen de error, pequeño pero existente, dada la tendencia natural, en la práctica de los Tribunales, al agotamiento innecesario y extremo de los plazos, ya que nada se dice de si es aplicable también a plazos sustantivos la prórroga al día siguiente hábil (hasta las 24 horas) de los plazos procesales, cuando el día de vencimiento es inhábil, conforme al art. 133.4 LEC. Tocar, de nuevo, a los Tribunales pronunciarse sobre este extremo cuando algún Letrado amante del riesgo presente una demanda más allá de las 15:00 horas del día hábil siguiente (“de gracia”), cuyo plazo sustantivo de prescripción o caducidad vencía en día inhábil, alegando entonces que es de aplicación el art. 133 LEC y que el plazo aún no está del todo vencido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilera Morales, E. (2000), Las actuaciones judiciales requisitos y características generales. *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, 12, 1289-1296.
- Álvarez Hernández, F. (2021) Plazos sustantivos, medios telemáticos y presentación de la demanda en el «día de gracia» ex. art. 135.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *Sección Tribuna*, Nº 9837, Wolters Kluwer.
- Bejarano Hernández, A. (1994) La caducidad de derechos en el derecho laboral. *Tesis Doctoral en Universitat Pompeu Fabra* (dir. Alarcón Caracuel, M. R.).
- Blázquez Martín, R. (2021) Jurisprudencia de la Sala 1ª del TS sobre el cómputo de los plazos procesales, *Diario La Ley*, Nº 9970, Sección Dossier, Wolters Kluwer.
- Buendía Jiménez, J. A. (2021) Presentación de la demanda por despido antes de las 15 horas del día siguiente al del vencimiento del plazo de caducidad, comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2005, *Iuslabor*, nº 3.
- Buendía Jiménez, J. A. (2021) Digitalización, día de gracia y orden social de la jurisdic-

- ción. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 287/2020, de 20 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 459, 245-254.
- Bulnes Alegría, I. (2023) ¿Precisamos cambiar nuestra forma de computar la caducidad de las demandas laborales? Implicancias de la Mesa de Partes Electrónica del Poder Judicial, *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 6(8), 153-177 DOI: <https://doi.org/10.47308/rdpt.v6i8.733>
- Chaves García, J. R. (julio 2022) La elasticidad del día de gracia hasta las 15 horas y 59 segundos adicionales, *delJusticia.com El rincón jurídico de José R. Chaves*, <https://delajusticia.com/2022/07/21/la-elasticidad-del-dia-de-gracia-hasta-las-15-horas-y-59-segundos-adicionales/>
- Corvinos Baseca, P. (marzo 2020) Presentación de demanda en oficina de Correos, ante el deficiente funcionamiento de los medios telemáticos de la oficina judicial, *Blog Pedro Corvinos Abogado*, <http://pedrocorvinosabogado.es/blog/>
- Fierro Rodríguez, D. (2024) Una reforma para unificar el dies ad quem de plazos procesales y plazos sustantivos ante los órganos judiciales. En *El blog jurídico de Sepin* <https://blog.sepin.es/reforma-unificar-dies-ad-quem-plazos-procesales-sustantivos>.
- García Romo, F. (2001) Cuestiones de derecho transitorio en los juzgados de primera instancia tras la entrada en vigor de la nueva Ley de enjuiciamiento Civil. *Jueces para la democracia. Información y debate*, 42, 59-69
- Gómez Martínez, C. (2003), La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles del juez lector al juez espectador, *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 48, 81-87.
- González Navarro, F. (1967), Cómputo de plazos y recurso de reposición, *Revista de administración pública*, 53, 325-352.
- Herraiz Pagés, J. (2017) Problemas procesales surgidos a raíz del expediente electrónico. En *La reforma de la Ley de enjuiciamiento Civil, en especial la operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos Digitales de Formación, núm, 40.
- Liendo, E.M. (2017) *Gestión de Mesa de Entrada* [archivo PDF] <https://goo.su/wfS5u>
- López Chocarro, I. (2021) Los plazos sustantivos y los plazos procesales; divergencias sobre su cómputo y la posible aplicación a los primeros del Artº.135 LEC, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, N° 9840, Wolters Kluwer.
- Moisset de Espanés, L. (2015) Prescripción. Interrupción por demanda. Plazo de gracia. *Derecho y Cambio Social*, 12 (39), 1-19
- Peyrano, J. W. (2016), *Explicaciones del Código Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, Tomo I*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires.
- Pinilla Galvis, A. (2013), Breves comentarios a las reglas vigentes para el cómputo de plazos o términos de origen legal, *Revista de Derecho Privado*, 24, 283-326.
- Platero Alcón, A. (2020), Lexnet como máximo exponente del sistema de justicia electrónica en España: especial referencia a su tratamiento de datos personales, *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 152 (13-42).
- Prieto-Castro Ferrándiz, L. (1985) *Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomos I-II*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona.
- Ruiz de la Cuesta Fernández, S. (2009) Jurisprudencia y doctrina judicial acerca del cómputo de plazos materiales y procesales, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, 65, 1-7.
- Sánchez Jordán, M. E. (2009) Caducidad de la acción de retracto arrendaticio urbano. Interpretación del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre presentación de escritos: sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 3, 591-626.
- Sanz López, J. (2021) Plazos sustantivos y plazos procesales. comentarios a la sen-

- tencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, N° 9861, Wolters Kluwer.
- Valero Canales, A. L. (2018) El proceso judicial electrónico. Requisitos para su formación. Comunicaciones y plazos, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, 131, 1-28.
- Vázquez Sotelo, J.L. (2000) Los Principios del Proceso Civil (Ensayo doctrinal), en AA.VV. *Responsa Iurisperitorum Digesta, vol. 1*, Madrid, Aquila Fuente y Universidad de Salamanca, 111-156.
- Vidal Ramírez, F. (1985), El tiempo como fenómeno jurídico, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 39, 369-378.

Sentencias citadas

- STS de 10 de noviembre de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:19224)
- STS de 23 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:1290)
- STS de 1 de febrero de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:481)
- STS de 22 de enero de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:36)
- STS de 29 de abril de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2391)
- STS de 3 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7890)
- STS de 28 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4379)
- STS de 11 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4876)
- STS de 26 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9151)
- STS de 25 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1082)
- STS de 9 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:657)
- STS de 21 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2026)
- STSJ de Aragón de 20 de enero de 2020 (ECLI:ES:TSJAR:2020:51)
- SAP de Asturias de 5 de febrero de 2004 (ECLI:ES:APO:2004:431)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 13 de junio de 2005 (ECLI:ES:APTF:2005:989)
- SAP de Zaragoza, de 31 de mayo de 2006 (ECLI:ES:APZ:2006:1146)
- SAP de Barcelona, de 13 de noviembre de 2006 (ECLI:ES:APB:2006:9299)
- SAP de Cáceres, de 29 de mayo de 2008 (ECLI:ES:APCC:2008:471)
- SAP de Valencia de 9 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:APV:2008:5964)
- SAP Baleares de 15 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APIB:2017:951)
- SAP Zaragoza de 20 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:APZ:2020:1625)

MONOPOLIO DEL SAPERE SCIENTIFICO E PROCESSO PENALE. RIFLESSIONI A PARTIRE DAL “CASO USTICA”*

MONOPOLY ON SCIENTIFIC KNOWLEDGE WITHIN CRIMINAL PROCEEDINGS. CONSIDERATIONS STARTING FROM THE “USTICA CASE”

Marianna Biral

Università degli studi di Trento

RIASSUNTO: Nel ripercorrere una delle vicende più lunghe e complesse della storia giudiziaria italiana, l’Autrice si sofferma sul tema del monopolio delle conoscenze scientifiche in capo ad una delle parti del processo, esplorandone manifestazioni, cause ed effetti. Il fenomeno è analizzato mettendone a fuoco le modalità di estrinsecazione nel caso di specie, per poi isolarne i tratti tipici “generalizzanti” e indagarne l’impatto sugli equilibri del sistema. Nella seconda parte del saggio, il problema è affrontato in un’ottica attenta alla contemporaneità, nel tentativo di ragionare sui meccanismi e le circostanze oggi suscettibili di alimentare forme di monopolio del sapere scientifico nel contesto processuale.

PAROLE CHIAVE: processo penale; prove; sorveglianza segreta; prova scientifica

ABSTRACT: By analyzing one of the long-lasting and complex cases in Italian judicial history, the Author focuses on the problem of a party bearing the monopoly on scientific knowledge within the proceedings and explores causes and effects of such a situation. The phenomenon is examined by highlighting its specific features in the case in point, by considering general patterns and by assessing the implications for the judicial system. In the second part of the essay the subject is analyzed in the light of the contemporary context, considering

* Ricercatrice junior di procedura penale (RtdA), Università degli studi di Trento. <https://orcid.org/0000-0001-7915-1562>.

Questo saggio è il frutto della ricerca sviluppata nell’ambito del progetto *Gli snodi nevralgici del processo di Ustica: un’indagine diacronica*, con il sostegno finanziario del Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università di Bologna e dell’Associazione dei parenti delle vittime della strage di Ustica, cui vanno i ringraziamenti dell’autrice.

the mechanisms and circumstances that, in principle, can lead to monopolies on scientific knowledge in today's criminal proceedings.

KEYWORDS: criminal proceedings; evidence; secret surveillance; scientific evidence

SOMMARIO: 1. PREMESSA.— 2. IL PROCESSO PER LA STRAGE DI USTICA: GLI SNODI ESSENZIALI: 2.1. L'inchiesta sommaria; 2.2. L'inchiesta formale; 2.3. Gli approdi della sentenza-ordinanza; 2.4. Il dibattimento e il giudizio d'appello.— 3. FILONI CIVILISTICI.— 4. RACCORDI.— 5. IL SAPERE SCIENTIFICO «PATRIMONIO DI UNA PARTE».— 6. OGGETTO E RAGIONI DEL MONOPOLIO.— 7. GLI EFFETTI.— 8. I TENTATIVI DI COLMARE LO SCARTO.— 9. IL MURO DI GOMMA. UNA CHIAVE DI LETTURA (NON UNANIMEMENTE CONDIVISA) PER LA VICENDA GIUDIZIARIA.— 10. UNO SGUARDO ALL'ASSETTO CONTEMPORANEO.— 11. UN CAMPANELLO D'ALLARME: LA GESTIONE SEGRETA DEI MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA TECNOLOGICAMENTE-ORIENTATI.— 12. SCIENZA "ESCLUSIVA" E PROCESSO PENALE: LACUNE NEI CONTROLLI E POSSIBILI RIMEDI.— 13. CONCLUSIONI MINIME E PROSPETTIVE MASSIME.— BIBLIOGRAFIA

1. PREMESSA

Ci sono processi che fanno la storia. Parlo di quei processi che, per l'importanza dei fatti trattati o delle persone coinvolte o, ancora, della cultura giuridica (e politica) di cui sono espressione, segnano un determinato periodo e contribuiscono a costruire la memoria collettiva di un Paese.

È una consapevolezza, questa, che appare oggi ben radicata; a fungere da spia il numero di vicende giudiziarie che approdano sul grande schermo, ispirano produzioni documentaristiche, entrano in collane di narrativa dedicate¹.

L'interesse è di natura più che altro storica; a circolare, infatti, sono soprattutto prodotti a carattere divulgativo. È più raro imbattersi in pubblicazioni che ragionino di quelle vicende — di quelle più risalenti, almeno — in un'ottica squisitamente scientifica². Eppure, esse custodiscono questioni interessanti, con inaspettate eco nella realtà contemporanea, meritevoli d'essere scovate e analizzate.

Ciò vale senz'altro per Ustica. Quello relativo all'abbattimento del DC9 Itavia è un processo tormentato, celebrato a cavallo dell'entrata in vigore del "nuovo" codice di procedura penale, che presenta una serie di disfunzioni tipiche dei procedimenti per strage: l'incedere lento (a tratti lentissimo), la

¹ Risale al 2019 la pubblicazione, da parte del Corriere della sera, di una collana dal titolo "I grandi processi della storia", comprensiva di quarantacinque volumi curati da Barbara Biscotti (Università Milano-Bicocca) e Luigi Garofalo (Università di Padova), venduti, con cadenza settimanale, insieme al quotidiano.

² Con qualche eccezione. La casa editrice Aracne, per esempio, ha lanciato una collana dal titolo "Oltre ogni ragionevole dubbio", curata da Gaito, Spangher e Tonini, che raccoglie atti e commenti di processi celebri, nell'ambito della quale sono stati fin qui pubblicati un paio di volumi, uno dedicato all'omicidio di Meredith Kercher (Montagna, 2012) e l'altro alla vicenda giudiziaria innescata dal terremoto dell'Aquila del 2009 (Billi, 2017). La rivista online *Sistema penale* invece ha di recente diffuso alcune riflessioni di Edmondo Bruti Liberati sul processo per la strage di Piazza Fontana (Bruti Liberati, 2020).

mole poderosa di atti, i depistaggi³. Rispetto ad altri casi giudiziari cui viene solitamente accostato, per vicinanza storica o affinità relativamente alla fattispecie di reato trattata⁴, esso rivela, tuttavia, un tratto di assoluta specialità.

L'analisi intende occuparsi di questo peculiare aspetto, il quale schiude percorsi d'indagine che toccano aspetti nevralgici del diritto probatorio e svela, come anticipato, alcuni inattesi profili d'attualità.

2. IL PROCESSO PER LA STRAGE DI USTICA: GLI SNODI ESSENZIALI

2.1. L'inchiesta sommaria

Prima di isolare e approfondire il tema che ispira questo saggio, è bene ricostruire le tappe fondamentali dell'*iter* giudiziario in modo da fissare la cornice entro cui s'inseriranno le riflessioni che s'intende sviluppare.

Due notazioni di carattere preliminare. Nonostante nel 1989 sia entrato in vigore il "nuovo" codice di procedura penale, nell'ambito del processo per la strage di Ustica hanno continuato a trovare applicazione le disposizioni del previgente codice Rocco (sulla base di quanto previsto dall'art. 242 disp. att. c.p.p.)⁵. È pertanto a quel sistema normativo che si farà riferimento nella sintesi riportata di seguito.

La scelta sugli snodi da valorizzare nella ricostruzione, e quanto spazio dedicare ad ognuno, è funzionale alla particolare prospettiva che orienta il lavoro. Considerata la complessità della vicenda, per forza di cose alcuni aspetti saranno omessi, altri semplificati.

Il 27 giugno 1980 l'aeromobile DC9-ITIGI della società Itavia, in volo da Bologna a Palermo con settantasette passeggeri e quattro membri dell'equipaggio a bordo, precipita in mare in un'area compresa tra le isole di Ponza e Ustica. Non ci sono superstiti.

Ad attivarsi, nell'immediatezza dei fatti, è la Procura di Palermo. Nel breve periodo in cui ha la titolarità dell'inchiesta, il pubblico ministero di tale ufficio compie alcuni importanti atti d'indagine: nomina un collegio di periti, cui affida l'incarico di ricostruire le cause dell'evento; sequestra le registrazioni delle comunicazioni terra-bordo-terra (TBT) fra le torri di controllo di Roma Ciampino e Palermo Punta Raisi e il DC9, la documentazione relativa all'ac-

³ Si è confrontata con «l'imponente produzione giudiziaria conseguente alla strage di Ustica» anche Ruggieri (2018), esaminando la vicenda da tre angoli visuali: le forme e i modi di esercizio della giurisdizione; la "storia" delle indagini, nella particolare prospettiva dei rapporti tra potere politico e giudiziario; gli interessi delle vittime, alla luce dei nessi e dei profili d'indipendenza fra processo civile e penale.

⁴ Tipicamente, gli attentati terroristici avvenuti tra la fine degli anni '60 e gli anni '80 (da Piazza Fontana alla stazione di Bologna all'Italicus ecc.). Per alcune considerazioni intorno al cd. "paradigma delle stragi di Stato" v. *infra*, par. 9.

⁵ Vedi però *infra*, par. 2.4, nota n. 42.

quisto, alla manutenzione e ai controlli che avevano interessato l'aeromobile, i reperti affiorati dal mare nelle ore successive al disastro, le intercettazioni dei radar della difesa aerea. Quello relativo al materiale probatorio proveniente dai siti radar è il decreto di sequestro in assoluto più significativo, per via delle informazioni che ha consentito di acquisire e — soprattutto — di quelle che, in ragione di alcune criticità mai del tutto chiarite, non ha consentito di acquisire. Fra queste criticità, la più rilevante riguarda l'oggetto del provvedimento: l'indicazione del pubblico ministero è quanto mai ampia: il vincolo d'indisponibilità dovrebbe interessare le registrazioni di tutti i centri «comunque operanti sul Tirreno nella notte tra venerdì 27 giugno e sabato 28 giugno 1980, tra le ore 20:00 e le ore 23:15». Tuttavia, in fase d'esecuzione, il decreto subisce un anomalo "restringimento", con l'effetto di rendere disponibili solo i dati di Licola, Marsala e Ciampino.

Dopo nemmeno due settimane (il 10 luglio, per la precisione), gli atti dell'inchiesta approdano a Roma. Ai sensi dell'art. 1240 cod. nav.⁶, viene ritenuta competente l'autorità giudiziaria della capitale. L'istruzione sommaria si dipana fino al 31 dicembre 1983: è una fase controversa, in cui si fa poco — qualche anno dopo la Commissione parlamentare d'inchiesta sul terrorismo in Italia e sulla mancata individuazione dei responsabili delle stragi (d'ora in avanti, Commissione stragi)⁷ parlerà di un'indagine finita «in letargo»⁸ — e quel che si fa non è immune da censure. A sollevare obiezioni, in particolare, è la gestione degli accertamenti tecnici: il pubblico ministero dell'epoca, pur mantenendo formalmente gli incarichi in precedenza conferiti, di fatto non si avvale del contributo dei periti⁹. Intrattiene invece un rapporto molto stretto con gli esperti della Commissione nominata dal Ministero dei trasporti (Commissione Luzzatti), la quale conduce un'inchiesta che corre parallela a quella giudiziaria, finalizzata anch'essa a fare luce sulle cause del disastro, ma con un obiettivo diverso: non accertare le responsabilità sul piano penale, ma ricostruire il quadro degli eventi nell'ottica di diagnosticare e rimuovere eventuali falle nel sistema di controllo di sicurezza dei voli civili¹⁰.

⁶ Nella versione vigente all'epoca dei fatti (e fino al 2006), la disposizione prevedeva che, nell'eventualità in cui fosse commesso un reato fra quelli previsti dal codice e la competenza non potesse essere radicata nel luogo di primo approdo dell'aeromobile (per esempio perché, come nel caso di specie, l'aeromobile non era mai giunto a destinazione), si avesse riguardo al luogo di ricovero abituale del mezzo (l'aeroporto di Ciampino, nel caso del DC9).

⁷ L'istituzione della Commissione d'inchiesta parlamentare risale alla legge 17 maggio 1978, n. 172. Il 30 marzo 1989 venne inserita nel piano di lavoro anche un'indagine sui fatti di Ustica.

⁸ Commissione parlamentare d'inchiesta sul terrorismo in Italia e sulle cause della mancata individuazione dei responsabili delle stragi, X legislatura, *Relazione sull'inchiesta condotta sulle vicende connesse al disastro aereo di Ustica*, comunicata alle Presidenze il 22 aprile 1992, p. 33.

⁹ Periti «che sembrano quasi sparire dall'inchiesta». V. Trib. Roma, Ufficio Istruzione — Sezione 1, 31 agosto 1999, procedimento penale n. 527/84, ordinanza di rinvio a giudizio, 95.

¹⁰ I tecnici di nomina amministrativa non solo partecipano agli accertamenti disposti nel corso dell'istruzione sommaria, ma addirittura svolgono in prima persona alcune operazioni: sono loro, per esempio, a procedere all'interpretazione dei nastri radar sequestrati. Nel complesso, una «situazione strana», che genera «inconvenienti e incomprensioni» (v. Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 77-78) che porterà il giudice istruttore a decidere di non tenere conto dei risultati delle attività svolte da esperti

Un ulteriore profilo critico rilevato dall'organismo d'inchiesta parlamentare è lo scarso incremento in termini quantitativi e qualitativi del compendio probatorio: i dati sui quali i tecnici lavorano sono sempre gli stessi. Pure il sequestro disposto dalla Procura di Roma "si chiude", infatti, nell'allineamento Latina-Ponza-Palermo e il progetto di legge predisposto per finanziare il recupero del relitto dal fondo del Tirreno ben presto si arena in Parlamento.

Contribuisce ad acuire la percezione di uno stallo la lunghezza dell'inchiesta preliminare, la quale si protrae, per certi versi inspiegabilmente, per circa tre anni e mezzo¹¹.

2.2. L'inchiesta formale

Il passaggio di fase (istruzione formale) avviene il 31 dicembre 1983. I reati contestati sono due: disastro aereo (art. 428 c.p.) e strage (art. 422 c.p.), con riserva di specificazione delle imputazioni; ignoti gli autori.

Si apre, a questo punto, una finestra importante: si riparte da zero sul terreno delle indagini tecniche — nel novembre del 1984 viene nominato il collegio peritale Blasi (dal nome del coordinatore), incaricato di effettuare una ricostruzione complessiva dell'evento — e viene avviata la campagna di recupero del velivolo (che avviene in due *tranche*, nel 1987 e 1988¹²).

Viene compiuto qualche sforzo¹³ per ampliare il compendio probatorio, in particolare con riferimento al materiale radaristico; si comincia infatti ad intuire il danno¹⁴ arrecato dal famoso "allineamento Latina-Ponza-Palermo" su cui erano stati costruiti tutti i decreti di sequestro fin lì emanati e prende corpo il dubbio che i dati su cui si era lavorato fino a quel momento non fossero completi né del tutto attendibili.

L'esito delle indagini compiute presso le basi militari (Marsala, Licola, Poggio Ballone) è per molti aspetti inquietante: emergono ambiguità, anomalie e reticenze tali da spingere il pubblico ministero a contestare a svariati ufficiali una serie di reati che vanno dalla falsa testimonianza al favoreggiamento personale alla distruzione e soppressione di atti veri.

privi di formale investitura (v. Commissione stragi, X legislatura, 99ª seduta, 24 gennaio 1992, p. 528-529). Per un approfondimento, v. Ranci (2020), p. 115.

¹¹ Basti pensare al fatto che l'art. 391 c.p.p. abr. imponeva la richiesta di formalizzazione dell'inchiesta tutte le volte in cui dovesse essere disposta perizia, salvo nei casi in cui l'indagine tecnica fosse «facile e breve». Ma che la ricostruzione delle cause della caduta improvvisa di un aereo che volava in condizioni atmosferiche ottime e senza apparenti problemi strutturali non fosse né facile né breve fu chiaro sin da subito.

¹² Un'ulteriore coda delle operazioni di recupero avrà luogo nel biennio 1991-1992.

¹³ Non abbastanza tempestivo né particolarmente deciso, secondo la valutazione della Commissione stragi. V. *Relazione sull'inchiesta condotta dalla commissione in ordine alle vicende connesse con il disastro aereo di Ustica*, comunicata alle Presidenze il 1° ottobre 1990, p. 109.

¹⁴ «Gravissimo ed irreparabile», nelle parole del giudice istruttore. V. Trib. Roma, Ufficio Istruzione, p. 185.

È, questo, un momento di svolta: si profila il dubbio che la macchina investigativa abbia girato per molto tempo a vuoto e che ciò sia dipeso dal fatto che qualche settore più o meno esteso dell'Aeronautica abbia fornito una collaborazione non del tutto leale. La Forza armata passa dall'essere un punto di riferimento solido, un consigliere di prestigio dell'inquirente, a potenziale depistatore¹⁵.

Il sospetto si rafforza nella primavera del 1989, quando il collegio Blasi deposita la relazione peritale, avallando la tesi sempre pervicacemente respinta dall'istituzione militare. «Tutti gli elementi a disposizione» — si legge nel documento — «fanno concordemente ritenere che l'incidente occorso all'I-Tigi sia stato causato da un missile esploso in prossimità della zona anteriore dell'aereo»¹⁶.

Le conclusioni raggiunte dai tecnici hanno un impatto dirompente, destinato tuttavia a spegnersi nel giro di poco. Al fine di accertare il tipo e la provenienza dello strumento bellico, il giudice istruttore dispone un supplemento di perizia. La risposta ai quesiti ulteriori perviene nel maggio del 1990 e fotografa una divaricazione: alcuni esperti (tre su cinque) confermano le valutazioni presentate in precedenza; altri (fra cui lo stesso Blasi) propongono una ricostruzione alternativa, che ricollega la caduta del DC9 ad un effetto esplosivo interno. La messa in discussione dell'ipotesi sostenuta solo pochi mesi prima fa ripiombare gli inquirenti nell'incertezza: tornano in gioco piste abbandonate e si profila un allungamento dei tempi d'indagine.

Si apre, a partire da questo momento, una fase di grande "attivismo", sotto la guida di un nuovo giudice istruttore, subentrato al precedente. Sono disposti sequestri a tappeto con l'obiettivo di acquisire materiale probatorio fino a quel momento ignorato. Bersaglio dei provvedimenti del magistrato sono i centri della difesa aerea sparsi nel territorio della penisola e le sedi delle istituzioni che, a vario titolo, avrebbero potuto o dovuto essere informate delle circostanze relative alla caduta del DC9. Parallelamente, l'inquirente ascolta — non senza difficoltà — il personale delle basi militari in servizio la notte del disastro, al fine di ricostruire le operazioni effettuate, le direttive impartite e quelle ricevute.

Ad emergere è uno «stillicidio nelle consegne delle documentazioni e la scomparsa di quelle di maggior rilievo»; e sul versante delle prove dichiarative, «fortissime reticenze e menzogne»¹⁷. Si rafforza l'idea che un'occulta regia abbia ostacolato l'inchiesta fin da quando questa muoveva i primi passi. La conseguenza è che l'indagine corre, da questo momento, lungo due dor-

¹⁵ L'esistenza di «reticenze eccellenti» (così le definisce Ranci (2020), p. 146) è adombrata, nel corso di un'edizione speciale del TG1, andata in onda il 30 settembre 1986, dallo stesso sottosegretario alla Presidenza del Consiglio — l'on. Giuliano Amato — il quale, nell'annunciare il recupero del relitto, attribuisce a tale iniziativa una ricaduta in termini senz'altro positivi sull'andamento dell'inchiesta: «se a questo mondo ci sono reticenze sulla vicenda, saremo più forti per vincerle. Se qualcuno che sa, tace, e sta continuando a tacere, avremo più forza perché cessi di tacere».

¹⁶ Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 132-133, che riporta le conclusioni peritali.

¹⁷ Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 578-579.

sali: «la ricostruzione del fatto» e «l'identificazione degli impedimenti che l'hanno ostacolata»¹⁸. Lo Stato maggiore dell'Aeronautica finisce sotto la lente dell'autorità giudiziaria e alla fine del 1991 è contestato ai vertici della Forza armata il reato di alto tradimento.

Sono effettuate numerose rogatorie internazionali, volte a sondare l'esistenza di materiale probatorio rilevante presso sedi di istituzioni estere. Si svolgono approfondimenti storico-politici al fine di cogliere possibili spunti investigativi sul piano delle relazioni internazionali. Sono presi di mira gli archivi dei servizi segreti, nei quali si sospetta possano essere conservati documenti e veline in grado di svelare i protagonisti e le leve azionate per ostacolare l'inchiesta della magistratura.

Sul piano degli accertamenti tecnici, è al lavoro (dal 1990 al 1994) il collegio Misiti. Si tratta del primo consesso peritale a disporre dei relitti del velivolo, acquisiti a seguito di tre diverse campagne di recupero, oltre che di una vasta quantità di documenti (radaristici e non) accumulati in più di dieci anni d'indagine. C'è perciò grande attesa per gli esiti delle sue valutazioni; un'attesa destinata, tuttavia, a rimanere in buona sostanza delusa. Il metodo impiegato e il percorso logico-argomentativo con cui gli esperti giungono alla conclusione che «la caduta [dell'aereo] è stata il risultato di un grave danno strutturale provocato dalla detonazione di una carica esplosiva dentro la toilette posteriore» sollevano forti critiche. Asserzioni sprovviste di solide inferenze, salti logici nelle deduzioni, contraddizioni: «non siamo di fronte ad un discorso scientifico»¹⁹ — è la tranciante diagnosi effettuata dal giudice istruttore²⁰.

Di qui la nomina di un nuovo consesso peritale (collegio Delle Mese). Nell'ottica di agevolare il lavoro degli esperti, il giudice istruttore apre un canale diretto di dialogo e collaborazione con la NATO, «originatrice e detentrica della documentazione per la interpretazione dei dati radar»²¹. L'obiet-

¹⁸ Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 185.

¹⁹ Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 2700.

²⁰ In merito all'esame del relitto, a imporsi è soprattutto il radicale contrasto — di cui gli esperti non forniscono giustificazione — fra le conclusioni raggiunte dagli specialisti in materia esplosivistica e metallografico-frattologica (che ritengono estremamente improbabile un evento esplosivo all'interno della toilette) e il giudizio di sintesi espresso nella relazione (Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 2704). Anche la parte radaristica è costellata da forzature e incongruenze. L'analisi dei dati del sistema di difesa aerea è definita «incomprensibile» poiché sfornita delle chiavi interpretative essenziali. «I periti» — osserva il giudice istruttore — «riportano in modo casuale e confuso definizioni e altri particolari NATO, loro consegnati dall'Aeronautica (Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 2581). Nemmeno l'esame delle informazioni estrapolate dal radar Marconi di Ciampino (centro, che, pur deputato al controllo dei voli civili ed estraneo al sistema di difesa aerea, all'epoca era comunque sotto il controllo dell'Aeronautica militare) convince: la conclusione secondo cui alcuni dei *plot* registrati prima dell'incidente (si allude alle battute -17 e -12, i "punti" apparsi sul radar rispettivamente 17 e 12 giri di antenna prima della deflagrazione del DC9) sarebbero falsi echi, errori di sistema (e non tracce di un caccia che viaggiava parallelamente al DC-9) e i *plot* successivi alla deflagrazione sarebbero — tutti — attribuibili ai frammenti in caduta del velivolo (e non anche al velivolo militare che proprio in quel momento si sarebbe trovato ad attraversare perpendicolarmente la rotta dell'aeromobile Itavia) è sorretta da motivazioni deboli e contraddittorie (Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 3936).

²¹ Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 2883 ss.

tivo è quello di evitare che la nuova analisi tecnica vada incontro agli stessi difetti e lacune — riconducibili in massima parte alla limitata conoscenza del funzionamento del sistema di difesa aerea NADGE²² — che avevano caratterizzato quella compiuta in precedenza²³.

La perizia è depositata l'anno successivo e segna una tappa importante. L'indagine tecnica consegna «risultati di valore, riformando interpretazioni deboli, carenti [delle] nozioni» in precedenza criptate²⁴. Essa contiene un'esposizione — la più completa fino a quel momento acquisita — del sistema di difesa aerea e un esame combinato dei dati dei siti militari e di quelli di Fiumicino (Marconi e Selenia). Ad emergere è uno scenario complesso, con la presenza di molte tracce di aerei contemporanee e ravvicinate alla rotta del DC9. I periti stimano probabile — pur non sapendo identificare il momento in cui la manovra sarebbe avvenuta — l'ipotesi dell'inserimento di un "aereo fantasma" nella scia del DC9; un piccolo aeromobile che, con l'obiettivo di non essere intercettato dal radar, avrebbe volato "in coda" a quello²⁵. Con

²² Nel 1980 i centri radar della difesa aerea erano integrati in un sistema automatizzato NATO chiamato NADGE (*Nato Air Defence Ground Environment*). Esso consentiva la rappresentazione e l'aggiornamento della situazione aerea in tempo reale mediante registrazione automatica su nastro.

²³ Per comprendere l'importanza di questa iniziativa occorre fare un passo indietro. Nella primavera del 1991, il giudice istruttore, resosi conto che per "leggere" correttamente i nastri magnetici e le riduzioni dati (vale a dire le rappresentazioni grafiche delle tracce registrate su nastro) dei siti della difesa aerea (di Marsala e di Licola, per esempio) occorreva comprenderne a fondo i meccanismi di funzionamento, aveva spiccato un decreto di sequestro dei manuali esplicativi del modello NADGE, conservati presso i laboratori dell'Aeronautica di Borgo Piave. Il provvedimento andava incontro ad un parziale, ma significativo, diniego. Molti di quei manuali erano sottoposti ad una classifica di segretezza, essendo il sistema di controllo integrato in una struttura più ampia, facente capo all'Alleanza atlantica. Ne era seguita una soluzione di compromesso: lo Stato Maggiore dell'Aeronautica — che per ragioni d'ufficio ovviamente conosceva il contenuto di quei compendi — aveva fornito ai periti un riassunto, in parte criptato in parte "in chiaro". Il documento «oltremodo parziale, limitato ed insufficiente» aveva costituito per oltre quattro anni «l'unico supporto tecnico a disposizione dell'Ufficio e di tutti i suoi periti per la lettura e l'interpretazione dell'imponente materiale tecnico-radaristico agli atti dell'inchiesta» (Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 2879). Nel 1996 — come detto — un'accelerazione. Sulla scorta delle pressioni diplomatiche esercitate dal governo italiano, cadono le classifiche di segretezza: i codici di decrittazione sono finalmente accessibili. Segue una complessiva rivalutazione del materiale radaristico, compiuta avvalendosi della collaborazione degli esperti del *Nato Programming Centre* (NPC).

²⁴ Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 3445.

²⁵ Quando due velivoli viaggiano a distanza ravvicinata (in particolare, quando si trovano nella stessa cella di risoluzione del radar), le apparecchiature di controllo di terra faticano a "vedere" quello di dimensioni minori, per via del cd. effetto di mascheramento. Tale effetto veniva sistematicamente sfruttato, negli anni della guerra fredda, dai caccia dei Paesi "ostili" — la Libia *in primis* — ai quali la navigazione sui cieli italiani era interdetta, allo scopo di volare indisturbati in spregio del divieto. Che ciò sia accaduto (anche) la sera del 27 giugno 1980 si desume — secondo l'impostazione accolta dal collegio peritale — da una quindicina di echi anomali registrati (fra le ore 20:18 e le 20:41) in corrispondenza del passaggio del DC9 sopra la Toscana; echi che trovano una logica spiegazione proprio se si ipotizza la presenza di un piccolo velivolo (con tutta probabilità un velivolo militare) che viaggia clandestinamente sfruttando l'effetto di mascheramento, ma non riesce a mantenere un allineamento costante con l'aereo che funge da "schermo" e viene così, di tanto in tanto, intercettato dal radar. Non solo: a confermare (pur indirettamente) tale ricostruzione sarebbero anche le registrazioni di alcune comunicazioni tra la cabina di comando del volo Itavia e la torre di controllo di Roma. Sul punto, si rinvia a Amelio, Benedetti, (2005), p. 20-21. Per un approfondimento della genesi e delle basi probatorie della tesi dell'"aereo fantasma", Ranci (2020), p. 8 nota n. 6.

riferimento, poi, alle battute anomale registrate nei momenti precedenti e successivi all'incidente, la conclusione cui perviene il collegio è che esse rappresentino le tracce di (almeno) un caccia militare che compie una manovra d'attacco²⁶. All'identità di quel caccia (e degli altri che hanno viaggiato nelle vicinanze del DC9 Itavia), tuttavia, non è possibile risalire poiché — ed è, questo, un altro aspetto di grande rilevanza ricostruito grazie alla libera consultazione dei codici di decrittazione NATO — tra le 19:30 e le 23:15 «si registrò l'assenza sistematica dei codici di risposta militari [...] cosicché nessun velivolo di tale specie avrebbe potuto essere identificato»²⁷. Un evento ritenuto «straordinario ed inesplicabile», a meno di ammettere l'esistenza di un ordine specifico concernente «i soli voli in atto in quell'intervallo di tempo»²⁸.

Siamo ai colpi di coda di un'istruttoria protrattasi quasi vent'anni. Il deposito della perizia "Dalle Mese" innesca un dialogo serrato con i consulenti di parte, i quali producono note e osservazioni — in chiave adesiva, in certi casi; al fine di sollevare obiezioni e proporre ricostruzioni alternative, in altri — cui seguono precisazioni e note di replica dei periti. A questo punto, i pezzi del puzzle sono quasi tutti al loro posto ed è tempo, per il giudice istruttore, di tirare le fila.

2.3. Gli approdi della sentenza-ordinanza

Il 31 agosto 1999 è pronunciata, in relazione al reato di strage, sentenza di proscioglimento istruttorio per essere rimasti ignoti gli autori del reato. Queste le conclusioni del giudice istruttore: «si può affermare, al di là di ogni ragionevole dubbio [...] che quella sera si verific[ò] un'azione militare di intercettamento, con ogni verosimiglianza nei confronti dell'aereo nascosto nella scia del DC9 e che la caduta dell'aereo di linea sia accaduta in questo contesto»²⁹. Rimane aperta la questione del *break-up*, vale a dire delle modalità di rottura dell'aeromobile dell'Itavia: le due ipotesi avanzate — evento verificatosi in conseguenza del lancio di un missile (è la tesi di alcuni periti) o di una quasi collisione con il velivolo intercettore (spiegazione avallata da

²⁶ E non siano viceversa ricollegabili — come invece si era sostenuto nella perizia Misiti — ad un malfunzionamento del radar, i primi, e esclusivamente ai frammenti dell'aereo Itavia trascinati dal vento dopo la deflagrazione, i secondi. V. *supra*, nota 20.

²⁷ Dovuta allo spegnimento, da parte dei caccia in volo, del *transponder* (*transmitter-responder*), il dispositivo che permette ai piloti di comunicare con gli enti di controllo inviando i dati di volo (come il codice identificativo, la quota e la rotta).

²⁸ Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 3951.

²⁹ Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 3953. L'approdo poggia sui seguenti "punti fermi" ricavati dai dati radar. L'esistenza di tracce di «velivoli che si immettono sulla traiettoria del DC9; uno che di certo vi resta nella scia e un altro, o lo stesso, che a volte se ne allontana. [...] Un velivolo militare che tenta di penetrare [nell'aerovia percorsa dall'aereo Itavia] all'altezza della Toscana, due F104 italiani, impegnati in un volo di addestramento nelle immediate vicinanze del DC9, che da questo si allontanano attivando ("squoccando") il codice di emergenza generale. Con particolare riferimento ai momenti immediatamente precedenti e successivi al punto di caduta dell'aeromobile Itavia, la traccia di uno (o forse due) caccia che taglia ortogonalmente la rotta del velivolo per poi allontanarsi in direzione sud/est.

altri periti oltre che dai consulenti di parte civile)³⁰ — sono, per il giudice, egualmente sostenibili.

Contestualmente — ed è questa la ragione per cui il provvedimento è comunemente definito “sentenza-ordinanza”, ad indicare il duplice contenuto dello stesso — il giudice dispone il rinvio a giudizio dei vertici dell’Aeronautica³¹ per il delitto di attentato contro gli organi costituzionali, nella versione prevista dal Codice penale militare di pace (art. 289 c.p. e 77 c.p.m.p.)³².

Secondo la tesi accusatoria, gli imputati, «a conoscenza degli eventi accaduti fin nei minimi dettagli e sin dall’immediatezza del loro verificarsi» e «pur in presenza di fatti oggettivi che sicuramente avrebbero obbligato a riferire al livello politico, che avrebbe così potuto agire di conseguenza, si sostituivano alle istituzioni competenti, impedendo l’esercizio delle attribuzioni e prerogative di queste ultime»³³. Il nucleo della contestazione è individuabile in due distinte condotte: una — omissiva — consistente nell’aver taciuto al Ministro della difesa, nell’immediatezza dei fatti, le informazioni acquisite in ordine alla caduta del DC9 (l’esistenza di due *plot* anomali nella registrazione del radar di Ciampino; la presenza di traffico militare americano in concomitanza con il sinistro e in orari precedenti e susseguenti la scomparsa del velivolo dell’Itavia; lo stato di emergenza diffusosi presso le postazioni di controllo del traffico aereo; le indagini condotte per ricostruire la dinamica dell’evento); l’altra, di natura commissiva, integrata dall’invio all’autorità politica nel dicembre del 1980 di un’informativa che dipingeva un quadro tranquillizzante e apparentemente certo dello scenario entro cui si collocava il tragico epilogo dell’aeromobile Itavia, in contrasto con la realtà dei dati disponibili.

³⁰ Quasi collisione avvenuta nel momento in cui il caccia militare, che in un primo momento precedeva parallelo al DC9 (all’inseguimento dell’“aereo fantasma” che viaggiava in prossimità dell’aereo di linea, profittando della sua massa per sfuggire al controllo), improvvisamente, all’altezza dell’isola di Ustica, vira («sta’ a vedere che adesso quello mette la freccia e sorpassa!», dice un operatore della base di Marsala a un collega commentando quello che vedeva sulla consolle del radar proprio in quegli istanti) e, nel compiere la manovra, si avvicina così tanto al velivolo civile, da determinare un’interferenza nel campo aerodinamico che circonda il DC9 con l’effetto d’innescare il processo di disintegrazione.

³¹ In particolare, del capo di Stato Maggiore, del sottocapo di Stato Maggiore, del capo dell’ufficio II presso lo Stato Maggiore e del capo del Sios (il servizio segreto militare) presso lo Stato Maggiore.

³² Questa, in dettaglio, la contestazione: gli imputati sono accusati del «delitto di cui agli artt. 81 cpv. – 110 – 289 c.p. e art. 77 c.p.m.p., perché, in concorso tra loro e con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, impedivano l’esercizio delle attribuzioni del governo della Repubblica, nelle parti relative alle determinazioni di politica interna ed estera concernenti il disastro aereo del DC9 Itavia, in quanto, dopo aver omesso di riferire alle autorità politiche e a quella giudiziaria le informazioni concernenti la possibile presenza di traffico militare statunitense, la ricerca di mezzi aeronavali statunitensi a partire dal 27 giugno 1980, l’ipotesi di un’esplosione coinvolgente il velivolo e i risultati dell’analisi dei tracciati radar di Fiumicino-Ciampino nonché l’emergenza di circostanze di fatto non conciliabili con la collocazione della caduta del Mig libico sulla Sila nelle ore mattutine del 18 luglio 1980, abusando del proprio ufficio, fornivano alle autorità politiche, che ne avevano fatto richiesta, informazioni errate tra l’altro escludendo il possibile coinvolgimento di altri aerei e affermando che non era stato possibile esaminare i dati del radar di Fiumicino-Ciampino perché in possesso esclusivo della magistratura, anche tramite la predisposizione di informative scritte. In Roma in epoca successiva a prossima al 27 giugno 1980».

³³ Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 4974.

2.4. Il dibattimento e il giudizio d'appello.

Il giudizio di primo grado inizia il 20 settembre 2000 e dura quattro anni (fino al 30 aprile 2004). Dinanzi alla Corte d'assise la prospettazione contenuta nell'ordinanza di rinvio a giudizio trova accoglimento solo in parte. Il giudice del dibattimento ritiene, infatti, che ad avere carattere penalmente rilevante sia solo la comunicazione lacunosa dei dati del radar di Ciampino (riguardante i famosi *plot* -17 e -12 che, secondo la ricostruzione avallata dal giudice istruttore, rappresentano la traccia del velivolo intercettore³⁴), e non anche le altre informazioni considerate nel capo d'imputazione. Così perimetrata la condotta omissiva, ne viene censurato l'inquadramento giuridico: siamo di fronte, sì, ad un delitto di alto tradimento, ma compiuto dallo Stato Maggiore dell'Aeronautica mediante un comportamento che non ha *impedito* bensì solo *turbato* le prerogative dell'autorità politica³⁵. A venire in gioco, quindi, è l'art. 77 c.p.m.p. in relazione al secondo (e non al primo) comma dell'art. 289 c.p. Ne deriva una riqualificazione del fatto — alto tradimento commesso con atti idonei a turbare e non ad impedire — cui segue la pronuncia di una sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione³⁶.

La stessa valutazione — orientata a riconoscere la capacità di ostacolare (e non di paralizzare in modo radicale) le iniziative del governo — è espressa rispetto all'informativa del 20 dicembre 1980³⁷. Anche in questo caso, una volta riqualificato il fatto, alla Corte non resta che diagnosticare l'estinzione del reato³⁸.

La Corte d'assise d'appello travolge l'impostazione del giudice di primo grado e pronuncia sentenza di assoluzione (con formula "perché il fatto non sussiste"). Rispetto alla condotta omissiva, il giudice esclude che sia stata acquisita la prova circa la conoscenza, da parte del capo di Stato Maggiore, dell'esistenza dei due famosi *plot* anomali registrati dal radar di Ciampino e non comunicati all'autorità politica. Che la notizia abbia risalito la scala informativa fino a raggiungere il vertice della Forza armata si desume da «deduzioni, ipotesi, verosimiglianze, "non poteva non sapere", "rilievi di ordine

³⁴ V. *supra*, par. 2.2, in particolare alle note 20, 25 e 26.

³⁵ La Corte d'assise ritiene che la notizia, di per sé e in assenza di ulteriori approfondimenti, fosse idonea ad incidere in modo determinante sulle decisioni da adottare a livello politico.

³⁶ Nei confronti del solo capo di Stato Maggiore; per gli altri imputati, la sentenza è di assoluzione per non aver commesso il fatto, non essendo ritenuta raggiunta la prova del concorso nel reato.

³⁷ In questo caso, a rilevare, ai fini della qualificazione giuridica, è l'esistenza d'un bacino alternativo di notizie (in quel periodo la commissione governativa Luzzatti aveva depositato la seconda pre-relazione), cui l'autorità governativa era in grado di attingere, con l'effetto di mitigare l'incidenza della manovra di "disinformazione" (realizzata dalla Forza armata) sull'azione dell'esecutivo.

³⁸ Nei confronti del capo di Stato Maggiore, che aveva assunto su di sé la responsabilità della missiva, e del sottocapo di Stato Maggiore, che quella missiva aveva sottoscritto. Per gli altri generali imputati, vi è assoluzione perché il fatto non costituisce reato poiché manca la prova che il contributo «da essi sicuramente prestato nella elaborazione della informativa del 20 ottobre 1980 sia stato consapevole della reale finalità di turbativa delle determinazioni governative perseguita dai loro superiori gerarchici» (v. Corte d'Assise di Roma, 30 aprile 2004, 586).

logico”); nulla «che abbia la veste di una prova e nemmeno di un indizio»³⁹. In via teorica — si ammette — è possibile che i fatti si siano svolti come ricostruito dal giudice di primo grado, «ma sulle ipotesi non possono costruirsi sentenze di condanna». Sulla base degli elementi acquisiti — si conclude — «[l'imputato] non ha omesso di comunicare al Governo nulla in quanto nulla effettivamente gli risultava»⁴⁰.

Quanto alla informativa del 20 dicembre, il giudice dell'appello, pur rilevando il carattere oggettivamente mendace di alcune informazioni, non ritiene raggiunta la prova che gli imputati fossero a conoscenza della falsità delle stesse. E comunque — in questi termini il giudice chiude il ragionamento — se anche si ammettesse che gli imputati abbiano effettivamente veicolato, con coscienza e volontà, una notizia falsa, la condotta non era tale da pregiudicare le prerogative del governo, atteso che questo disponeva delle analisi compiute dalla Commissione Luzzatti, la quale aveva licenziato, proprio qualche settimana prima (il 5 dicembre 1980, per l'esattezza) una relazione tecnica⁴¹.

La sentenza di assoluzione viene impugnata in cassazione sia dalla Procura generale che dalle parti civili, ma i ricorsi sono dichiarati inammissibili; cala così il sipario sul filone del processo di Ustica relativo ai depistaggi.

In forza di un singolare avvicendamento, tuttavia, l'anno successivo (2008) è revocata la sentenza di proscioglimento istruttorio e sono riaperte le indagini relativamente al reato di strage⁴². A fungere da innesco le dichiarazioni rilasciate a un'emittente televisiva dall'ex Presidente Cossiga, il quale, intervistato in relazione ai fatti del 27 giugno 1980, allude a precise responsabilità del sistema di difesa aerea francese. L'attività investigativa è tuttora in corso⁴³.

³⁹ Corte d'Assise d'Appello di Roma, 15, dicembre 2005, p. 109.

⁴⁰ Corte d'Assise d'Appello di Roma, cit., p. 116.

⁴¹ V. *supra*, par. 2.1.

⁴² Sulla scorta di quanto previsto dall'art. 243 disp. att. c.p.p., la revoca della sentenza di proscioglimento istruttorio ha determinato una cesura relativamente al regime giuridico applicabile alla reg Giudicanda: a partire da quel momento, disciplina di riferimento è divenuta quella del codice di rito vigente.

⁴³ Il fatto che le indagini durino da più di quindici anni dipende probabilmente dalle incongruenze che caratterizzano la disciplina che governa i tempi delle investigazioni contro ignoti. Nonostante sia stata estesa (ad opera della legge 16 dicembre 1999, n. 479) l'applicabilità dei termini massimi di durata delle indagini preliminari ai procedimenti *in incertam personam* («si osservano, in quanto applicabili, le altre disposizioni di cui al presente titolo» dice l'art. 415 comma 3 c.p.p.), le Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, ignoti, in *Giuda dir.*, 2006, 20, 94. Orientamento ribadito, da ultimo, da Cass., sez. I, 14 luglio 2022, Beneduce Gaetano, in *Cass. C.e.d.*, n. 283686 ECLI:IT:CAS-S:2022:42518PEN) hanno espressamente escluso che il rinvio ricomprenda anche l'art. 414 c.p.p. (il quale impone l'autorizzazione del giudice affinché il pubblico ministero possa riprendere le indagini a seguito di archiviazione), con l'effetto di avallare un sistema fondamentalmente incoerente. «Il pubblico ministero, avviate le indagini dirette ad individuare anche l'autore del delitto, dovrà rivolgersi al giudice per essere autorizzato a proseguirle, nel caso fino al tetto massimo dell'art. 407 c.p.p.; tuttavia, nella persistente impossibilità di esercitare l'azione penale [rimanendo ignoto l'autore del reato], chiesto ed ottenuto il provvedimento archiviativo, potrà iscriverne di nuovo la *notitia criminis* e riprendere le indagini. Dinamica questa che, in teoria, è suscettibile di essere reiterata all'infinito» Vicoli, 2012, p. 190-191).

3. FILONI CIVILISTICI

La strage di Ustica ha avuto risvolti anche sul piano civile. Due, in particolare, i filoni che si sono sviluppati in questa sede: quello che fa capo ai curatori fallimentari della società Itavia e quello generato dalle pretese risarcitorie fatte valere (in distinti procedimenti) dai familiari delle vittime. Se per le due classi di attori differisce il *petitum* — nel primo caso, si chiede il risarcimento dei danni conseguenti alla perdita dell'aeromobile e alla crisi economica in cui la compagnia aerea era caduta a seguito dei tragici fatti del 27 giugno 1980; nel secondo, il risarcimento dei danni, morali e materiali, patiti *iure proprio* e *iure hereditario* dai congiunti dei passeggeri del volo I-Tigi — identici sono i soggetti convenuti e sostanzialmente coincidente è anche la *causa petendi*. A fondare le istanze avanzate nei vari giudizi in esame, infatti, è la responsabilità addebitata — a titolo omissivo — ai Ministeri della difesa e dei trasporti per l'abbattimento del DC9 nonché per le condotte, commissive ed omissive, tenute nel corso del processo penale dagli ufficiali dell'Aeronautica (i quali svolgono la propria funzione alle dipendenze del Ministero della difesa) al fine d'impedire l'accertamento delle cause della strage.

Senza ripercorrere nei dettagli lo svolgimento delle singole cause, quel che interessa sottolineare sono gli approdi — convergenti — raggiunti dalla giurisprudenza e soprattutto i presupposti che stanno alla base delle decisioni considerate.

Questo, in sintesi, il ragionamento svolto dai giudici civili: assodata la riconducibilità della caduta del DC9 ad uno “scenario esterno”⁴⁴, legato alla penetrazione nella rotta in cui viaggiava il velivolo civile di almeno un caccia militare ostile; stante l'obbligo dei ministeri di garantire la sicurezza dei voli, impedendo che aerei non autorizzati “buchino” lo spazio aereo nazionale o, qualora ciò accada, predisponendo le cautele opportune ad evitare ripercussioni negative sui voli in transito; riconosciuto sussistente il nesso causale fra l'omissione contestata ai Ministeri e l'abbattimento del DC9, secondo un giudizio ipotetico controfattuale⁴⁵; da tutto ciò deriva che l'evento è addebitabile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., alle amministrazioni convenute, le quali sono tenute a risarcire i danni ad esso conseguenti.

La ricostruzione delle cause del tragico epilogo dell'aeromobile dell'Itavia, consacrata nella sentenza-ordinanza del giudice istruttore, trova dunque conferma anche in sede civile, seppur in base a una regola di giudizio meno rigorosa: non il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, ma quello del “più probabile che non”.

⁴⁴ Non rileva ricostruire l'esatta causa dell'evento — quasi collisione o detonazione di un missile — configurandosi in termini identici la responsabilità delle istituzioni coinvolte nelle due situazioni date.

⁴⁵ Se i Ministeri avessero adottato il comportamento cui erano tenuti «sorvegliando adeguatamente la situazione dei cieli, percependo la presenza di altri aerei lungo la rotta del DC9 I-Tigi e avvertendo il suo pilota di cambiare rotta onde sottrarsi ai pericoli connessi alla presenza di aerei militari, l'evento non si sarebbe verificato». V. Tribunale di Palermo, III sezione civile, 10 settembre 2011, p. 56.

4. RACCORDI

Al fondo di questa sintesi, soprattutto due aspetti s'impongono all'attenzione. Siamo di fronte ad un processo che si sviluppa attorno ad un tema e poi cresce, si arricchisce di nuove imputazioni, legate all'oggetto originario ma da questo distinte. Con la definizione "processo per la strage di Ustica" si indica, infatti, la ricerca delle cause della caduta del DC9, ma anche l'accertamento delle responsabilità in ordine alle attività di depistaggio compiute per occultare la matrice della strage. Nella fase iniziale dell'inchiesta a dominare è la prima dimensione, poi le due direttrici s'intrecciano e convivono (fino alla pronuncia della sentenza-ordinanza nel 1999); infine, in dibattimento e nel giudizio d'appello, rimane in piedi esclusivamente la seconda.

Quel che emerge da questa fitta trama, poi, è l'assoluta preponderanza della materia tecnico-scientifica. La ricostruzione dei fatti — sicuramente rispetto al tema principale, ma anche in relazione alle imputazioni satellitari⁴⁶ — dipende, in larga misura, dai risultati degli accertamenti peritali. Ma, un po' è emerso da quest'analisi, quello delle perizie è un capitolo sfortunato, tormentato.

Le criticità emerse sono tante e tali da portare la Corte d'Assise d'appello di Roma a dire, in un *obiter dictum* della motivazione della sentenza che ha assolto i vertici dello Stato Maggiore dell'aeronautica, che nel processo di Ustica si è assistito ad un vero e proprio «fallimento della scienza». Il giudice d'appello lamenta, in particolare, che «in termini di certezza nulla è emerso dalle perizie e dalle consulenze tecniche delle varie commissioni che si sono succedute nel tempo»⁴⁷.

Diversa, come abbiamo visto, la lettura del giudice istruttore, il quale non solo ritiene provato l'abbattimento del DC9⁴⁸, ma soprattutto reputa che le ragioni «per cui [dalle perizie] non sono venute, esclusi casi rarissimi, apporti determinanti» siano più complesse: legate, da una parte, al ritardo con cui si è presa conoscenza dei codici di decrittazione dei dati radar del sistema di difesa, dall'altra, alle incertezze dovute alle fratture venutesi a creare in più di un'occasione nei collegi degli esperti e, soprattutto, alla girandola delle tesi ricostruttive, alimentata dagli inquinamenti «di chi proponeva soluzioni d'interesse»⁴⁹.

⁴⁶ Nel corpo della motivazione della sentenza di primo grado, la Corte d'Assise rileva come, pur non essendo l'accertamento delle cause del disastro l'oggetto del processo, tuttavia non si può prescindere dalla relativa analisi, dal momento che ciascuna delle parti elabora la propria prospettazione accusatoria o difensiva anche in relazione alle diverse conclusioni cui era pervenuta in ordine ai fatti che avevano determinato la caduta del DC9. V. Corte d'Assise di Roma, cit., p. 199.

⁴⁷ Corte d'Assise d'Appello di Roma, cit., p. 51.

⁴⁸ Vedi *supra*, par. 2.3.

⁴⁹ Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 3955. Il tema affiora, in tutta la sua complessità, dalle pagine della sentenza-ordinanza. Per giustificare la vastità e la ricchezza del capitolo dedicato alle perizie, il giudice spiega che occorre «ampio spazio» per ricostruire il faticoso processo che ha condotto ad acquisire le nozioni specialistiche necessarie per l'accertamento; un processo che non è stato certo

Se fallimento c'è stato, insomma, per il titolare dell'istruzione formale non è dipeso dalla scienza *in sé*, ma da una sinergia di circostanze e condizionamenti che hanno investito le dinamiche della prova tecnica e, più in generale, del processo. Molti di questi fattori presentano una matrice comune, che è venuto il momento d'inquadrare.

5. IL SAPERE SCIENTIFICO «PATRIMONIO DI UNA PARTE»

Interrogato dalla Commissione stragi in merito alle criticità riscontrate nel corso dell'istruttoria, il giudice istruttore si sofferma su un particolare aspetto che vale — egli sostiene — a rendere Ustica un *unicum* nel panorama dei procedimenti per strage: «in questa inchiesta purtroppo la conoscenza tecnica è altamente specializzata, sofisticata. Non solo presenta questo carattere, ma addirittura è patrimonio di una parte. Questa è una delle sofferenze più grandi che hanno colpito quest'inchiesta»⁵⁰.

Il problema evidenziato è duplice. In primo luogo, rileva l'estrema complessità dei dati tecnici — radaristici, in particolare — necessari ai fini dell'accertamento, cui corrisponde, in capo all'autorità giudiziaria, un *deficit* cognitivo difficile da colmare: «la nostra conoscenza è minima se non nulla. Almeno all'inizio, siamo partiti da uno stato di ignoranza assoluta della materia»⁵¹.

Negli anni '80 e '90 — in un periodo, cioè, in cui lo sviluppo tecnologico era ben lontano dai livelli raggiunti oggi — l'esigenza di acquisire e maneggiare cognizioni tecnico-scientifiche ad alta specializzazione per finalità di accertamento penale rappresentava una sfida notevole, di fronte alla quale la magistratura dell'epoca era fisiologicamente meno preparata rispetto a quella contemporanea. Si trattava di un ostacolo difficile da superare, ma — come dichiara lo stesso giudice istruttore — non insormontabile.

Il punto è soprattutto un altro: il sapere scientifico è «*patrimonio di una parte*». Ecco il nervo scoperto, il fattore eccezionale che rende Ustica un caso a sé. La formula — ellittica e potente — fotografa una situazione di esclusività, di monopolio dei dati tecnici, con effetti distorsivi della dinamica processuale⁵².

favorito, anzi talvolta deliberatamente ostacolato «da coloro che quelle nozioni detenevano». Nella parte in cui illustra il quadro probatorio a sostegno della tesi dello «scenario esterno», poi, puntualizza come si tratti di dati «che è stato possibile ricostruire mediante informazioni radaristiche più volte negate, comunque impedito e solo dopo molto tempo e molti sforzi con certezza acquisite» (Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 3954). Ad essere evidenziato, infine, è un aspetto per certi versi paradossale: l'ipotesi dell'aereo militare che taglia ortogonalmente la rotta del DC9 era stata avanzata già nell'ambito delle prime analisi tecniche, ma poi è stata accantonata, affossata a causa degli attacchi di «ambienti e persone» che «hanno ostacolato per lustri il cammino dell'inchiesta» anche con «l'avallo di deboli se non compiacenti apporti peritali» (Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 3955).

⁵⁰ Commissione stragi, XIII legislatura, 7ª seduta, 22 gennaio 1997, p. 185.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² In quella stessa interrogazione, su domanda della senatrice Bonfietti, il giudice istruttore fotografa il problema con ancora maggiore precisione. Vale la pena riportare sia la domanda che la

Si tratta di una formula ellittica perché, a essere rigorosi, non è esatto parlare di conoscenze appannaggio di una parte; come chiarisce lo stesso giudice istruttore, le cognizioni tecniche appartengono «ad una istituzione determinata, ad alcune persone, alcune delle quali sono divenute imputate». L'istituzione in parola, ovviamente, è l'Aeronautica e le «persone divenute a un certo punto imputate» sono i militari a vario titolo accusati di aver sviato o depistato l'inchiesta.

È vero che il sapere tecnico indispensabile all'accertamento circola in circuiti più ampi rispetto a quello costituito dai soggetti formalmente coinvolti nella vicenda giudiziaria ma ciò non cambia, nella sostanza, i termini della questione. Esiste, infatti, in vasti settori della Forza armata, un interesse convergente con quello degli imputati, che dà corpo e "cementa", sul piano della dinamica processuale, questa forma di monopolio. Del resto, sebbene ad essere imputata non sia l'istituzione complessivamente intesa ma solo alcuni suoi dipendenti, i militari nel tempo attinti dalle contestazioni non sono pochi e — soprattutto — ad essere chiamati in causa, in forza di un'imputazione di assoluta gravità, sono i vertici di quell'istituzione; almeno sul piano simbolico, è l'intera Aeronautica a entrare nel mirino dell'autorità giudiziaria.

Non muta i termini della questione nemmeno la circostanza che gli imputati detenessero in via esclusiva (con la puntualizzazione di cui sopra) un sapere funzionale alla ricostruzione non tanto dei fatti loro contestati — almeno non direttamente — ma delle cause dell'inabissamento del DC9. La sfasatura va infatti stemperata alla luce della connessione sussistente fra il delitto principale — quello di strage, per il quale soggetti formalmente accusati non ci sono mai stati — e i reati ad esso satellitari. Se si pensa che — nell'impostazione veicolata dall'accusa — i secondi sono stati commessi per occultare il primo, ben si coglie il valore riflesso che le conoscenze in ordine alle cause della caduta dell'aeromobile assumono sul piano dell'accertamento della fattispecie di alto tradimento.

In base a quanto osservato, allora, il termine monopolio, pur non essendo formula che "squadri da ogni lato" — non in termini assoluti, almeno —, sembra cogliere nel segno, nella misura in cui evidenzia quella concentrazione di conoscenze capace di condizionare la dinamica del procedimento cui allude il giudice istruttore. È intorno a questo fenomeno, alle sue cause, ai principali effetti sul piano dell'accertamento e alle possibili degenerazioni che si vuol ragionare. Riflettendo su Ustica, certo; ma non solo.

risposta. Bonfiatti: «può affermare che c'è stata una disparità di trattamento, cioè le parti imputate avevano a disposizione materiale, documenti che le altre parti non sono state messe nelle condizioni di consultare?». Giudice istruttore: «in effetti non posso che confermarlo. Più si va avanti, più si apprende la massa enorme di nozioni che sono state patrimonio solo di una parte e da cui le altre parti o gli altri soggetti processuali erano esclusi. Se noi adesso facciamo un bilancio di quanto stiamo apprendendo, specie negli ultimi tempi [è il periodo della collaborazione con il *Nato Programming Centre*], ci accorgiamo sempre più della disparità di posizioni, quindi di questa stranezza processuale» (Commissione stragi, XIII legislatura, cit., p. 209).

6. OGGETTO E CAUSE DEL MONOPOLIO

Al fine di mettere a fuoco tutte le angolature dell'“anomalia” che — secondo la prospettiva richiamata — ha segnato la vicenda giudiziaria di Ustica occorre affrontare, in sequenza, tre interrogativi.

Quali sono esattamente le informazioni tecnico-scientifiche appannaggio esclusivo degli imputati? Per quali ragioni si è creata una radicale asimmetria cognitiva fra le parti? Quali effetti ha prodotto?

Quanto al primo profilo, ad essere oggetto di monopolio — nei termini sopra esposti — è la materia radaristica.

Si tratta di un sapere di nicchia, fisiologicamente appannaggio di pochi; tipicamente, di coloro che se ne occupano “per mestiere”. Non solo. Esistono specifiche ragioni di sicurezza: il sistema di difesa aerea nazionale, essendo (allora come oggi) integrato in una struttura più ampia, che fa capo all'Alleanza Atlantica (cd. sistema NADGE⁵³), è gravato da una serie di vincoli di segretezza, stabiliti a livello centrale e funzionali a garantire l'integrità complessiva dell'apparato. Nel caso di specie, ciò si è tradotto nell'opposizione di un segreto militare di carattere sovranazionale in relazione ad alcune specifiche del *software* impiegato dal NADGE. Al giudice istruttore (e alle parti), di conseguenza, è stato a lungo impedito l'accesso ai codici d'interpretazione delle tracce rilevate dalle basi afferenti alla catena difensiva integrata, con l'effetto di rendere sostanzialmente impraticabile una corretta lettura delle stesse.

Alla base del monopolio c'è, dunque, senz'altro l'esclusività del sapere radaristico. Un'esclusività che si declina, a ben vedere, in due diverse accezioni. Va intesa in senso stretto con riferimento a quella porzione di conoscenze soggette a formale vincolo di segretezza; in senso ampio, invece, rispetto a ciò che sta fuori da quel perimetro ma che, per il suo carattere iper-specialistico, è fisiologicamente riconducibile a un bacino ristretto di “utenti”.

Nel primo caso, il limite giuridico “blinda” le informazioni entro l'istituzione — di cui gli imputati fanno parte, incardinati in posizioni di vertice — che le detiene ed utilizza ed innalza una barriera non superabile per le (altre) parti e il giudice, di fatto rendendo il monopolio non rimediabile (fintantoché il segreto rimane in piedi).

Il vantaggio cognitivo assicurato dal secondo tipo di esclusività è invece relativo: l'Aeronautica è il depositario privilegiato del sapere tecnico, ma non l'unico. Le ragioni per cui la radicale asimmetria denunciata dal giudice istruttore ha interessato anche questa fetta — più ampia — di conoscenze sono meno intuitive e chiamano in causa, in certa misura, la stessa magistratura. È l'approccio da questa tenuto nella fase iniziale dell'inchiesta ad aver paradossalmente contribuito a rinserrare il privilegio cognitivo degli imputati.

⁵³ V. *supra*, nota 22.

Una magistratura superficiale, che si muove in modo «pasticciato, confuso e senza chiari obiettivi»⁵⁴, impreparata di fronte a una materia tecnica molto complessa e che per questo si affida all'Aeronautica e ne fa il proprio — unico — referente per le questioni radaristiche, senza ricorrere a fonti alternative. Alla lunga, tutto quello che ha a che fare con il sistema di rilevamento delle tracce radar e con la lettura delle stesse arriva all'autorità giudiziaria, in via diretta o indiretta, dall'istituzione militare. D'altra parte, fino a che non emerge il conflitto d'interesse, essa si presenta come un consulente di prestigio, dotato di una credibilità all'apparenza massima. È solo quando viene raggiunto il punto di rottura — con la contestazione di plurime condotte di depistaggio, fra tutte l'alto tradimento dei vertici della Forza armata — che lo scenario cambia. Il giudice istruttore coglie le insidie annidate in quello stato di cose e tenta di porvi rimedio. Il problema è che si è perso tanto — forse troppo — tempo e che la costruzione di un sapere “autonomo” è tutt'altro che semplice⁵⁵.

7. GLI EFFETTI

Avendo ad oggetto conoscenze di carattere tecnico-scientifico, il monopolio condiziona, in prima battuta, le dinamiche della prova peritale.

Il contraccolpo più evidente, su questo terreno, si registra al momento del deposito della relazione Misiti⁵⁶. Il parere licenziato dagli esperti solleva forti obiezioni; la parte dedicata all'analisi delle registrazioni radar, in particolare, è giudicata incomprensibile. A pesare è soprattutto la mancata conoscenza del funzionamento del sistema NADGE, che rende l'interpretazione delle tracce rilevate non verificabile. I riassunti messi a disposizione dall'Aeronautica si rivelano palesemente inadeguati e, a partire da un certo momento, pure sospetti. Fino a che la situazione non si sblocca — nel 1996, con la decisione della NATO di decrittare i manuali illustrativi del sistema operativo — gli accertamenti tecnici, almeno quelli relativi al materiale radar prodotto dalle basi militari, finiscono in stallo.

Questa, tuttavia, è solo la punta dell'iceberg. Ci sono altre conseguenze, meno palesi ma altrettanto significative. La concentrazione del sapere nelle mani degli imputati ha avuto un impatto così drastico da inquinare, in certa misura, le stesse premesse delle perizie, pregiudicando l'acquisizione del materiale probatorio da sottoporre allo scrutinio degli esperti. Alcune circostanze, certi episodi mai del tutto chiariti appaiono, in questa prospettiva, paradigmatici.

⁵⁴ Commissione stragi, XIII legislatura, *Sciagura aerea del 27 giugno 1980. Proposta di discussione finale*, cit., p. 508.

⁵⁵ In merito a tali aspetti v. *infra*, par. 8.

⁵⁶ V. *supra*, par. 2.2.

Il decreto di sequestro dei dati radar eseguito solo in parte, per esempio⁵⁷. Ai fini del nostro discorso, a colpire non è tanto il fatto che non si sia mai venuti a capo delle responsabilità in ordine allo strano — e certamente illegittimo — aggiustamento di tiro operato in sede d'attuazione del provvedimento, quanto l'inerzia ascrivibile alla magistratura, la quale per anni non ha compiuto alcun passo per acquisire i dati rimasti inopinatamente fuori dal perimetro dell'atto genetico.

Quando in Commissione stragi si chiede conto al giudice istruttore⁵⁸ del perché si sia accorto con grave ritardo dell'importanza dei nastri di Poggio Ballone (Grosseto) — una postazione che sicuramente ha seguito il DC9 quando ha attraversato la Toscana e probabilmente (seppur ai limiti di portata del dispositivo) anche al momento del disastro — egli risponde che aveva ricevuto rassicurazioni dall'Aeronautica: quella postazione radar non poteva vedere il tratto di cielo sopra Ustica ed era, quindi, del tutto irrilevante dal punto di vista probatorio⁵⁹.

Un cenno meritano anche le circostanze relative al sequestro delle registrazioni di Licola. Il "plottaggio" originale relativo alla situazione aerea fotografata la notte del 27 giugno 1980 non è mai stato acquisito agli atti. Il sito al tempo non era automatizzato, ma operava in modalità fonetico-manuale. Ciò significa che le tracce rilevate dal radar non venivano registrate su nastro ma erano riportate manualmente su un documento (in gergo tecnico, il DA1). Al momento della richiesta di esibizione, il comandante della base militare comunica all'ufficiale di polizia giudiziaria che il sito non dispone di un nastro di registrazione (recante le battute radar rilevate quella notte), senza fare cenno all'esistenza di un documento idoneo a "farne le veci". Quando l'autorità giudiziaria ne prende consapevolezza (nel 1988), quel documento è ormai irrimediabilmente perso⁶⁰.

Anche a Marsala si verifica qualche intoppo. L'atto di sequestro delle intercettazioni radar risale ai primi giorni del luglio 1980 ma è solo nell'ottobre successivo che il materiale probatorio è effettivamente acquisito dal magistrato (recatosi personalmente presso la base siciliana). Nelle settimane che corrono tra questi due momenti i nastri rimangono nella disponibilità della Forza armata⁶¹. La mancata consegna al momento della notificazione dell'atto viene giustificata adducendo che, per motivi tecnici, non si poteva estrarre la pizza dall'elaboratore. Nella propria agenda, l'allora comandante del 2° Reparto dell'ITAV⁶² annota l'episodio e chiosa: «quando ho consegnato il materiale richiesto alla magistratura ho trovato una formula ambigua

⁵⁷ V. *supra*, par. 2.1.

⁵⁸ In particolare, a chi ha rivestito tale funzione dal 1984 al 1990.

⁵⁹ V. Commissione Stragi, X legislatura, 99ª seduta, 24 gennaio 1992, p. 539.

⁶⁰ Ricostruisce le vicende del sito di Licola, Ranci (2020), p. 95-96.

⁶¹ La possibilità che, in quel lasso di tempo, i nastri fossero stati manipolati o alterati è stata a lungo dibattuta nell'ambito del processo, fino a che la perizia Dalle Mese (1997) l'ha definitivamente smentita.

⁶² Ispettorato delle Telecomunicazioni e Assistenza al volo.

per permettere all'Aeronautica di pensarci su»⁶³. L'appunto, oltre a gettare un'ombra sulle ragioni del comportamento tenuto, fotografa la consapevolezza, in capo all'estensore, del margine di manovra assicurato dal vantaggio cognitivo posseduto.

Nel complesso, da questo quadro si stacca l'immagine di un'autorità giudiziaria poco incisiva, che gioca "di rimessa" e dipende in tutto e per tutto dall'Aeronautica per le questioni legate alla materia radaristica; dall'altra parte, di una Forza armata, che, forte della conoscenza esclusiva della materia tecnico-scientifica, riesce a controllare l'andamento dell'inchiesta dosando il flusso di notizie destinate agli inquirenti, con la possibilità di nascondere le reali cause del tragico epilogo del volo I-Tigi e allontanare da sé eventuali sospetti⁶⁴.

8. I TENTATIVI DI COLMARE LO SCARTO

Lo scenario muta radicalmente, e così anche l'approccio dell'autorità giudiziaria, quando diventa chiaro che l'Aeronautica è "parte in causa". Il giudice istruttore tenta di erodere il monopolio recuperando, per quanto possibile, le chiavi del controllo.

Lo fa convogliando l'attenzione sul principale veicolo attraverso cui le conoscenze tecnico-scientifiche entrano nel processo: i collegi peritali. Tenuto conto del fatto che molti degli esperti in materia radaristica provengono dallo stesso ambiente cui appartengono anche gli imputati, valuta, con riferimento ad ogni profilo, il rischio di conflitto d'interessi; là dove ravvisa relazioni e contatti "compromettenti", procede alla rimozione⁶⁵. Non solo. Decide di affidare l'incarico, fra gli altri, a un ingegnere aeronautico e uno studioso di analisi radar provenienti dalla Svezia, uno Stato al di fuori dal Patto atlantico. La tesi che comincia a prendere corpo è quella di un incidente in cui è coinvolto un velivolo militare di un Paese alleato; in quest'ottica — egli valuta — la nazionalità dell'esperto rappresenta una patente di affidabilità (o meglio, di non inaffidabilità).

L'iniziativa riflette le difficoltà che caratterizzano una vicenda giudiziaria con caratura internazionale, che tocca interessi geopolitici sensibilissimi e intercetta alleanze (e forse) coperture trasversali. Il contesto in cui si muove il giudice istruttore è costellato di insidie e lo pone di fronte a scelte anomale, delicate, a volte estreme.

⁶³ Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., p. 79.

⁶⁴ Secondo uno schema operativo funzionale, nelle parole della Commissione stragi, a consentire il «bilanciamento e [la] neutralizzazione» dell'ipotesi investigativa "sgradita". Commissione stragi, X legislatura, *Relazione*, cit., p. 9.

⁶⁵ V., in proposito, la parte della sentenza-ordinanza dedicata agli inquinamenti peritali. Trib. Roma, Ufficio Istruzione, cit., in particolare 2841 ss. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia all'audizione in Commissione stragi del giudice istruttore (Commissione stragi, XIII legislatura, 7ª seduta, cit., p. 206 ss.).

Ma non basta “bonificare” i collegi peritali e, più in generale, dismettere l’atteggiamento supino nei confronti dell’istituzione militare; per costruire un sapere autonomo occorre superare le barriere che impediscono una conoscenza a tutto tondo dei dati tecnici indispensabili per l’accertamento. L’altro — decisivo — versante su cui si appuntano gli sforzi del giudice istruttore, pertanto, è quello relativo alla desecretazione dei manuali relativi al funzionamento del sistema di difesa integrato. Egli sollecita l’autorità politica affinché, attivando gli opportuni canali diplomatici, faccia pressione sui competenti organi dell’Alleanza atlantica affinché siano rimosse le classifiche di segretezza relative alle specifiche del sistema NADGE. L’obiettivo viene raggiunto nel 1996⁶⁶.

La collaborazione con il *Nato Programming Centre* di Bruxelles è intorno a quegli anni intensa, coltivata dall’autorità giudiziaria con l’obiettivo di ottenere l’“interpretazione autentica” di alcuni dati radar il cui significato rimaneva — pur a fronte di una mole considerevole di verifiche svolte — incerto. «Molti di quei dati» — riferisce il giudice istruttore Commissione stragi — erano stati analizzati dai periti fruendo «di un certo aiuto che veniva dall’Aeronautica militare»; un aiuto rispetto al quale erano «sorti dei dubbi»⁶⁷.

Le iniziative messe in campo hanno un impatto significativo: consentono l’acquisizione delle informazioni necessarie a ricostruire lo “scenario complesso” — fatto di molte tracce militari non identificate — entro cui vola il DC9 la sera del 27 giugno 1970. Eppure, l’impressione è che il circolo vizioso in cui l’inchiesta si è avvilita non sia mai stato del tutto spezzato. Se la tesi è che la strage sia stata causata, per errore, dal missile lanciato da un caccia di un Paese alleato, alcune risposte — o meglio alcune mancate risposte (una su tutte, l’identità dei caccia in volo quella sera) — da parte della NATO sembrano certificare che il monopolio e i relativi effetti sono stati sì attenuati — anzitutto perché se ne è preso coscienza, seppur con molto ritardo — ma che ad essi non si è mai potuto porre del tutto rimedio. La circostanza che, dopo la riapertura, l’indagine per strage penda da anni senza aver (ancora) superato lo snodo della formulazione dell’azione penale sembra essere un’ulteriore conferma in tal senso.

9. IL MURO DI GOMMA. UNA CHIAVE DI LETTURA (NON UNANIMEMENTE CONDIVISA) PER LA VICENDA GIUDIZIARIA

Ustica appartiene al novero delle vicende giudiziarie ascrivibili al c.d. «paradigma delle stragi di Stato»⁶⁸. La categoria concettuale, a sfondo giornalistico, evoca e sintetizza i tratti tipici dei processi per le stragi comprese

⁶⁶ V. *supra*, par. 2.2.

⁶⁷ V. Commissione stragi, XIII legislatura, 7^a seduta, cit., p. 224.

⁶⁸ Per le coordinate di tale categoria tassonomica, si rinvia a Ranci (2023).

nell'arco temporale che va da Piazza Fontana all'abbattimento del DC9, in particolare il "debito di verità" che essi presentano, le diffuse opacità e i depistaggi e la loro riconducibilità, in via principale, all'iniziativa delle istituzioni dello Stato.

Nel caso di Ustica, tuttavia, il gioco della disinformazione e le interferenze sul piano dell'attività investigativa sembra avere una matrice precisa. Le leve operative impiegate per costruire il "muro di gomma"⁶⁹ contro cui l'autorità giudiziaria e la Commissione stragi a lungo e ripetutamente sono andate a sbattere affondano le radici nello squilibrio cognitivo fra le parti processuali. L'Aeronautica è stata in grado di "blindare" le notizie all'interno dell'ente, facendo leva su un malinteso spirito di corpo⁷⁰ e sfruttando a proprio vantaggio la conoscenza esclusiva dei dati radaristici.

Gli effetti dei comportamenti e degli atteggiamenti coltivati all'ombra di quel monopolio sono dirompenti; significative in tal senso le parole che, ancora una volta, il giudice istruttore affida alla Commissione stragi: «emergono elementi, allo stato indiziari, di una verità che circola [...] a determinati livelli, ma non viene mai pubblicizzata, determinando quello che definisco il "il segreto di fatto". Non esiste un segreto di Stato perché quando ho chiesto informazioni nessuno mi ha mai opposto un segreto ufficiale, formale, su qualche documento; uso questa espressione impropria che non dovrei usare, ma si ha l'impressione che sussista un segreto di fatto del quale sono a conoscenza certi livelli, segreto che circola, si tramanda [...] di cui però non si parla»⁷¹.

Una ricostruzione molto simile viene fornita all'organo parlamentare dal pubblico ministero: «la difficoltà maggiore incontrata per l'interpretazione dei dati radaristici [...] fu costituita da quella che noi abbiamo definito come l'opposizione "di fatto" del segreto»⁷².

Quando il giudice istruttore e il pubblico ministero riferiscono in Commissione stragi, i limiti alla consultazione dei manuali e dei testi esplicativi del NADGE — derivanti, quelli sì, dall'opposizione formale di un vincolo di segretezza da parte della Forza armata italiana — sono venuti meno. Non esiste dunque, in quel momento, alcuna restrizione alla ricerca probatoria e all'accertamento dei fatti da parte di istituzioni nazionali o internazionali. Gli inquirenti tuttavia intravedono l'ombra di un segreto sotterraneo, implicito, che non si appalesa mai chiaramente, in qualche misura legato al monopolio delle conoscenze specialistiche coagulatosi intorno agli imputati.

⁶⁹ Il riferimento corre al film che il regista Marco Risi ha presentato alla Mostra del cinema di Venezia del 1991.

⁷⁰ Si soffermano sulla cultura del silenzio e sul fortissimo senso della gerarchia che permeano l'istituzione militare, Di Feo, Egidio, Ginori, Vecchio (2020).

⁷¹ Commissione stragi, XIII legislatura, 7^a seduta, cit., 243.

⁷² Commissione stragi, XIII legislatura, 40^a seduta, 22 settembre 1998, 484. Una considerazione del medesimo tenore fa capolino anche nella requisitoria presentata dai magistrati al termine dell'istruzione formale, là dove si allude a «difficoltà molto gravi [...] dovute [al]l'opposizione formale e informale del segreto»: *Requisitorie P.P. n. 266/90 A P.M. e 527/84 A G.I. "cd. Strage di USTICA"*, 18, consultabili sul sito www.stragi80.it.

L'ipotesi che emerge in controluce è la seguente: la Forza armata ha scelto — in sintonia con un'istituzione politica nazionale o internazionale rimasta indeterminata — di non rendere note le cause dell'abbattimento del DC9 per intuibili ragioni di tutela della sicurezza; l'ha fatto, tuttavia, in maniera coperta, senza prenderne la responsabilità, al di fuori delle regole del gioco democratico.

Il riferimento all'esistenza di un segreto "di fatto", contrapposto al segreto "ufficiale", illumina i risvolti vertiginosi della situazione. Il monopolio del sapere scientifico conferisce un potere capace di scardinare il sistema di controlli che governa la materia del segreto di Stato in una vicenda eccezionalmente grave.

Sembra annidarsi, nelle pieghe del processo di Ustica, una delle «promesse non mantenute» della democrazia di cui parla Bobbio in un celebre saggio. Ragionando sul tema dei rapporti fra «potere invisibile» e Stato democratico, il filosofo esprime inquietudine e preoccupazione per il pervasivo e minaccioso estendersi delle istanze tecnocratiche nella società contemporanea, il moltiplicarsi dei settori dell'esperienza umana caratterizzati da saperi tecnici così complessi ed "esclusivi" da creare un diaframma tra il luogo (e i soggetti) della decisione e il pubblico che di quella decisione è al tempo stesso destinatario e controllore. Un diaframma che rende misteriose questioni rilevanti per la società civile semplicemente «per il divario incolmabile che separa l'esperto dall'indotto, il competente dall'incompetente, il laboratorio dello scienziato o del tecnico dalla piazza» e che rende il «tecnocrate» un moderno despota⁷³.

Va detto, tuttavia, che la lettura offerta dal giudice istruttore e dai pubblici ministeri che si sono occupati del caso, i quali scorgono nella vicenda di Ustica una delle manifestazioni del potere occulto annidato nel doppiofondo dello Stato democratico al centro della riflessione bobbiana, non mette tutti d'accordo. A negarla — o meglio, a negare che una macchinazione di tale portata possa ritenersi provata sulla scorta delle regole che governano l'accertamento penale — è la Corte d'Assise d'appello che ha assolto con formula piena i vertici dell'Aeronautica evidenziando un difetto assoluto di prova: «ipotizzare se vi sia stato un complotto di varie autorità militari al fine di coprire un incidente internazionale in cui potevano essere coinvolti Stati amici o alleati o nemici non è un compito della giustizia, che si fonda solo su prove certe e inconfutabili, ma degli storici, se mai ne avranno la possibilità in quanto è del tutto inesatto ritenere che con le sentenze si fa la storia dati i limiti che la procedura penale pone ai giudici»⁷⁴. Il giudizio, insomma, è che si tratti di materia per gli storici e non per i giuristi, vincolati a uno statuto epistemologico rigoroso, nell'ambito del quale l'inverosimiglianza non fa pro-

⁷³ Bobbio (2014-1984), p. 98.

⁷⁴ Corte d'Assise d'Appello di Roma, cit., p. 5.

va e le azioni dell'uomo, anche quelle che in astratto rispondono a tendenziali criteri di comportamento, non sfuggono all'obbligo di verifica caso per caso⁷⁵.

Dubbi di una certa consistenza sono avanzati anche in Commissione stragi. Nella bozza di relazione⁷⁶ presentata da alcuni senatori e deputati della XIII legislatura, pubblicata nel 2001, si afferma che dietro le imputazioni a carico dei vertici dello Stato Maggiore e dei militari in servizio nelle varie basi radar, più che «un alto disegno criminoso organizzato al fine di occultare chissà quale segreto militare», si scorge «l'esatta fotografia di una struttura ai limiti delle capacità funzionali». Non una cospirazione finalizzata a nascondere una «verità indicibile»⁷⁷, dunque, ma disorganizzazione, sciattezza, scarsa professionalità. Il resto — secondo la Commissione — lo avrebbe fatto una magistratura non all'altezza della complessità della vicenda⁷⁸.

Il quadro delle interpretazioni, insomma, non è univoco⁷⁹. Quel che è certo, tuttavia, a prescindere dalla lettura che ciascuno può dare del caso Ustica, è che, almeno fino a un certo momento, una radicale *gap* cognitivo fra le parti si è manifestato. E sono un dato di fatto anche i risvolti processuali abnormi che — in astratto e oltre la specifica vicenda giudiziaria — tale circostanza reca con sé.

⁷⁵ La distinzione fra massime d'esperienza e criteri tendenziali del comportamento umano è limpidamente tracciata da Nobili (1969), p. 123 s.

⁷⁶ Rimasta tale per via della mancata unanime condivisione dei contenuti del documento.

⁷⁷ Il riferimento corre all'espressione utilizzata da Fasanella, Priore, (2018), p. 134.

⁷⁸ Commissione stragi, XIII legislatura, *Sciagura aerea del 27 giugno 1980. Proposta di discussione finale*, cit., 508 ss.

⁷⁹ Alegi (2004), p. 147 definisce un «mito» quello di Ustica «come strage e segreto inconfessabile». La tesi è ripresa in un volume che lo studioso ha pubblicato di recente insieme al generale Leonardo Tricarico. Gli Autori, valorizzando le conclusioni della Corte d'Assise d'Appello, qualificano l'impianto accusatorio alla base dell'ordinanza di rinvio a giudizio un esercizio di «fantapolitica» (Tricarico, Alegi, (2021), p. 11), una mistificazione che ha generato un «mare di fango» (*ibidem*, p. 141) ai danni dei vertici dell'Aeronautica. Non solo: si spingono ad affermare (*ibidem*, 11 e 28) che la sentenza di secondo grado avrebbe «inequivocabilmente» individuato nell'esplosione di una bomba collocata nella *toilette* posteriore del velivolo la causa del disastro, incorrendo in quello che a tutti gli effetti appare un travisamento del contenuto della decisione. A tale riguardo vanno evidenziati alcuni aspetti. C'è un passaggio, nel corpo della motivazione, in cui il giudice dell'appello fissa in maniera molto netta il perimetro della reg giudicanda: ciò che è devoluto alla sua cognizione è «solo un presunto reato di alto tradimento che nulla ha a che fare con la ricerca degli autori o delle cause del reato di strage»; una materia, quest'ultima, già esaminata e decisa dal giudice istruttore (Corte d'Assise d'Appello, cit., p. 49). In qualche altro snodo argomentativo — è vero — la Corte sembra venir meno a questa *actio finium regundorium*; per esempio là dove afferma che i giudici istruttori che si sono succeduti hanno cercato per anni «le cause dell'abbattimento dell'aereo e quindi i probabili autori» ma senza successo poiché «la scienza non li ha sorretti o aiutati» (*ibidem*, p. 49) o quando, nell'escludere che la notizia circa l'esistenza dei famosi *plot -17 e -12* fosse giunta a conoscenza dello Stato maggiore dell'Aeronautica, afferma incidentalmente che sulla sussistenza di tali tracce i tecnici non hanno mai raggiunto un'opinione unanime (*ibidem*, p. 94). Tuttavia, anche a voler attribuire qualche valenza, in chiave storiografica, a tali *obiter dicta*, non si può sicuramente desumerne un avallo, men che meno in termini di certezza, alla tesi della bomba.

10. UNO SGUARDO ALL'ASSETTO CONTEMPORANEO

Ustica accende i riflettori su un tema che, per le sue implicazioni sull'accertamento giudiziario e i rapporti che allaccia con i modi e le forme di esercizio del potere, stimola l'interesse dello studioso del processo penale.

Certo, si tratta di una vicenda giudiziaria unica nel suo genere, per molti versi irripetibile. Lo suggeriscono la miscela particolarissima di fattori che l'ha contraddistinta, il contesto storico in cui è calata, l'intreccio quasi inestricabile di ruoli e interessi in gioco, la rilevanza internazionale. Tuttavia, alcuni nodi giuridici, tratti fuori dalle circostanze del caso di specie, intercettano questioni rilevanti anche oggi. Soprattutto oggi, potremmo dire, dal momento che l'ombra del "tecnocrate moderno despota" si allunga sulla società contemporanea in rapporto di proporzionalità diretta al diffondersi e all'intensificarsi delle istanze tecnologiche⁸⁰.

Com'è intuibile, la riflessione sulle derive tecnocratiche della giustizia penale s'inserisce nel più ampio dibattito sui rapporti tra scienza, nuove tecnologie e processo; un dibattito che appare oggi particolarmente sviluppato e fecondo, senz'altro più di quanto lo fosse ai tempi dell'inchiesta sulla strage del DC9 Itavia⁸¹.

La prova scientifica⁸² è da molti considerata a tutti gli effetti la "prova regina" dei giorni nostri, con quel che ne consegue in termini di esperienza e

⁸⁰ Per una diversa interpretazione del quadro d'insieme, v. Ziccardi (2015) in particolare a 18 ss. e 182 ss., il quale ritiene che l'evoluzione tecnologica abbia contribuito piuttosto a «livella[re] le forze in campo». L'informatizzazione e la facilità con cui le informazioni circolano nella dimensione digitale hanno reso più vulnerabile il segreto serbato dai pubblici poteri, offrendo al cittadino maggiori opportunità di "bucare" il velo di riserbo steso sugli *arcana imperii* e, più in generale, sulle notizie che si vuole tenere riservate.

A dire il vero, non sembra che le due letture della moderna società dell'informazione siano necessariamente incompatibili; una cosa non esclude l'altra, nell'ambito di un quadro magmatico, in cui convivono spinte e linee di sviluppo talvolta contrastanti. La sensazione di chi scrive, tuttavia, è che a prevalere sia la prima: il fattore tecnologico è suscettibile di agire perlopiù come intensificatore del segreto (e quindi del potere). D'altra parte, se si ragiona sulle occasioni in cui l'opinione pubblica, di recente, è venuta a conoscenza delle attività di sorveglianza occulta allestite dalle agenzie di *intelligence* — pensiamo al caso Wikileaks, per esempio — ci si rende conto che si tratta di "operazioni trasparenza" condotte da *insiders*. Il controllo che, in linea astratta, le nuove tecnologie offrono, non è alla portata di tutti, ma di chi possiede competenze (tecniche) non comuni.

⁸¹ La letteratura in materia è sterminata. Senza pretesa di esaustività, si richiamano alcuni dei lavori monografici e delle collettanee pubblicati di recente che offrono un inquadramento sistematico della materia. A questi si rimanda, anche per ulteriori approfondimenti bibliografici. Canzio, Lupária (2017); Conti (2011); De Cataldo Neuburger (2010); Dominioni (2005); Gennari (2016); Rivello (2014).

⁸² Nell'accezione ellittica, proposta da Dominioni (2005), p. 12, che ricomprende tutte le «operazioni probatorie per le quali, nei momenti dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione, si usano strumenti di conoscenza attinti dalla scienza e dalla tecnica, cioè a dire principi e metodologie scientifiche, metodiche tecnologiche, apparati tecnici il cui uso richiede competenze esperte». Rivello ((2014) p. 58) ritiene che il concetto andrebbe declinato nella forma plurale, in ragione del fatto che «nel processo non entra un solo tipo di scienza o di verità scientifica». Condivide tale impostazione anche Renzetti (2015), p. 403.

capacità di gestione dei problemi che essa solleva⁸³; grande attenzione poi è riservata ai mezzi di ricerca della prova di ultima generazione⁸⁴. Ancor prima, l'emanazione del vigente codice di procedura penale, nel mettere a punto un sistema tutto improntato al confronto dialettico e alla parità delle armi, ha favorito un cambio di paradigma sul terreno probatorio. Tuttavia, in presenza di saperi appannaggio di pochi (o pochissimi) esperti, magari perché di altissima specializzazione o perché soggetti a vincoli giuridici funzionali a contenerne la divulgazione (tipicamente, vincoli riconducibili alla tutela del segreto industriale), il controllo giurisdizionale risulta spesso deficitario e il contraddittorio arranca.

Il fenomeno è di tale portata che potremmo addirittura affiancare (e in qualche misura sovrapporre) alle classificazioni già tracciate dalla dottrina⁸⁵ una bipartizione ulteriore: quella fra prova scientifica “comune” o “diffusa” e prova scientifica “esclusiva”. La prima, non soggetta a limitazioni di sorta in termini di “accessibilità” e fruibile da un numero di esperti tale da consentire un confronto dialettico ampio e trasversale nell’ambito della comunità scientifica di riferimento, pone minori criticità nel momento in cui entra nel metabolismo giudiziario⁸⁶; la seconda, invece, presenta problemi più seri poiché apre la strada a possibili lacune nei controlli e di fatto crea le condizioni affinché uno degli attori che calcano la scena processuale si trovi nella posizione di convogliare e “gestire” determinate informazioni (di carattere scientifico) in regime di sostanziale monopolio.

Sotto questo profilo, vanno tenute distinte due diverse situazioni.

A) La conoscenza è patrimonio (esclusivo) di un terzo⁸⁷. In casi del genere, il deficit di controllo è legato soprattutto al rischio che nel processo faccia ingresso “cattiva scienza”⁸⁸.

⁸³ Conti (2021) ha tracciato un bilancio dell’ultimo ventennio di riflessioni (dottrinali e giurisprudenziali) sulla prova scientifica evidenziando il raggiungimento di «risultati concettualmente all’avanguardia», capaci d’innescare «un’evoluzione in materia di teoria generale della prova».

⁸⁴ Per una puntuale perimetrazione del «campo fenomenologico della scientificità della prova» e la distinzione fra prova “tecnologica” e prova scientifica in senso stretto, si rinvia a Dominioni (2005), p. 38-39.

⁸⁵ Si allude alle note categorie — della prova scientifica «nuova», «controversa» e «di elevata specializzazione» — elaborate da Dominioni (2001), p. 1061. Val la pena chiarire, tuttavia, che la categorizzazione qui proposta non è funzionale a individuare — è questo, invece, l’approccio seguito dall’Autore citato — uno statuto normativo speciale per una classe probatoria avvertita come particolarmente problematica sul piano dei rapporti con l’epistemologia giudiziaria, ma ha valenza puramente descrittiva e punta ad isolare situazioni e fattispecie rispetto alle quali, nella prassi, il vaglio di affidabilità tende a mostrare qualche crepa.

⁸⁶ Non fosse altro perché, fra i criteri a disposizione del giudice per “pesare” la qualità di una teoria scientifica, il grado di condivisione nell’ambito della comunità degli esperti di settore gioca spesso un ruolo di primo piano (c.d. *general acceptance rule*).

⁸⁷ È ciò che si verifica quando si svolgono operazioni probatorie — per esempio, l’estrazione di dati da un supporto digitale o un riconoscimento facciale o vocale — mediante l’impiego di *software* “proprietary”, sviluppati da ditte private che per ragioni commerciali non vogliono diffondere le specifiche del programma.

⁸⁸ V. in proposito Caprioli (2008), p. 3524 ss.

B) La conoscenza è patrimonio (esclusivo) di una parte o — circostanza non identica, ma assimilabile — di un terzo che intrattiene rapporti (economici, istituzionali o di altro genere) con una parte. Al pericolo di dar credito a teorie e/o metodologie prive di una solida base scientifica, qui se ne affianca un altro, connesso alla sussistenza di un interesse nella regudicanda da parte di chi detiene le informazioni tecniche.

Mentre la prima categoria è già stata intercettata e studiata dalla dottrina⁸⁹, la seconda lo è molto meno. Per tali ragioni ci concentreremo soprattutto su quest'ultima.

Su questo versante, preoccupazioni si addensano soprattutto sull'ipotesi — sostanzialmente capovolta rispetto alla vicenda di Ustica — in cui a sfruttare il vantaggio cognitivo sia la stessa autorità incaricata di perseguire i reati. Non solo per ragioni di rilevanza statistica — è la parte pubblica, infatti, che per lo più tende ad assumere la fisionomia del tecnocrate nella società contemporanea — ma anche per la caratura degli effetti che tale situazione determina. Nei casi in cui è la stessa istituzione che amministra la giustizia ad assumere la fisionomia del tecnocrate, le ripercussioni trascendono la singola controversia e innescano contraccolpi “di sistema”.

11. UN CAMPANELLO D'ALLARME: LA GESTIONE SEGRETA DEI MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA TECNOLOGICAMENTE-ORIENTATI

Qualche avvisaglia, certi segnali di pericolo sono nell'aria. Li si coglie, per esempio, nel dibattito suscitato oltreoceano dalla proliferazione segreta di strumenti investigativi ad alto tasso tecnologico.

Un saggio pubblicato di recente⁹⁰, utilizzando come casi studio lo *stingray* (detto anche *cell site simulator* o cacciatore di IMSI) e l'*x-ray van* (un van in dotazione alla polizia, equipaggiato con un sistema di scanner in grado di “vedere” dentro le automobili e attraverso gli indumenti delle persone), traccia la parabola che, sempre più spesso, interessa la *novel technology* in uso alle istituzioni incaricate della prevenzione e della repressione dei reati. Una parabola che prevede: una prima fase in cui il ritrovato tecnologico di ultima generazione viene impiegato in maniera occulta, all'oscuro non solo dell'imputato ma anche dell'autorità giurisdizionale e, più in generale, della collettività; una seconda in cui a poco a poco (parliamo di anni, quando non di qualche decennio) l'esistenza e il funzionamento dell'inedito strumento investigativo diventano di dominio pubblico (perlopiù grazie agli sforzi com-

⁸⁹ Si pensi al dibattito sull'importanza dell'uso di sistemi *open access* per l'acquisizione della prova informatica e alle raccomandazioni ad adottare un approccio particolarmente rigoroso, basato sulla meta-analisi degli studi primari, quando occorre vagliare tecniche innovative e/o controverse, magari patrocinate da un nucleo ristrettissimo di esperti. Un'esortazione di questo tenore è stata di recente avanzata da Gennari (2020, 20 aprile) con specifico riferimento al c.d. a-IAT test.

⁹⁰ Manes (2019), p. 503 ss.

più dai collegi difensivi, dalle organizzazioni a difesa dei diritti civili, dai giornalisti d'inchiesta); uno stadio finale in cui, definitivamente sdoganato, il mezzo viene regolamentato. E poi si ricomincia daccapo, in un ciclo alimentato incessantemente da un panorama tecnologico in continua evoluzione.

Soffermiamoci in particolare sullo *stingray*, non solo perché le vicende ad esso legate hanno animato una riflessione molto articolata e vivace, ma anche perché è un mezzo di sorveglianza ormai approdato anche da noi.

Si tratta di un apparecchio che funziona come un ponte radio e riesce ad agganciare i cellulari che si trovano in un certo raggio d'azione, carpandone i codici identificativi (sia il codice IMEI che contrassegna la SIM card sia il codice IMSI che "marchia" il *device*)⁹¹. Si rivela utile in chiave investigativa soprattutto come atto prodromico all'intercettazione di una persona di cui non si conosce il numero di telefono — il *cell site simulator*, infatti, se attivato nei luoghi frequentati dal "bersaglio", catturerà il codice univoco del telefono (o di un personal computer o un tablet)⁹² — o per svolgere un "pedinamento elettronico" particolarmente accurato, consentendo una localizzazione addirittura entro un raggio di due metri⁹³.

Rispetto alle altre tecnologie in grado di effettuare le operazioni in parola, il cacciatore di IMSI presenta alcune particolarità. Primo: consente controlli «*unmediated*»⁹⁴, che non implicano il supporto delle società di telecomunicazioni. Secondo: funziona come una sorta di pesca a strascico⁹⁵; nella sua rete rimangono impigliati i codici identificativi di una grande quantità di dati riferiti ad altre persone (è quindi molto "costoso" in termini di lesione dei diritti individuali)⁹⁶. Terzo: è una tecnologia poli-funzionale; in astratto sono attivabili (dipende dal *software* in uso) numerose operazioni aggiuntive: è possibile registrare le comunicazioni in entrata e in uscita dell'apparecchio "bersaglio", ispezionare il contenuto del *device* e addirittura impadronirsi per inviare messaggi o fare chiamate⁹⁷.

Per oltre vent'anni, le autorità di *law enforcement* statunitensi hanno utilizzato lo *stingray* clandestinamente, senza dichiararlo né dentro né fuori dalle aule giudiziarie⁹⁸. Se il velo di riserbo è stato squarciato lo dobbiamo, in larga parte, a un signore di nome Daniel Rigmaiden, arrestato nel 2008 per aver messo a punto un sofisticato schema truffaldino funzionale a intascare illegittimamente i crediti d'imposta di centinaia di persone decedute (*fraudulent tax returns*)⁹⁹.

⁹¹ Per un'analisi accurata del meccanismo di funzionamento e delle vulnerabilità della rete telefonica che esso sfrutta, si rinvia a Camon (2020), p. 2 ss.

⁹² Pell, Soghoian (2013), p. 144 s.

⁹³ V. Camon (2020), p. 3; McCandless (2017), p. 1000; Torrans (2017), p. 523-524.

⁹⁴ Pell, Soghoian (2013), p. 147.

⁹⁵ Prendiamo in prestito l'immagine adoperata da Giostra e Orlandi (2018) p. VII per descrivere le intercettazioni.

⁹⁶ McCandless (2019), p. 1000-1001.

⁹⁷ V. Manes (2019), p. 513.

⁹⁸ V. Norman (2016), p. 142; Pell, Soghoian (2014), p. 14.

⁹⁹ United States v. Rigmaiden, 844 F. Supp. 2d 982 (D. Ariz. 2012).

Nel periodo in cui si era dedicato all'attività criminale, Rigmaiden aveva osservato stringenti regole di cautela per evitare d'essere scoperto; per esempio, aveva affittato l'appartamento in cui abitava sotto falso nome e si era procurato una serie di carte d'identità contraffatte. Stava attento soprattutto a non lasciare tracce *online* che potessero suggerire una pista alle autorità¹⁰⁰.

Per tutte queste ragioni, è molto sorpreso quando la polizia bussava alla sua porta. Non riesce infatti a capire come l'abbiano beccato; sospetta che siano risaliti a lui localizzando il *laptop* dentro il suo appartamento sulla base dell'indirizzo IP mediante il quale si collegava a internet, ma non immagina in che modo: al tempo, le agenzie di *law enforcement* ufficialmente non disponevano di uno strumento in grado di fare ciò¹⁰¹. Così, fa alcune ricerche presso la biblioteca dell'istituto penitenziario in cui è ristretto e, mettendo insieme alcune informazioni e sfruttando le sue competenze informatiche, intuisce l'esistenza d'un apparecchio capace di inviare segnali radio attraverso le pareti e localizzare l'esatta posizione di un *device*.

Chiede allora, nell'ambito di una *pre-trial motion*, di conoscere maggiori dettagli rispetto agli strumenti di sorveglianza impiegati nel corso delle indagini, al fine di valutare possibili richieste di esclusione di prove, nell'eventualità in cui fosse emersa una violazione del IV Emendamento.

In risposta, l'accusa ammette che quella eseguita nei suoi confronti era stata una «*Fourth Amendment search*» (eseguita dietro mandato del giudice e dunque nel rispetto dei requisiti di legge¹⁰²), ma non fornisce alcuna informazione circa il funzionamento dello *stingray*; il *prosecutor* spiega alla corte, in apposita *ex-parte hearing*, che si tratta di notizie sensibili, la cui divulgazione potrebbe mettere a rischio future indagini¹⁰³.

Nonostante il giudice neghi la *pre-trial motion* dell'imputato avallando la scelta dell'accusa di negare la *disclosure*, il vaso di Pandora a quel punto è scoperto.

Si accende così un dibattito trasversale, che coinvolge operatori del diritto, associazioni a tutela dei diritti civili e anche l'opinione pubblica. Nel volgere di poco, si susseguono una serie di pronunce che riconducono il cacciatore di IMSI sotto il cappello del IV Emendamento¹⁰⁴ e ne mettono in luce le

¹⁰⁰ Ripercorrono il caso con dovizia di particolari, Torrans (2018), p. 519 s.; Pell, Soghoian, (2014), p. 29 s.

¹⁰¹ I dati di localizzazione forniti dal gestore del servizio di telecomunicazioni — il classico metodo impiegato dalla polizia in casi come questi — consentono sì di individuare un bersaglio, ma non in maniera così precisa.

¹⁰² In effetti, prima di procedere all'individuazione dell'esatta posizione della SIM card con cui Rigmaiden si collegava a internet, l'inquirente aveva ottenuto un *search warrant* (ai sensi del Fed.R. Crim. P. 41(b)). Per una ricostruzione di questi passaggi, si rinvia a Pell, Soghoian (2014), p. 30.

¹⁰³ In particolare, si appella al «*surveillance location privilege*» che consente, a certe condizioni, di celare informazioni relative alla strumentazione tecnica impiegata nel corso delle indagini. Sul tema, v. Smith (2017), p. 233 s.; McCandless, (2017), p. 1025 s. Fa capolino, qui, il cd. «*anti-circumvention principle*», principio sul quale vedi *infra*, in questo paragrafo.

¹⁰⁴ *State v. Tate*, 357 Wis. 2d 172, 201 (Wis. 2014); *Tracey v. Florida*, 152 So. 3d 504, 526 (Fla. 2014); *State v. Andrews*, 134 A.3d 324, 371-99 (Md. Ct. Spec. App. 2016); *Jones v. United States*, 168 A.3d 703, 711-17 (D.C. 2017).

differenze rispetto ai dispositivi regolarmente impiegati per acquisire, in tempo reale, i dati “esterni” delle comunicazioni (i *pen registers* e *trap and trace devices*¹⁰⁵)¹⁰⁶; mentre questi ultimi presuppongono la conoscenza del numero di telefono d’interesse, l’altro viene utilizzato proprio per scovare quel numero, setacciando un’intera area e raccogliendo una grande quantità di codici identificativi di telefoni di persone ignare ed estranee all’indagine¹⁰⁷. Grazie al mutato clima, passi in avanti si registrano anche sul versante legislativo, con l’emanazione di numerosi *statutes* a livello statale volti a regolamentare l’impiego dello strumento investigativo¹⁰⁸.

Parallelamente alla progressiva presa di coscienza delle peculiarità tecniche dello *stingray* e delle relative implicazioni sul piano dei diritti individuali, è cresciuta anche la consapevolezza circa la ferrea “politica di segretezza” portata avanti per oltre vent’anni dalle autorità di *law enforcement*¹⁰⁹. Una politica che contempla strategie preventive e successive, tattiche funzionali a evitare fughe di notizie all’interno ed all’esterno del processo, al fine d’impiegare in maniera occulta un inedito e potente sistema di sorveglianza.

È emerso, in particolare, un sistema di *regulatory restrictions* e *non-disclosure agreements* in grado di blindare le informazioni relative all’esistenza e al sistema di funzionamento del cacciatore di IMSI entro un circuito strettissimo, sostanzialmente composto da FBI, autorità statali e locali di polizia e società produttrici. L’agenzia governativa per le comunicazioni (la *Federal Communication Commission*) — su richiesta delle stesse società produttrici, “imboccate”, secondo quanto appreso, dall’FBI¹¹⁰ — ha concesso l’autorizzazione a produrre lo *stingray* a condizione che venisse venduto esclusivamente alle autorità di *law enforcement*. Parallelamente, l’FBI ha vincolato le autorità statali e locali a non rivelare in pubblico alcuna informazione relativa al sistema di sorveglianza¹¹¹.

Ne è derivata una prassi di sistematica “rimozione” del *cell site simulator* dalle aule di giustizia. Le richieste di autorizzazione al tracciamento dei dati telefonici risultavano generiche ai limiti della reticenza; in certi casi sono

¹⁰⁵ Per una dettagliata analisi, si rinvia a Di Paolo (2008) p. 76 s.

¹⁰⁶ V. In Re Application of the United States for an Order Authorizing the Installation and Use of a Pen Register and Trap and Trace Device, 2012 WL 2120492, at *5-6 (S.D. Tex. Jun. 2, 2012).

¹⁰⁷ Evocativo il parallelismo tracciato da Norman (2016, p. 159): «*this practice is functionally the same as allowing law enforcement officers to kick the door of every house in a neighborhood to search for evidence of a crime that may or may not have been committed by those citizen*».

A distinguere le due classi di strumenti è anche un altro aspetto: con i *pen registers* e *trap and trace devices* le autorità accedono a dati “esposti”, cioè informazioni che il soggetto ha consapevolmente ceduto al gestore del servizio telematico e rispetto alle quali ha di conseguenza perduto ogni ragionevole aspettativa di *privacy*. Diversamente, il *cell site simulator* consente un controllo “*unmediated*” e carpisce informazioni rispetto alle quali la c.d. *third part doctrine* difficilmente può essere invocata. Si sofferma sul punto, Camon (2020, p. 6) al quale si rimanda anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁰⁸ Norman (2016), p. 157-158.

¹⁰⁹ «*A coordinated effort across federal, state and local agencies to keep law enforcement use of this equipment secret*», nelle parole di Pell, Soghoian (2014), p. 34.

¹¹⁰ Pell, Soghoian (2014), p. 37.

¹¹¹ McCandless (2017), p. 1003 s.; Torrans (2017), p. 537.

state formulate in maniera fuorviante, facendo intendere che il mandato servisse ad acquisire i tabulati telefonici dal gestore del servizio¹¹². S'è coperto *ex post* l'uso del cacciatore di IMSI fingendo d'essere entrati in possesso di determinate notizie grazie a fonti confidenziali¹¹³; è emersa addirittura una prassi consistente nell'ingaggiare indagini parallele, rispettose — queste sì — dei limiti stabiliti dalla legge e funzionali a mascherare l'effettiva provenienza delle fonti di prova (a conti fatti, una sorta di “*evidence laundering*”)¹¹⁴. E infine, i rimedi estremi: la rinuncia a perseguire il caso o l'offerta all'imputato di un patteggiamento a condizioni oltremodo generose, quando il *prosecutor* si rendeva conto che proseguire avrebbe significato inevitabilmente scoprire le carte¹¹⁵.

Gli effetti prodotti da tale politica sono deflagranti. Per anni le autorità inquirenti hanno deciso in autonomia i limiti — tendenzialmente, nessuno — da osservare nello svolgimento di indagini tecnologicamente-orientate¹¹⁶, impedendo un effettivo controllo giurisdizionale¹¹⁷ e aprendo una voragine nella tenuta sistematica del IV Emendamento¹¹⁸. Non solo: ad essere pregiudicato è anche il sistema di *check and balances* che fa capo agli altri pubblici poteri¹¹⁹ e alla collettività¹²⁰.

Da una diversa angolatura, è stato osservato come, in una paradossale eterogenesi dei fini, chi avrebbe dovuto garantire sicurezza ha contribuito a generare il suo contrario. Le strenue resistenze opposte a qualsiasi forma di *disclosure* — giustificate *ex post* sulla base del cd. «*anti-circumvention principle*», vale a dire l'esigenza di evitare che chi commette reati conosca in anticipo quali armi hanno a disposizione le autorità di *law enforcement* e sia così

¹¹² Manes (2019), p. 515.

¹¹³ Pell, Soghoian, (2014), p. 36-37. V. anche McCandless (2017), p. 1027; Norman (2016), p. 153 s.

¹¹⁴ Immaginiamo che mediante l'impiego di uno strumento di sorveglianza di cui non vuole rivelare l'esistenza, la polizia sia venuta a conoscenza della probabile commissione di un reato in materia di immigrazione clandestina da parte di una persona che vive in un certo posto. Basterà organizzare un pedinamento e fermare la persona alla prima contravvenzione al codice della strada. Si potrà sempre dire che la notizia dell'illecito è scaturita dalla conversazione intrattenuta in quell'occasione. L'esempio è tratto da Human Rights Watch, *Dark side: secret origins of evidence in U.S. criminal cases*, 9 gennaio 2018, in <https://www.hrw.org/report/2018/01/09/dark-side/secret-origins-evidence-us-criminal-cases>.

¹¹⁵ Manes (2019), p. 516.

¹¹⁶ «*Secrecy leads inexorably to a self-regulatory model of policing. Law enforcement agencies themselves decide what limits they must respect*» (Manes, 2019, p. 532).

¹¹⁷ Mediante il sistematico ricorso a contratti con stringenti clausole di non divulgazione, «*the FBI has created a rift between law enforcement agencies and the judiciary*» (Norman, 2016, p. 155). V. anche McCandless (2017), p. 1027).

¹¹⁸ Torrains (2017, p. 522) rileva: «*before Rigmaiden a systematic non-disclosure policy blocked judicial review and regulation of [the Stingray] and thereby potentially abetted thousands of Fourth Amendment violations*».

¹¹⁹ «*The stingray illustrates a [...] gap in congressional oversight insofar as new, invasive surveillance technologies and collection methods not directly authorized by Congress can be used, often for decades, without any reliable notice to Congress about their use*» (Pell, Soghoian, 2013, p. 166).

¹²⁰ È stato scompaginato «*the informational balance of power between citizens and the State*», secondo Manes (2019) p. 507.

in grado di attivare le “contromisure” necessarie per sfuggire al controllo¹²¹ — hanno oscurato la questione relativa alle vulnerabilità delle reti di comunicazione¹²², esponendo il Paese a considerevoli rischi (fra tutti, quello di penetranti e massive forme di sorveglianza da parte di potenze straniere)¹²³.

Last but not least, ad uscirne notevolmente ridimensionata è anche la fiducia della società civile nelle istituzioni incaricate di prevenire e reprimere i reati.

Ai fini del nostro discorso, la parabola dello *stingray*¹²⁴ e più in generale la riscontrata tendenza delle autorità di *law enforcement* a impiegare in maniera occulta gli strumenti tecnologici di ultima generazione sono importanti soprattutto per un'altra ragione, legata a due fondamentali interrogativi. Perché lo fanno? E come riescono a farlo? La risposta alla prima domanda è semplice: è una strategia efficace, che porta risultati. La spiegazione relativa al “come” è più articolata, ma può essere sintetizzata in una considerazione altrettanto banale: lo fanno perché possono.

Nel caso del cacciatore di IMSI, le autorità di *law enforcement* hanno agito al di fuori di qualsiasi limite e controllo — di fatto esercitando le proprie prerogative in maniera dispotica — perché hanno gestito in regime di monopolio le informazioni relative all'inedito mezzo di ricerca della prova.

Ciò è stato possibile in ragione del tipo di sorveglianza che quel mezzo consente — una sorveglianza *unmediated*, che rimane sottotraccia, non rilevabile né dal bersaglio né dal gestore del servizio — e per via del fatto che esso sfrutta una tecnologia sconosciuta ai più, declinabile in modi nemmeno immaginabili per chi non sia un esperto del settore. Tali circostanze hanno creato le condizioni favorevoli per la “*secrecy policy*”, basata sui *non-disclosure agreements*, sulle indagini parallele, sulla sistematica adozione di un atteggiamento reticente in corte ecc.: strategie funzionali a blindare le notizie

¹²¹ Per un'analisi critica delle fondamenta teoriche e dell'implementazione pratica di tale principio nell'ambito del sistema giuridico statunitense, si rinvia a Manes (2019), p. 538 s.

¹²² Quelle stesse vulnerabilità che consentono al cacciatore di IMSI di funzionare. V. in proposito Camon (2020), p. 2.

¹²³ V. Pell, Soghoian (2014), p. 6-7 e 59 s. I due Autori ritengono che, a partire da un certo momento in avanti, nonostante la *secrecy policy* adottata, la notizia circa l'esistenza e le principali funzionalità del cacciatore di IMSI avesse cominciato a circolare; il fatto che, anche dopo questo momento, le autorità di *law enforcement* abbiano continuato ad opporre una strenua resistenza a praticare qualsiasi forma di *disclosure* ha determinato non un incremento della sicurezza bensì un grave scadimento della stessa. V. anche Norman (2016), p. 147, il quale osserva: «*the threat that unfettered surveillance poses to liberty, privacy, and national security far outweigh the benefits to domestic law enforcement*».

¹²⁴ La quale peraltro non sembra ancora conclusa. Da più parti è stata espressa la convinzione che l'uso clandestino del cacciatore di IMSI prosegua. Nonostante il velo di segretezza sia ormai stato squarciato, infatti, gli inquirenti sono ancora molto restii ad ammettere l'impiego del *cell site simulator* e a fornire un quadro esaustivo delle specifiche dell'apparecchio. Questo atteggiamento apre interrogativi inquietanti: se anche dopo la generale presa di consapevolezza circa l'esistenza e le funzioni base dello strumento le autorità continuano a trincerarsi dietro il *surveillance location privilege*, significa che stanno nascondendo ulteriori modalità d'impiego? E quanto devono essere invasive, e costituzionalmente discutibili, queste modalità d'impiego se le resistenze sono ancora così forti? V. Norman (2016), p. 157-158; Manes (2019), p. 526-527.

relative al mezzo di ricerca della prova e a sfruttare lo squilibrio informativo per guadagnare, nel campo dell'indagine penale, formidabili e temibili spazi di manovra.

Tale assetto evoca — a parti invertite — il nodo giuridico che ha segnato la vicenda di Ustica. Viene in gioco, infatti, una radicale asimmetria cognitiva (tra chi conduce l'attività d'indagine e chi di quell'attività è, rispettivamente, il bersaglio e l'arbitro) con effetti distorsivi della dinamica processuale. E lo squilibrio di conoscenza — e di potere — ha ad oggetto proprio un sapere tecnico-scientifico, di cui una parte (l'inquirente, in questo caso) "si appropria" per condizionare l'andamento del processo e, più in generale, per ritagliarsi una "zona franca" in cui muoversi indisturbato, al riparo dai limiti di legge.

Di fronte a questi sviluppi, il rischio, paventato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹²⁵, che la messa a punto di pervasivi sistemi di *secret surveillance* da parte degli Stati nazionali possa distruggere la democrazia con il pretesto di difenderla acquista contorni e consistenza spaventosamente nitidi.

12. SCIENZA "ESCLUSIVA" E PROCESSO PENALE: LACUNE NEI CONTROLLI E POSSIBILI RIMEDI

La strage di Ustica e il caso Rigmalden (e più in generale la parabola dello *Stingray*): due vicende lontane nel tempo e nello spazio, cui fanno da sfondo fatti, contesti, sistemi diversissimi; eppure, c'è un filo rosso che le lega. Entrambe fotografano, da angolazioni opposte, situazioni in cui uno degli attori processuali riesce a gestire in regime di monopolio un sapere tecnico.

Si tratta di casi per certi versi estremi, in cui gli effetti della concentrazione di conoscenze assumono dimensioni relevantissime, quasi sconcertanti. Degenerazioni di questo tipo — fortunatamente — rappresentano un'anomalia per il sistema, non certo una consuetudine; ciò nonostante, è opportuno prestare attenzione ai meccanismi suscettibili di alimentare disimmietrie cognitive (con riferimento alla materia tecnico-scientifica) fra gli attori del procedimento, conferendo a chi ricopre la posizione di vantaggio il potere d'influenzare — magari in maniera meno radicale rispetto alle ipotesi esaminate, ma comunque significativa — le dinamiche sottese all'accertamento penale.

In questa prospettiva, alcuni settori della procedura penale appaiono particolarmente sensibili. In primo luogo, quello relativo ai mezzi di ricerca della prova che sfruttano tecnologie inedite. È, questo, un terreno sdruciolevole, costellato da rischi di elusione delle garanzie e abusi, legati ad una sinergia di fattori: l'assenza di una disciplina normativa in grado di innalzare argini robusti per contenere la bulimia dell'inquirente¹²⁶; le caratteristiche proprie dei

¹²⁵ Corte EDU, 13 settembre 2018, Big brother watch c. Regno Unito, § 308.

¹²⁶ L'art. 189 c.p.p., la «porta» che il legislatore del 1988 ha «spalancato sul futuro», «vieta poco o nulla». Così, Camon (2014), p. 210.

ritrovati di ultima generazione — i quali operano senza lasciare tracce¹²⁷ e si avvalgono di saperi tecnici complessi ed esclusivi — che aprono alle autorità di pubblica sicurezza spazi di manovra eccezionali.

Lo sanno bene negli Stati Uniti, dove il fenomeno della *secret innovation in law enforcement surveillance technology* è oggetto, come abbiamo visto, di ampie e accurate riflessioni. Ma il tema affiora anche nella letteratura domestica. Con riferimento all'agente intrusore (o *trojan*), è stato osservato come si tratti di un *software* «segreto nelle sue caratteristiche, segreto nella sua produzione e fornitura, segreto nel codice, segreto nei rapporti commerciali tra aziende e clienti». Non solo: «posto che molti *captatori* sono a uso esclusivo delle forze dell'ordine, il lato del segreto si unisce a un'indisponibilità, da parte della difesa, dello stesso strumento, che impedisce non solo la possibilità di effettuare dei test ma anche di domandare un confronto tecnico sul *software* stesso, data l'indisponibilità del codice o, ad esempio, la distruzione dell'agente che opera sul computer target»¹²⁸. Si comprende, quindi, perché l'intrinseca opacità del dispositivo venga espressamente messa in relazione, in termini problematici, con la possibilità di esercitare in maniera efficace il diritto di difesa e, più in generale, di chiudere ogni spazio a usi obliqui, *contra legem*, del mezzo di sorveglianza¹²⁹.

Che il livello d'attenzione sia alto è ovviamente una buona notizia¹³⁰. Ed è un bene anche che il legislatore si sia in qualche modo fatto carico della questione prevedendo che nel verbale di autorizzazione allo svolgimento di una intercettazione ambientale mediante *trojan horse* vada indicato il programma utilizzato e prescrivendo altresì che il *software* sia conforme ai requisiti tecnici stabiliti attraverso apposito decreto ministeriale (art. 89 comma 2 disp. att. c.p.p.)¹³¹. L'obiettivo è garantire il controllo sull'attendibilità del dato probatorio, monitorare il tipo d'impiego che dello strumento è stato fatto e, indirettamente, bandire dalla scena processuale ritrovati tecnologici sconosciuti o con sistemi di funzionamento oscuri.

Ma molto c'è ancora da fare sotto il profilo del «disciplinare tecnico»¹³²: le indicazioni rimangono, allo stato, generiche; ci si limita a prescrivere il ricorso a dispositivi che assicurino «integrità, sicurezza e autenticità» (art. 4

¹²⁷ Realizzando la cd. «sorveglianza invisibile», che è un tipo di sorveglianza «elettronica e indiscriminata, molto facile da effettuare» potendo avvenire «da remoto, in ogni occasione, senza sforzo e a basso costo». Sul tema, v. Ziccardi (2015), p. 200.

¹²⁸ Così Ziccardi (2018) p. 506.

¹²⁹ Bene (2019), p. 2; Camon (2017), 95-96; Daniele (2020), p. 58; Signorato (2021), p. 333.

¹³⁰ Del resto, parliamo del «più potente mezzo di investigazione e di ricerca della fonte di prova mai esistito» (Ziccardi, 2018, p. 510) che trasforma «gli inquirenti in moderni Faust sospesi tra il bene e il male» (Conti 2018, p. 1219).

¹³¹ Lo sottolinea anche Nicolichia (2020, p. 154) il quale osserva come «la novella gett[i] luce su aspetti dotati di un'importanza strategica [...] cui dovrà essere in futuro riservato un ruolo ancor più centrale attraverso un approccio necessariamente interdisciplinare».

¹³² L'espressione è di Ziccardi (2018), p. 510.

comma 1 D.M. 20 aprile 2018¹³³), senza ulteriori specificazioni¹³⁴. Nulla si dice, fra le altre cose, in merito alla verificabilità dei codici-sorgente¹³⁵. E tuttavia si tratta di un dato cruciale: se non si conoscono i codici e le scelte di programmazione non è possibile verificare come l'applicativo funzioni¹³⁶.

Per innalzare lo standard di tutela, si potrebbe pensare di recuperare una soluzione che era stata messa a punto nella proposta di legge “Quintarelli”¹³⁷, vale a dire: a) introdurre, in apposito decreto ministeriale, un obbligo di deposito, presso un ente da determinare, dei codici sorgente dei *software* dei programmi spia impiegati a fini penali; b) istituire un registro nazionale dei captatori informatici — consultabile dai difensori dei soggetti interessati dall'intrusione — «che raccolg[a] in tempo reale e con garanzia d'integrità dei dati nonché validità temporale tutte le impronte digitali di tutte le edizioni di captatori informatici omologati rilasciati dai produttori e installate sui dispositivi obiettivo d'indagine»¹³⁸.

Non è una soluzione priva d'inconvenienti. Vi si oppongono, in particolare, l'interesse dei produttori a che sia mantenuto segreto il “codice genetico” dei sistemi di sorveglianza per ragioni di competitività sul mercato; l'esigenza di mantenere riservate le specifiche delle azioni di *hacking* e di “offuscamento”¹³⁹ per non comprometterne l'efficacia sul piano investigativo¹⁴⁰. Sono

¹³³ Disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico e per l'accesso all'archivio informatico a norma dell'art. 7 commi 1 e 3 D.Lgs. 29 dicembre 2017, n. 216.

¹³⁴ Brighi (2021), p. 251; Orlandi (2018), p. 548; Torre (2018), p. 1255 s. «Sembra difficile sfuggire all'impressione che la soluzione prevista sia il risultato di un compromesso del tutto inadeguato e un po' farisaico: non si è avuto il coraggio di scandagliare i possibili usi distorti del captatore, accettando inconsapevolmente il rischio di una lacuna di tutela della riservatezza» (Bene, 2019, p. 5).

¹³⁵ «L'insieme di tutte quelle istruzioni, “listati”, righe di codice, scelte di programmazione e commenti» che costituiscono «il DNA, la “ricetta” del *software*. V. Ziccardi (2018), p. 508.

¹³⁶ E nell'acquisirne i risultati si compie, nella sostanza, un atto di fede verso chi ha stilato il *report* relativo alle attività effettuate. V. Ziccardi (2018), p. 506.

¹³⁷ Art. 6 della proposta di legge C 4260, *Modifiche al codice di procedura penale e altre disposizioni concernenti la disciplina dell'intercettazione di comunicazioni telematiche e dell'acquisizione di atti ad esse relativi*, depositata alla Camera dei deputati il 31 gennaio 2017. Per un'analisi più ampia del testo del provvedimento, v. Caprioli (2017), p. 503 s.

¹³⁸ Rimane un problema di fondo: il legislatore infatti non ha previsto alcuna sanzione in caso di violazione delle disposizioni dell'art. 89 disp. att. (che rinviano, quanto alla regolamentazione degli aspetti tecnici, alle fonti secondarie) «ed è fin troppo facile prevedere che la prassi si orienterà nel senso di negare qualsiasi valore invalidante sul terreno dell'utilizzabilità della prova». Così Nicolicchia (2020), p.153. Sulla stessa linea, Di Paolo (2018, p. 184-185, note n. 39 e 40).

¹³⁹ Vale a dire, le scelte fatte dal programmatore per impedire che le misure di sicurezza del dispositivo bersaglio rilevino il *malware* inoculato a fini investigativi.

¹⁴⁰ Un'esigenza di questo tipo si è imposta in una recente e assai famosa vicenda giudiziaria. Si allude al caso SKY-ECC (approdato, fra l'altro, alle Sezioni unite della Corte di cassazione. V. Cass., Sez. un, 29 febbraio 2024, n. 23755 e n. 23756, motivazioni depositate, per entrambe il 14 giugno 2024), originato da una complessa indagine condotta in Francia e Paesi Bassi e consistita, fra l'altro, nell'inoculazione di un *malware* nel server della piattaforma Encrochat al fine di captare e decrittare le comunicazioni intercorse fra trafficanti di droga che, per concludere i propri affari criminali, facevano uso di criptofonini. Alle varie autorità nazionali (fra cui quella italiana) che, mediante i canali della cooperazione giudiziaria, hanno chiesto e ottenuto i dati informatici acquisiti oltralpe è stato opposto il segreto su mezzi e modalità concrete delle operazioni poste in essere per estrapolare e leggere in chiaro quei dati. Per un approfondimento della “saga dei criptofonini”, e degli intricati nodi, tecnici e giuridici, in essa emersi, si può attingere a una letteratura già ricchissima. Si sofferma sul tema delle

obiezioni serie, ma forse non insuperabili¹⁴¹; ad ogni modo, se il deposito dei codici sorgente presso un ente terzo (con facoltà di consultazione per gli interessati) non dovesse essere ritenuta una strada percorribile, perché considerata troppo sbilanciata a scapito degli interessi industriali e investigativi, il legislatore dovrebbe prevedere un sistema esterno di controllo per i *software* impiegati a fini penali, che ne certifichi il funzionamento e attesti l'assenza di funzioni nascoste¹⁴².

Si tratta di aspetti molto complessi, soprattutto per chi non ha competenze specifiche. Ma lo sforzo di mettere a punto disposizioni tecniche «che stabiliscano, insieme alle regole di diritto, le basi per un quadro globale di garanzia» è fondamentale¹⁴³. Certo, sarebbe importante allargare lo sguardo e ragionare in chiave “di sistema”; in questa prospettiva, si condivide la posizione di chi auspica l'introduzione di una normativa generale volta a limitare e razionalizzare l'impiego di congegni di sorveglianza occulta e continuativa¹⁴⁴. Nell'ambito di questa ipotetica disciplina, le prescrizioni tecniche, funzionali ad assicurare trasparenza e verificabilità, rappresentano senz'altro un nodo cruciale¹⁴⁵, anche nell'ottica di evitare la formazione di monopoli relativi al *know-how* tecnico, astrattamente possibili in ragione del rapporto privilegiato — come detto, spesso i programmi sono ad uso esclusivo delle forze dell'ordine — fra case produttrici e inquirenti.

13. CONCLUSIONI MINIME E PROSPETTIVE MASSIME

Si ricorre a un *cliché* nel dire che sapere è potere, ma il principio che questo abusato concetto custodisce è preciso, inappuntabile, suscettibile d'essere declinato in qualsiasi contesto. Nell'età contemporanea, l'equazione assume un significato particolarmente pregnante se riferita al sapere tecnico-scientifico, il quale — lo aveva intuito Bobbio già quarant'anni fa — si fa ogni giorno

ripercussioni che il segreto serbato sulle modalità di *hacking* e decrittazione determina sull'esercizio del diritto di difesa Daniele (2024, 17 luglio).

¹⁴¹ Si dovrebbe ragionare intorno alla possibilità di mettere a punto un sistema che assicuri alle difese l'accesso al codice sorgente senza pregiudizio per il segreto industriale. Ziccardi (2018, p. 508), per esempio, propone il deposito della documentazione tecnica presso un ente scelto dal produttore, che offra garanzie in questo senso. Sul versante delle esigenze di difesa sociale, invece, andrebbe considerato almeno un aspetto: rendere radicalmente inaccessibili i codici sorgente per paura che un “*leak*” consenta a chi commette reati di evadere il controllo delle forze dell'ordine significa ragionare più che altro intorno alla figura di criminali *high-tech* (provvisti delle competenze necessarie a decifrare codici e scelte di programmazione), che tuttavia rappresentano una piccola porzione rispetto al totale.

¹⁴² E la soluzione proposta da Brighi (2021), p. 254 s.

¹⁴³ Così, Ziccardi (2018), p. 511.

¹⁴⁴ Si allude a Nicolichia (2020) p. 107 s.

¹⁴⁵ Nell'ottica di chiudere ogni spazio ad abusi sofisticati quali quelli registrati negli Stati Uniti, a una disposizione del genere sarebbe forse utile affiancare una qualche forma di controllo e dibattito pubblico sui (nuovi) strumenti tecnologici impiegati a fini penali, da svolgersi prima che questi entrino in uso. Si tratterebbe, tuttavia, d'una soluzione difficile da implementare, per via delle resistenze a “scoprire le carte” quando si tratta di rendere note le tecniche investigative di cui si avvalgono gli apparati di sicurezza.

più sofisticato e pervasivo e spesso produce divari incolmabili con l'effetto di determinare (o radicalizzare) squilibri di mezzi, di conoscenze e, in ultima analisi, di potere.

Si tratta di sviluppi che interessano — e non potrebbe essere diversamente — anche la dimensione giudiziaria. Se uno degli attori che calcano la scena processuale ha il monopolio di determinate informazioni di natura tecnico-scientifica, ciò determina un'alterazione delle dinamiche che governano l'accertamento penale. Se è l'inquirente a possedere un vantaggio cognitivo, egli è in grado di esercitare il potere coercitivo al di fuori dei limiti stabiliti dalla legge e dunque in maniera abusiva, dispotica¹⁴⁶; se tocca all'imputato, questi ha la possibilità di mettere in scacco la macchina giudiziaria e scampare la sanzione penale.

Il tema apre orizzonti di ampio respiro; le direttrici d'analisi qui suggerite sono frutto d'una prospettiva ispirata dal caso Ustica; sono quindi il prodotto di una visione parziale, senz'altro perfezionabile. Molti altri potrebbero essere i punti d'osservazione, così come gli assetti e le dinamiche da approfondire e mettere in relazione¹⁴⁷.

Queste pagine rappresentano soprattutto il tentativo di mettere a fuoco una questione — l'emergere nell'ambito processuale (in sintonia con quanto avviene più in generale nella società) di monopoli del sapere scientifico e le relative ricadute sul piano dell'accertamento — che reclama attenzione ed è destinata con tutta probabilità a crescere. Esse nascono dalla convinzione che la memoria non sta nel passato, ma scorre nelle coscienze e che un buon modo per coltivarla sia guardare ai fatti della storia (anche giudiziaria) scavando, facendo affiorare i problemi per trarne spunti, insegnamenti, chiavi interpretative per l'analisi dell'assetto contemporaneo. Guardare al passato per interrogare il presente, insomma. Un esercizio di questo tipo ha portato, a noi sembra, ad una scoperta interessante: un caso che riguarda fatti di quarant'anni cela un tema dai risvolti insidiosi e schiude orizzonti di pensiero profondi e ineludibili, che attingono al nucleo dei rapporti — e dei cortocircuiti — fra giustizia e potere.

L'auspicio è che altre riflessioni vengano elaborate in modo da sviluppare una comprensione più profonda del fenomeno e consentire l'attivazione degli anticorpi necessari a neutralizzare il rischio di derive tecnocratiche della giustizia penale.

¹⁴⁶ Vedi *supra*, par. 11.

¹⁴⁷ Una su tutte, quella legata agli sviluppi dell'intelligenza artificiale. Imboccare questa direttrice ci avrebbe portati troppo lontano, ma è senz'altro uno scenario da esplorare. Il fatto che il funzionamento dei dispositivi basati sull'apprendimento automatico (il cd. *machine learning*) sfuggano al controllo degli stessi programmatori (v. Contissa, Lasagni, Sartor (2019), p. 619 s.), ci mette di fronte ad un sapere non più "esclusivo", ma radicalmente insondabile. Quali orizzonti schiude una deriva tecnocratica di queste proporzioni? Quali assetti di potere alimenta? Per una visione organica dei problemi suscitati dai rapporti tra intelligenza artificiale e dimensione giudiziaria, v. Quattrocchio (2020).

BIBLIOGRAFIA

- Alegi, G.C. (2004). Ustica: come si costruisce un mistero d'Italia. In *Nuova storia cont.*, 8/3, 145-154.
- Amelio, E., Benedetti A. (2005). *IH870. Il volo spezzato. Strage di Ustica: le storie, i misteri, i depistaggi, il processo*, Editori riuniti.
- Bene, T. (2019, 9 ottobre) Il re è nudo: anomalie disapplicative a proposito del captatore informatico. In *Arch. pen. web*. <https://archiviopenale.it/-il-re-e-nudo-anomalie-disapplicative-a-proposito-del-captatore-informatico/articoli/19705>.
- Billi, M. (2017). *La causalità psichica nei reati colposi. Il caso del processo alla Commissione grandi rischi*. Aracne.
- Bobbio, N. (2014). *Il futuro della democrazia*. Einaudi. Pubblicazione originaria 1984.
- Brighi, R. (2021). Requisiti tecnici, potenzialità e limiti del captatore informatico. Analisi sul piano informatico-forense. In Giostra, G., Orlandi, R. (a cura di) *Revisioni normative in tema di intercettazioni. Riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*. Giappichelli, 231-256.
- Bruti Liberati, E. (2020, 18 aprile). La magistratura milanese e le prime indagini sulla strage di piazza Fontana, In *Sistema penale*. <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/bruti-liberati-magistratura-milanese-prime-indagini-piazza-fontana>.
- Camon, A. (2014). Innovazioni tecnologiche e mezzi di ricerca della prova. In *Dai "casi freddi" ai "casi caldi". Le indagini storiche e forensi fra saperi giuridici e investigazioni scientifiche*. Wolters Kluwer-Cedam, 209-218.
- Camon, A. (2017). Cavalli di Troia in Cassazione. In *Arc. nuova proc. pen.*, 91-100.
- Camon, A. (2020, 28 febbraio). Il cacciatore di IMSI. In *Arch. pen. web*. <https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=918219d1-d765-43fa-992b-bf1047105942&idarticolo=21804>
- Canzio, G., Lupária, L. (a cura di) (2017), *Prova scientifica e processo penale*. Wolters Kluwer.
- Caprioli, F. (2008). La scienza cattiva maestra: le insidie della prova scientifica nel processo penale. In *Cass. pen.*, 9, 3520-3538.
- Caprioli, F. (2017). Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia. In *Rev. Bras. de Dereito Processual Penal*, 4/3, 483-510.
- Conti, C. (2019). Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo. In *Dir. pen. proc.*, 9, 1210-1221.
- Conti, C. (2021, 9 febbraio). La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Francese: vette e vertigini in epoca di pandemia. <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/conti-prova-scientifica-venti-anni-sentenza-franzese>.
- Conti, C. (a cura di) (2011). *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*. Giuffrè.
- Contissa, G., Lasagni G., Sartor G. (2019). Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo. In *Dir. di internet*, 4, 619-634.
- Daniele, M. (2020, 24 novembre). L'illusione di domare il captatore informatico. In *Leg. pen. Speciale intercettazioni*. <https://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2020/11/4-Daniele-edit.-1-1.pdf>. 49-61.
- Daniele, M. (2024, 17 luglio). Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini. In *Sistema penale*. <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/daniele-le-sentenze-gemelle-delle-sezioni-unite-sui-criptofonini>.
- De Cataldo Neuburger, L. (a cura di) (2010). *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*. Cedam.
- Di Feo, G., Egidio, G., Ginori, A., Vecchio, C. (2020, 27 giugno). Il labirinto delle veri-

- tà. *La Repubblica*. https://bologna.repubblica.it/cronaca/2020/06/25/news/il_labirinto_della_verita_cosa_sappiamo_a_40_anni_dalla_strage_di_ustica-300903258/.
- Di Paolo, G. (2008). "Tecnologie del controllo" e prova penale, Giappichelli.
- Di Paolo, G. (2018). Le intercettazioni mediante uso di captatore informatico. In Giarda A., Giunta F., Varraso G. (a cura di). *Dai decreti attuativi della legge Orlando alle novelle di fine legislatura*. Wolters Kluwer-Cedam, 165-191.
- Dominioni, O. (2001). In tema di nuova prova scientifica. In *Dir. pen. proc.*, 9, 1061-1065.
- Dominioni, O. (2005). *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*. Giuffrè.
- Fasanella, G., Priore, R. (2018). *Intrigo internazionale. Dalla strategia della tensione al caso Ustica*. Chiarelettere.
- Gennari, G. (2016). *Nuove e vecchie scienze forensi alla prova delle corti*. Maggioli.
- Gennari, G. (2020, 20 aprile). Oscillazioni neuro...scientifiche: test a-IAT e macchina della verità. <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-appello-brescia-test-a-iat-macchina-verita>.
- Giostra, G., Orlandi, R. (2018). Introduzione. In Id., *Nuove norme in tema d'intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*. Giappichelli, VII-XIII.
- Manes, J. (2019). Secrecy & evasion in police surveillance technology. In *Berkley Tech. L.J.*, 34, 503-566.
- McCandless, S. (2017). Stingray confidential. In *Geo. Wash. L. Rev.*, 85/3, 993-1038.
- Montagna, M. (2012). *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*. Aracne.
- Nicolicchia, F. (2020) *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*. Wolters Kluwer-Cedam.
- Nobili, M. (1969). Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza". In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, (123-193).
- Norman, J. (2016). Taking the sting out of the Stingray: the dangers of cell-site simulator use and the role of the federal communications commission in protecting privacy&security. In *Federal Communications Law J.*, 68/1, 139-179.
- Orlandi, R. (2018). Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma. In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 538-556.
- Pell, S., Soghoian, C. (2013). A lot more than a pen register, and less than a wiretap: what the stingray teaches us about how Congress should approach the reform of law enforcement surveillance authorities. In *Yale J. of Law&Technology*, 28/1, 134-171.
- Pell, S., Soghoian, C. (2014). Your secret Stingray's no secret anymore: the vanishing government monopoly over cell phone surveillance and its impact on national security and consumer privacy. In *Harv. J. of Law&Technology*, 28/1, 1-75.
- Quattrocchio, S. (2020). *Artificial intelligence, computational modelling and criminal proceedings. A framework for a European legal discussion*, Springer.
- Ranci, C. (2020) *Ustica. Una ricostruzione storica*, Laterza.
- Ranci, C. (2023). *Le grandi inchieste giornalistiche sulla tragedia di Ustica e il "paradigma delle stragi"*. In Alessandrini, L. (a cura di) *Ustica e gli anni Ottanta*. Manni.
- Renzetti, S. (2015). La prova scientifica nel processo penale: problemi e prospettive. In *Riv. dir. proc.*, 2, 399-423.
- Rivello, P.P. (2014). *La prova scientifica*, in Ubertis, G., Voena, G.P. (diretto da) *Trattato di procedura penale*. Vol. XVIII.
- Ruggieri, F. (2018) A quasi quarant'anni dalla strage di Ustica: la memoria dalla prospettiva giudiziaria, in *Italian review of legal history*, 4. <https://doi.org/10.13130/2464-8914/12930>.

- Signorato, S. (2021). Rimodulazioni normative dell'uso investigativo del captatore informatico. In Giostra, G., Orlandi, R. (a cura di). *Revisioni normative in tema di intercettazioni. Riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*. Giappichelli, 319-335.
- Smith, S.W. (2017). Policing Hoover's ghost: the privilege for law enforcement techniques. In *American Crim. Law. Rev.*, 54, 233-275.
- Torrans, C.L. (2017). How did they know that? Cell site simulators and the secret invasion of privacy. In *Tulane Law Rev.*, 92/2, 519-546.
- Torre, M. (2018). D.M. 20 aprile 2018: le disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento del captatore informatico. In *Dir. pen. proc.*, 10, 1254-1258.
- Tricarico, L., Alegi, G.C. (2021) *Ustica. Un'ingiustizia civile. Perché lo Stato pagherà 300 milioni per una battaglia aerea che non c'è mai stata*. Rubettino.
- Vicoli, D. (2012). *La ragionevole durata delle indagini preliminari*. Giappichelli.
- Ziccardi, G. (2015). *Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica*. Raffaello Cortina Editore.
- Ziccardi, G. (2018). Il captatore informatico nella "Riforma Orlando": alcune riflessioni informatico-giuridiche. In *Arch. pen. Speciale Riforme*, 497-511. DOI: 10.12871/978883318026725.

RES JUDICATA AND CONSUMER PROTECTION IN THE EU: THE DIALOGUE BETWEEN THE COURTS (AND THE LEGISLATOR)

Marco Morotti*

Post-doc researcher in civil procedure at the University of Brescia

ABSTRACT: The case law of the European Court of Justice (CJEU), despite confirming in theory the importance of *res judicata*, has regularly affirmed the need to overcome stability of national judges' opinions formally qualified as final if that is needed to ensure effective consumers protection. Against this scenario, the Italian Supreme Court (Cass., sez. un. 6 April 2023, n. 9479), seems to have initiated a dialogue with the CJEU, mainly aimed at giving actuation of the principles enacted by the European Court but nevertheless with some apparent revindications of autonomy. The variety of solutions adopted by national judges and the creative effort of the Italian Supreme Court seem to confirm that an intervention by European or national legislators could be required at this point on the matter.

KEYWORDS: *res judicata*; consumer protection; Supreme Courts; CJEU: enforcement procedure

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.— 2. APPARENT CRISIS OF RES JUDICATA: TERMS OF THE DEBATE.— 3. JUDICIAL ORDERS FOR PAYMENT AND CONSUMER PROTECTION WITHIN DIRECTIVE 93/13/EEC OF APRIL 5TH, 1993: THE CJEU'S FOUR OPINIONS OF MAY 17TH, 2022.— 4. THE ITALIAN SUPREME COURT'S OPINION N. 9479/2023: TOWARD A NEW ROLE FOR THE JUDICIARY?— 5. DIALOG BETWEEN THE COURTS AND ROLES OF SUPREME COURTS: THE NEED FOR AN INTERVENTION OF THE LEGISLATOR IN THE MATTER OF CONSUMERS' CIVIL PROCEDURE.— 6. CONCLUSIONS: THE CHALLENGES OF EFFECTIVE CONSUMER PROTECTION.— BIBLIOGRAPHY

* ORCID: 0009-0006-5204-3995.

1. INTRODUCTION¹

At least since the famous opinion of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the *Lucchini* case in 2007², it is clear that in the European legal system at certain conditions *res judicata* can be overcome to protect superior substantive interests set by the European legislator.

The topic has been at the heart of fecund debate. *Res judicata* is indeed one of the pillars of modern procedural law systems³ and its challenge might derive the sunset of procedural law itself, toward the direction of a new role of the judges as administrators rather than independent adjudicators of disputes based on the rule of law⁴.

The horizon of the discussion is the natural interrelation between the European legal system and the procedural systems of the member States, characterized in terms of supremacy of the first and autonomy of the latter ones in the subject of civil procedure, where attraction, independence, and resistances between the two levels coexist⁵.

New elements of reflection on this regard have been enlightened by four preliminary rulings of the CJEU issued on May 17th, 2022, concerning the interpretation of Articles 6 and 7 of Council Directive 93/13/EEC of April 5th, 1993, on unfair terms in consumer contracts. Particularly, considering the opinion issued in the joined Cases C-693/19 and C-831/19, upon requests for preliminary rulings under Article 267 TFEU from the Tribunal of Milan, the Court stated that «*Article 6(1) and Article 7(1) of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts must be interpreted as precluding national legislation which provides that, where an order for payment issued by a court on application by a creditor has not been the subject of an objection lodged by the debtor, the court hearing the enforcement proceedings may not, on the ground that the force of *res judicata* of that order applies by implication to the validity of those terms, thus excluding any examination of their validity, subsequently review the potential unfairness of the contractual terms on which that order is based*».

The ruling has attracted widespread attention among legal scholars, who have attempted to interpret it within limits and principles of the Italian procedural system, with the target of balancing the opposing values of certainty in legal traffics and due protection of the weaker party⁶.

¹ This paper has been presented by the Author in occasion of the Summer School organized by the *International Association of Procedural Law (IAPL)* in Madrid (Spain), at Complutense University, from 19 to 21 June 2023, on the subject of “*Challenges for procedural law*”.

² Caponi (2011), p. 239 ff., spec. 276 ff.; Consolo (2008), p. 225 ff.; Biavati (2007), p. 1591 ff.; Zuffi (2008), p. 382 ff.

³ Menchini (1997), par. 1.

⁴ Biavati (2003), p. 153 ff. With particular attention to the evolution of the role of the judge under the CJEU’s jurisprudence on consumer protection, see Fiengo (2022), p. 526 ff.

⁵ Biavati (2000), p. 717 ff.

⁶ See *ex multis* Caporusso, D’Alessandro (2022), p. 485 ff.; Soldi, Capponi (2023); Rasia (2023), p. 63 ff.; Giussani (2023), p. 291 ff.

Finally, the Italian Supreme Court issued an opinion with the declared aim to give full actuation of the principles enacted by the CJEU (Cass., sez. un. 6 April 2023, n. 9479).

The scope of res judicata in cases in which a consumer is a party has been the occasion for a new episode in the dialogue among the Courts and the dialogue between the Italian Supreme Court and the legislator.

2. APPARENT CRISIS OF RES JUDICATA: TERMS OF THE DEBATE

The crisis of the res judicata is a common feature of modern procedural systems, today mainly perceived as a consequence of inefficiencies correlated to a litigation explosion⁷ observed both in common law and civil law systems⁸ and the consequent rise of methods of dispute resolution alternative to the jurisdiction (so called *ADRs*) or remedies suitable to provide the parties with a judicial order immediately enforceable, even if still provisional and unstable in its effects⁹.

More in deep, within the European legal system, the crisis of the res judicata has been analyzed into three different directions, that are¹⁰: first of all, the need of overcoming the substantial effect of res judicata of an opinion issued by a national judge, formally indisputable, because not appealable, but contrary to provisions set by the European legislator or the jurisprudence of the CJEU; secondly, the stability of res judicata in case of *ius superveniens* or *overruling* in the case law; third, stability of res judicata in case of declaration of unconstitutionality of a norm¹¹.

On the relationship between internal res judicata and European system, the starting point for a recognition of the state of the art must be that obviously the CJEU has always explicitly recognized in principle, in multiple opinions, the value of res judicata and the rule that national res judicata is normally intangible, even if the substantial effect of the decision is not compliant with the European law and case law. With the words of the CJEU: *«attention should be drawn, in that regard, to the importance, both in the legal order of the European Union and in national legal systems, of the principle of the authority of res judicata. In order to ensure both stability of the law and legal relations and the sound administration of justice, it is important that judicial decisions which have become definitive after all rights of appeal have been exhausted or after expiry of the time limits provided for in that connection*

⁷ See on the matter Chiarloni, (2000), p. 107 ff.

⁸ On the classic distinction between civil law and common law system, evanescent in practice but still relevant, see Taruffo (2002), p. 67 ff.

⁹ Caponi (2009), p. 941 ff; Tedoldi (2013), p. 1059 ff., and 1070 ff.; Andolina (2007), p. 317 ff.; Biavati (2003), p. 164 ff.

¹⁰ This is the classification of the problem given by Cordopatri (2015), p. 894 ff.

¹¹ On this particular matter, see Gradi (2022), p. 1190 ff.

can no longer be called into question [...] Therefore, EU law does not require a national court to disapply domestic rules of procedure conferring the authority of *res judicata* on a judgment, even if to do so would make it possible to remedy a domestic situation which is incompatible with EU law»¹².

But in parallel, it is to be noted that the interpretation of the CJEU has put in place in practice a phenomenon of erosion of the domestic *res judicata*¹³, within a context in which it seems indeed to be missing a proper theoretical reconstruction on the matter by the same Court, considering that the pragmatic approach based on the need of affirm the intangibility of certain substantive rules and principles tend to prevail¹⁴. A landmark opinion in this perspective has been the already mentioned case *Lucchini*, in which the Court ruled that «Community law precludes the application of a provision of national law, such as Article 2909 of the Italian Civil Code, which seeks to lay down the principle of *res judicata* in so far as the application of that provision prevents the recovery of State aid granted in breach of Community law which has been found to be incompatible with the common market in a decision of the Commission which has become final»¹⁵. The meaning of the ruling has been somehow restricted by scholars, who have pointed out that the instability of *res judicata* in this case was mainly due to the violation of the competence of the European Commission in the subject of State aid, but still the Court fixed a relevant precedent with regard to validity of final decisions contrasting with European law¹⁶. In a subsequent relevant case, the CJEU held that «Community law does not require a national court to disapply domestic rules of procedure conferring finality on a decision, even if to do so would make it possible to remedy an infringement of Community law on the part of the decision in question [...]. In the absence of Community legislation in this area, the rules implementing the principle of *res judicata* are a matter for the national legal order, in accordance with the principle of the procedural autonomy of the Member States. However, those rules must not be less favourable than those governing similar domestic actions (principle of equivalence); nor may they be framed in such a way as to make it in practice impossible or excessively difficult to exercise the rights conferred by Community law (principle of effectiveness)», so coming to the conclusion that «Community law precludes the application, in circumstances such as those of the case before the referring court, of a provision of national law, such as Article 2909 of the Italian Civil Code, in a dispute concerning value added tax and relating to a tax year for which no final judicial decision has yet been delivered, to the extent that it would prevent the national court seised of that dispute from taking into consideration the rules of Community law concerning abusive practice in

¹² Quoting from *CRPNPAC and Vueling Airlines*, 2 April 2020, C-370/17 and C-37/18, paragraphs 88-89. See also the cases: *Eco Swiss c. Benetton*, 1 June 1999, C-126/97; *Kapferer*, 16 March 2006, C-234/04; *Asturcom*, 6 October 2009, C-126/97; *Klohn*, 17 October 2018, C-167/17.

¹³ See Biavati (2007), par. 2; Id. (2003), p. 23 ff.

¹⁴ See Rasia (2023), p. 65 ff.; Turmo, p. 361 - 390.

¹⁵ *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato v. Lucchini*, 28 July 2007, C-119/05.

¹⁶ See *supra*, note 1 for references. For a recent reconstruction on the latest tails of the case, see De Cesare (2021), p. 2638 ff.

the field of value added tax»¹⁷. This case provided a significant reaffirmation of the importance of res judicata, and that is the main meaning of the ruling¹⁸, but nevertheless the Court stated that in that specific case the final decision of the national (Italian) judge had to be overcome.

In another perspective, the CJEU has clarified and delimited the value of res judicata from an objective standpoint, declaring that the force of res judicata extends only to the matters of fact and law actually or necessarily settled by a judicial decision¹⁹ or only to the legal claims on which a court has ruled²⁰. The CJEU has also recognized that «*the principle of res judicata does not preclude recognition of the principle of State liability for the decision of a court adjudicating at last instance*»²¹: conclusively, final decisions are stable only on the questions on which the processual contradictory and right to be heard have been effectively enforced.

From this point of view, the pragmatic approach practiced by the CJEU and the resulting delimitation of validity of res judicata from an objective standpoint seem to recall somehow the contraposition between claim preclusion and issue preclusion correlated to the distinction between res judicata and collateral estoppel in the common law systems (and especially in the United States)²², within a dynamic in which the elaboration of the notion of the res judicata in the case law might constitute a vehicle of the natural phenomenon of harmonization between different civil procedure families²³.

The scenario appears fragmented and open to a vast array of solutions, relying definitely on the specific characteristics of the single case, between abstract enunciation of the sacrality of res judicata and concrete need to overcome or delimitate its validity in certain circumstances, normally in order to protect substantial interests particularly important or allocation of powers among the European institutions, included the judiciary of each single member State.

Against this backdrop, within the physiological functional relationship of mutual fair collaboration between the EU and the member States, pursuant to the principle of sincere cooperation under Article 4 TEU, it is possible to argue that the crisis of the res judicata is only apparent or, at least, is not depending on or aggravated by the European system and the jurisprudence of the CJEU.

¹⁷ See *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate v. Fallimento Olimpclub Srl*, 3 September 2009, C-2/08.

¹⁸ See Raiti (2010), p. 677 ff.; Caponi (2011), p. 279 ff.

¹⁹ *ThyssenKrupp Nirosta v Commission*, 29 March 2011, C-352/09; *Pappalardo e a. v. Commission*, 13 September 2017, C-350/16. On the matter, see also Trib. 5 June 1996, *Nmb France Sarl v. European Commission*, with a comment by Querzola (1998), p. 331 ff.

²⁰ *Klohn*, 17 October 2018, C-164/17. See Rasia (2023), p. 65-66, notes 6-7 for a more comprehensive recognition of the relevant case law.

²¹ *Gerhard Köbler v Republik Österreich*, 30 September 2003, C-224/01.

²² On the notions of res judicata and collateral estoppel, see Hazard Jr., Fletcher, Bundy, Bradt (2020), p. 1163 ff.; in the Italian doctrine, Taruffo (1971), p. 651 ff.

²³ On the matter of harmonization, see Van Rhee (2018), p. 1, 15.

The problem can indeed be harmonically reconstructed in terms of lack of proper formation of the *res judicata* on the substantive matter regulated by the law resulting from the integration of European and national systems in certain—exceptional—hypothesis: violation of the separation of powers and competencies among European institutions, like in the case *Lucchini*, is a paradigmatic example of fraudulent formation of *res judicata*, in which the final decision would have been nonetheless precarious in the national system, because of the availability against it of the exceptional remedies provided by domestic procedural law (like in the case of the extraordinary revocation—so called “*revocazione straordinaria*”—under Article 395 of the Italian civil procedure code, or the opposition by a third party—so called “*opposizione di terzo*”—under Article 404, paragraph 2, of the Italian civil procedure code)²⁴.

The totem of *res judicata* is save, as well as the consciousness that it is not a rigid obstacle to the supremacy of European law, within a legal system, and a community, in which, whenever possible, the ultimate goal is the rightful decision, and not only the legal decision²⁵.

3. JUDICIAL ORDERS FOR PAYMENT AND CONSUMER PROTECTION WITHIN DIRECTIVE 93/13/EEC OF APRIL 5TH, 1993: THE CJEU’S FOUR OPINIONS OF MAY 17TH, 2022

The architecture of an effective system of consumers protection is and has always been one of the main fields of intervention of the European Union, both on the substantial and processual aspects: the action of the European institutions has made possible the exportation of this culture from the United States, where it was born and the progressive creation of an authentic *ad hoc* system of norms, deriving from the interrelation of European and national sources of the law²⁶.

The Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts has been a significant milestone in this regard. The Directive aims to replace the formal balance that a contract establishes between the rights and obligations of professionals and companies, on the one hand, and consumers, on the other, with an effective balance that re-establishes equality between them. This goal is pursued by setting the rule that abusive contractual clauses must be detected and sanctioned as not binding for consumers²⁷,

²⁴ See Consolo (2011), p. 49 ff., spec. 177 ff.; Id. (2019), p. 122-123.

²⁵ Biavati (2007), par. 6.

²⁶ See Cassano, Dona, Torino (2021); Alpa (2014).

²⁷ Under Article 6, par. 1 it is provided that «*Member States shall lay down that unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall, as provided for under their national law, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair terms*».

leaving each member State free to identify adequate and effective processual means to this scope²⁸.

Interpretation and application of the directive within the framework of the principles of equivalence (pursuant to which principles established by European laws must receive a processual protection at least equivalent to the ones established by national laws) and effectiveness (pursuant to which the protection of rights set by the European Union must be substantial and not unreasonably difficult for the weaker party) has been a fruitful test case of recalibration and readjustment of certain fundamental principles of civil procedural law, including the value of *res judicata*.

Particularly, since 2009 the CJEU recognized that it is not necessary for the consumer to litigate and contest the validity unfair contract clauses, as national courts must examine, of their own motion, the clauses as soon as they have available legal and factual elements necessary to do so and in case the clauses result abusive, national courts must disapply them²⁹. Subsequently, the CJEU ruled that *ex officio* control on the absence of unfair clauses must be done *in limine litis* or at any stage of the litigation also in summary proceedings arising from applications for orders for payment, both with regard to national proceedings (and particularly the Spanish one)³⁰ and the European order for payment procedure under Regulation 1896/2006³¹. Always analyzing the order for payment procedure in the Spanish system, the CJEU ruled that judicial assessment on the absence of unfair provisions in the contract between consumer and professional from which arose the obligation of payment in favor of the latter must be done by the judge of the enforcement procedure, in case it could not be done by the judge hearing the motion for order for payment (*i.e.* the judge of the merit of the case)³².

In the *Banco Primus* case, the CJEU *ex professo* assessed the problem of balancing opposing value of stability of *res judicata* and consumer protection under Directive 93/13/EEC, elaborating a solution in which precisely the reconstruction of the objective scope of the *res judicata* constitutes the fulcrum of the balance of the opposing values at stake³³. Indeed, the Court ruled that *res judicata* cannot be overcome, even though the decision contrasts with principles enacted by the European legislation, included the Directive 93/13/EEC, but clarified that *res judicata* is limited to the claims or elements of fact or law that the national judge has explicitly assessed and motivated on³⁴.

²⁸ Under Article 7, par. 1 it is provided that «Member States shall ensure that, in the interests of consumers and of competitors, adequate and effective means exist to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers by sellers or suppliers».

²⁹ *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi*, 4 June 2009, C-243/08.

³⁰ *Banco Español de Crédito SA v Joaquín Calderón Camino*, 14 June 2012, C-618/10.

³¹ *Bondora AS v Carlos V.C.*, 19 December 2019, C-453/18.

³² *Finanmadrid EFC SA v Jesús Vicente Albán Zambrano, María Josefa García Zapata, Jorge Luis Albán Zambrano, Miriam Elisabeth Caicedo Merino*, 18 February 2016, C-49/14.

³³ *Banco Primus SA v Jesús Gutiérrez García*, 16 January 2017, C-421/14.

³⁴ The CJEU remarked that «In that connection, attention should be drawn, at the outset, to the importance, both for the EU legal order and for the national legal systems, of the principle of *res judicata*».

This was the long way path preceding the CJEU's four opinions issued on May 17th, 2022.

All the four opinions concern *ex officio* powers of national judges to assess validity of b2c contracts under the Directive 93/13/EEC in summary proceedings governing requests for orders for payment, and correlated stability of their decisions in case the consumer does not take part to the proceeding and the control over abusive clauses has not been laid down by the Court of the merit on its own, even if national procedural laws qualify such opinions as final.

As already mentioned, the opinion in the joined cases C-693/19, *SPV Project 1503* and C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza* followed requests for preliminary rulings under Article 267 TFEU by the Tribunal of Milan (Italy); the opinion in the case C-600/19, *Ibercaja Banco* followed a request for preliminary ruling from the Audiencia Provincial de Zaragoza (Provincial Court, Saragossa, Spain)³⁵; the opinion in the case C-725/19, *Impuls Leasing Romania* followed a request for preliminary ruling from the Judecătoria Sectorului 2 București (Court of First Instance, Sector 2, Bucharest, Romania)³⁶; the

Indeed, the Court has already had occasion to observe that, in order to ensure stability of the law and legal relations, as well as the sound administration of justice, it is important that judicial decisions which have become definitive after all rights of appeal have been exhausted or after expiry of the time limits provided to exercise those rights can no longer be called into question [...] Moreover, the Court has already recognized that consumer protection is not absolute. In particular, it has considered that EU law does not require a national court to disapply domestic rules of procedure conferring finality on a decision, even if to do so would make it possible to remedy an infringement of a provision, regardless of its nature, contained in Directive 93/13», nevertheless getting to the conclusion that «where there are one or more contractual terms the potential unfair nature of which has not been examined during an earlier judicial review of the contract in dispute which has been closed by a decision which has become res judicata, Directive 93/13 must be interpreted as meaning that a national court, before which a consumer has properly lodged an objection, is required to assess the potential unfairness of those terms, whether at the request of the parties or of its own motion where it is in possession of the legal and factual elements necessary for that purpose».

³⁵ In which the CJEU ruled that:

«1. Article 6(1) and Article 7(1) of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts must be interpreted as precluding national legislation which, by virtue of the effect of *res judicata* and time-barring, neither allows a court to examine of its own motion whether contractual terms are unfair in the course of mortgage enforcement proceedings, nor a consumer, after the expiry of the period for lodging an objection, to raise the unfairness of those terms in those proceedings or in subsequent declaratory proceedings, where the potential unfairness of those terms has already been examined by the court of its own motion, at the stage when the mortgage enforcement proceedings were initiated, but the judicial decision authorising the mortgage enforcement does not contain any grounds, even of a summary nature, attesting to the existence of that examination, nor state that the assessment of that court at the end of that examination could no longer be called into question if an objection were not lodged within the aforementioned period.

2. Article 6(1) and Article 7(1) of Directive 93/13 must be interpreted as not precluding national legislation which does not allow a national court, acting of its own motion or at the request of the consumer, to examine the possible unfairness of contractual terms where the mortgage security has been realised, the mortgaged property sold and the ownership rights in that property transferred to a third party, provided that the consumer whose property was the subject of mortgage enforcement proceedings may assert his or her rights during subsequent proceedings with a view to obtaining compensation, under that directive, for the financial consequences resulting from the application of unfair terms».

³⁶ In which the CJEU ruled that: «Article 6(1) and Article 7(1) of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts must be interpreted as precluding national legislation

opinion in the case C-869/19, *Unicaja Banco* followed a request for preliminary ruling from the Tribunal Supremo (Supreme Court, Spain)³⁷.

These opinions have given rise to a wide-ranging discussion among legal scholars, particularly focusing on the pronouncement requested from the Tribunal of Milan, as per the Italian side. The common denominator is that orders of payment following summary proceedings against consumers, even if qualified as final by national civil procedure laws do not have value of *res judicata* on the issues on which there has not been an explicit motivation by the Court. In addition, the judge has the precise duty to exercise on its own the assessment of the absence of abusive clauses in b2c contracts as soon as she has sufficient elements of fact and law to do so. In other words, the implicit value of *res judicata* is not binding for consumers on issues necessarily connected to the claim but formally not assessed by the Court.

As correctly highlighted, the CJEU's approach might be considered, alternatively, apocalyptic or integrated³⁸.

In the first perspective, scholars have pointed out that the pronouncements mark a point of no-return respect to the principle of the autonomy of the member States in the field of civil procedure: indeed, despite they formally underline the importance of *res judicata*, in concrete they state that national final decisions must be overcome if they are not compliant with substantive interests set by the European legislator or the CJEU and therefore national *res judicata* does not exist anymore³⁹.

In the second perspective, scholars have tried to underline that the above mentioned pronouncements are just the natural and predictable endpoint of the evolution of the CJEU's case law and that they can be reconstructed in terms less disruptive respect to traditional fundamental principles of (not only national) civil procedure. Even recognizing the importance and the impact of the rules enacted by the CJEU, part of the doctrine has attempted to limit their consequences, by underlining the circumstance that the Kirchberg's solution should apply only to b2c contracts and only among professionals and consum-

which does not allow the court hearing the enforcement proceedings in respect of a debt, before which an objection to enforcement has been lodged, to assess, of its own motion, or at the request of the consumer, whether the terms of a contract concluded between a consumer and a seller or supplier which constitutes an enforceable instrument are unfair, where the court having jurisdiction to rule on the substance of the case, which may be seized of a separate action under the ordinary law with a view to an assessment as to whether the terms of that contract are unfair, may only suspend the enforcement proceedings until a decision has been given on the substance if a security is paid at a level that is likely to dissuade the consumer from bringing and maintaining such an action».

³⁷ In which the CJEU ruled that: «Article 6(1) of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts must be interpreted as precluding the application of principles of national judicial procedure, under which a national court, hearing an appeal against a judgment temporarily limiting the repayment of sums wrongly paid by the consumer under a term declared to be unfair, cannot raise of its own motion a ground relating to the infringement of that provision and order the repayment of those sums in full, where the failure of the consumer concerned to challenge that temporal limitation cannot be attributed to his or her complete inaction».

³⁸ Giussani (2023).

³⁹ See De Stefano (2022); Giussani (2023); Rossi (2023); Marchetti (2022).

ers residing within the EU⁴⁰. In addition, it has been emphasized⁴¹ that the ruling calls into question the preclusive functioning of the order for payment under art. 633 and following of the Italian civil procedure code, rather than *res judicata* itself; that in the summary procedure for orders for payment the judge already has larger *ex officio* powers and duties in the Italian system, in order to balance the absence of processual contradictory, as stated by the Italian Constitutional Court⁴²; that the instability of final decisions in case of lack of defensive activity by a consumer only applies to summary orders for payment and not to decision given after a full process on the merit, even in case of judgement by default.

Both the approaches are valid and conclusive, as they underline different facets of the same phenomenon, but I think it is worth to give relevance to the fact that harmonization of civil procedure systems toward better standard of protection of consumers, or in general the direction of a rightful decision⁴³, is a desirable and physiologic dynamic⁴⁴.

Anyway, regardless of any assessment on the merits of the opinions issued by the CJEU on May 17th, 2022, identifying the most appropriate jurisdictional instruments to give concrete implementation to the Court's *dicta* has been (and will be) the national courts' task and challenge⁴⁵.

4. THE ITALIAN SUPREME COURT'S OPINION N. 9479/2023: TOWARD A NEW ROLE FOR THE JUDICIARY?

Focusing our attention on the Italian legal system, one relevant episode of the vicissitude has been the recent opinion of the Italian Supreme Court on April 6th, 2023⁴⁶, having the declared aim of granting full actuation of the principles enacted by the CJEU, also considering binding effects of CJEU's judgements under Articles 11 and 117 of the Italian Constitution.

The opinion was given in the form of a ruling in the interest of the law under Article 363 of the Italian civil procedure code, pure expression of the function of the Supreme Court to ensure the uniform interpretation of the law among the lower judges (so called "funzione nomofilattica"): under this proceeding, the Court clarifies the correct interpretation of the law to be followed by all lower judges in future controversies but the pronouncement does not have any kind of effect respect to the merit of the litigation from which it arose.

⁴⁰ Rasia (2023), p. 80 ff.

⁴¹ On all these aspects, see D'Alessandro (2022a), p. 541 ff, spec. 542.; Id (2022b).

⁴² C. cost. 3 November 2005, n. 410.

⁴³ See on the matter Taruffo (2020).

⁴⁴ A constructive and positive approach to the CJEU's opinions is conclusively given by: Rasia (2023); D'Alessandro (2022a); Id. (2022b); Micali (2022); Caporusso (2022a), p. 2113 ff.

⁴⁵ For the first pronouncements of Italian Tribunals, see Caporusso (2022a).

⁴⁶ Cass., sez. un. 6 April 2023, n. 9479, commented by: Consolo (2023), p. 1054 ff.; D'Alessandro (2023), p. 1060 ff.; Carratta (2023), p. 357 ff.; Crivelli (2023), p. 384 ff.; Baccaglini (2023), p. 946 ff.; Scarselli (2023); Capponi (2023a), Vincze (2023); Caporusso (2023); Farina (2023); .

Indeed, under Article 363, paragraph 1, of the Italian civil procedure code, upon request of the Public Prosecutor, the Supreme Court can formulate a principle in the interest of the law when the proceeding is moot or not admissible, and under Article 363, paragraph 3, of the Italian civil procedure code, the principle in the interest of the law can be formulated by the Supreme Court on its own, whenever the appeal proposed by the parties is deemed not admissible. The remedy has been reformed in 2006, in the direction of reinforcing the public function of a Court characterized by a significant, probably unprecedented in a comparative perspective, number of cases to settle⁴⁷, mainly due to the fact that that access to the Supreme Court is generally granted pursuant to Article 111, paragraph 7, of the Italian Constitution: the contraposition between public function (so called *ius constitutionis*) and private function of dispute resolution (so called *ius litigatoris*) constitutes indeed one of the main challenges of the Italian Supreme Court, since its institution and until nowadays⁴⁸. This processual instrument, moreover, is a symptom of a phenomenon of progressive mutation of the role of the Court, that is now in the condition recurring certain circumstances to select herself the case that she is willing to decide, almost like an Italian *writ of certiorari*⁴⁹, toward the direction of the increasingly regular pronouncement of merely abstract interpretations of the law, that we were used to think to be normally reserved to the legislator, or, on other level, to scholars, in civil law systems⁵⁰.

In the above-mentioned opinion, embracing an almost unprecedented method of decision-making, the Court literally created a new form or process for detecting abusive clauses in b2c contracts, even beyond the validity of the res judicata, remodeling the exceptional remedy of the opposition to an order of payment under art. 650 of the Italian civil procedure code.

The first commentators have defined the opinion «revolutionary», as it signs the beginning of a new era, in which the Supreme Court is allowed to discretionally create new substantial and processual norms⁵¹, so determining the definitive trespass of the Italian civil procedure system from the civil law to the common law family⁵².

On the merit, the Court carried through to the end the rescaling, rather the redesigning, of the res judicata inaugurated by the CJEU, by assigning to final decisions variable geometry, depending on whether or not res judicata (*rectius*, the preclusion to examine the case) follows the failure of a consumer

⁴⁷ See on the remedy, particularly after the mentioned reform: Giordano (2018), p. 161 ff.; Briguglio (2009), p. 110 ff.; Odorisio (2018).

⁴⁸ Taruffo (1991).

⁴⁹ See Passanante (2018), p. 61 ff., of course, with an almost provocative tone and all the caveats needed in making such a parallelism.

⁵⁰ See Passanante (2021), p. 79 ff., spec. 84; Capponi (2020), p. 405 ff.

⁵¹ Capponi (2023a); Carratta (2023), p. 357-358; *contra* Consolo (2023), 1054, who underlines that the Court has not exceeded its powers, considering the importance of the matters addressed in this opinion.

⁵² Scarselli (2023).

to timely oppose an order for payment (so called “decreto ingiuntivo”, under the proceeding provided by Articles 633 and following of the Italian civil procedure code).

First of all, as for the summary phase of the procedure for an order for payment, the Court stated that the judge will have in the future the duty to check and detect the presence of abusive clauses in b2c contracts and reject the claim in case there are not sufficient available evidences, in any case with duty to motivate on this assessment and warning the consumer of the possibility of lodging an objection. This part of the opinion is line with the national legislation and case law and surely appreciable even though, as it requires to lower judges a mere formal motivation of their orders for payment without imposing any criteria of effective judgement it might have as a consequence a lack of protection for the weaker party⁵³.

But the part of the judgment that is more innovative and interesting is probably the one dealing with *ex officio* detection of abusive clauses in case of orders for payment that do not take position on such an assessment and have not been timely opposed by the consumer, so that they should be considered as final by national law (see Article 647 of the Italian civil procedure code).

The Court ruled that: 1) Within the enforcement procedure, until the final stage of sale or assignment of the garnished goods, the judge of this proceeding must assess on its own the fairness of the b2c contract. Thereafter, regardless of the outcome of this inspection, the judge will warn the consumer of the possibility of opposing the injunction within 40 days (so introducing an ordinary process on the merit, as provided under Article 641 of the Italian civil procedure code), refraining in the meantime from ordering the sale or assignment of the goods. 2) If the consumer has filed an opposition to the enforcement procedure under Article 615, paragraph 1, of the Italian civil procedure code, the judge should requalify the opposition as an extraordinary late opposition under Article 650 of the Italian civil procedure code. 3) The judge of this extraordinary late opposition to an order for payment has the power to suspend the provisional enforcement of the decree under Article 649 of the Italian civil procedure code.

Stimulated by the CJEU, the Court has brought to a completion, in the field of consumer protection, the overcoming of a traditional principle of the Italian civil procedural system, that is the stability of a final judgment not only respect to the claim adjudicated but also to its accessory and prejudicial issues (even if not explicitly assessed by the ruling)⁵⁴. In this regard, I think that we can stand by the Supreme Court’s opinion: indeed, scholars have been critical

⁵³ Rasia (2023), p. 82.

⁵⁴ The principle is consolidated in the case law, see *ex multis* for a recent affirmation Cass. 24 September 2018, n. 22465. On *res judicata* and issues connected to a contractual relationship between two parties, see Cass., Sez. Un., 12 December 2014, n. 26242 and, for a comment on the matter, Proto Pisani (2016), p. 325 ff. On the so called “giudicato implicito”, see Pugliese (1969), p. 785 ff., in particular 864 ff.

on the so-called implicit *res judicata*⁵⁵, and they have been challenging the effective value of *res judicata* of orders of payments not timely opposed by the parties⁵⁶. Moreover, it is to be mentioned, once again, that in this case it is in discussion the preclusive functioning of the procedure for orders for payment under Article 633 and following of the Italian civil procedure code, rather than *res judicata*: indeed, missing a proper assessment (and judgement) in the summary proceeding on validity of the b2c contracts, it is possible to argue that *res judicata* on this issue never came to exist, due to the existence of an *error in procedendo*⁵⁷.

As per the remedy chosen by the Supreme Court for detection of abusive clauses within the enforcement procedure following a final order for payment, the solution of re-opening the process on the merit on the model of the late opposition to an order for payment under Article 650 of the Italian civil procedure code had been somehow predicted by some scholars⁵⁸. Running this road surely has several advantages, like the possibility for the consumer to obtain once with *erga omnes* efficacy the suspension of the enforcement attitude of the judicial order; but, on the other side, also has some disadvantages, because the consumer has to file its late opposition to the judge who pronounced the order for payment, chosen by the creditor and therefore probably not coincident with the consumer forum⁵⁹. But, above all, I believe that this kind of remedy would have required an intervention by the legislator, considering that under Article 650, paragraph 3, of the Italian civil procedure code the late opposition must be filed within 10 days since the beginning of the enforcement of the credit. The Supreme Court has by-passed this limit by disapplying the provision and substituting this mandatory term with the general term of 40 days regulating the ordinary opposition to an order for payment under Article 641 of the Italian civil procedure code. The Court derived its legitimation to do so from the general duty of national judges to disapply provisions that conflict with European Union law when no compatible interpretation of that provisions proves possible⁶⁰, but the concrete use of this instrument in this particular case seems to overflow the physiological limit of this remedy⁶¹.

⁵⁵ See for a classic critical view, Allorio (1938), p. 245 ff. Recently, Panzarola (2019), p. 307 ff.; Luiso (2019).

⁵⁶ See Capponi (2023b).

⁵⁷ See again in this regard, D'Alessandro (2022a), p. 543 ff.; See also Consolo (2023), p. 1054.

⁵⁸ Carratta (2022), p. 485 ff., spec. 487; Caporusso (2022b), p. 533; Stella (2022), p. 2126 ff., in particular 2128.

⁵⁹ Under Article 33, paragraph 2, lett. u), of the Italian law 6 September 2005, n. 206 (so called Consumer code), all controversies arising from contracts entered into by a professional and a consumer must be settled by the Court where the latter has her residence or domicile.

⁶⁰ *Maribel Dominguez v Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre*, 24 January 2012, C-282/10.

⁶¹ The Court when arguments about the substitution of the 10 days term with the 40 days one, simply says that the latter, at the end of the day, is also pertinent with the procedure of opposition to an order for payment and compliant with the effectiveness principle, with words: «*un termine che è pur*

For these reasons, I believe that the best remedy available for *ex officio* assessment and subsequent celebration of the process on the merits of the presence of abusive clauses in b2c contracts, would have been the opposition to the enforcement procedure under Article 615 of the Italian civil procedure code and in general remedies provided within the enforcement procedure. This solution would have fairly balanced the opposite values of the effective jurisdictional protection of the consumer and certainty in legal traffics correlated to the stability of judgement qualified as final by national law. This remedy, moreover, seemed to be the one suggested by the CJEU and would not have required a massive creative intervention in order to adapt the national law to the European rule, nor by the Supreme Court or the legislator⁶². Indeed, in a subsequent opinion issued by the CJEU on May 4th, 2023⁶³, the Court once again confirmed that the enforcement procedure, and the parenthesis of cognition on the merits designed within it, are the natural processual phase for detection and ruling on abusive clauses⁶⁴.

An other possible option relied on the possibility for the consumer to promote a separate proceeding in order to ascertain the presence of unfair clauses in the b2c contract (so called *action nullitatis*), perhaps accompanied in parallel with the filing of an urgent petition to suspend the enforcement of the order for payment obtained by the creditor: this solution was the one suggested by the Public Prosecutor after its request for a pronouncement in the interest of the law pursuant to Article 363 of the Italian civil procedure code.

Eventually, it seems to be clear that *de iure condito* every solution was not perfect and lent itself to criticism and contradictions⁶⁵.

It is also to be noted that it is foreseeable that the concrete consequences of the Supreme Court's opinion in the case law will be limited: indeed, the

sempre tratto dall'interno della disciplina dettata per l'opposizione a decreto ingiuntivo e della cui rispondenza al criterio di effettività non è dato dubitare» (see the opinion, page 32).

⁶² This solution is sustained by: Soldi, Capponi (2023); Rasia (2023), p. 83 ff. and in particular 90-91; D'Alessandro (2022b); Vincere (2023), p. 1505 ff.

⁶³ In *TU, SU v BRD Groupe Société Générale SA, Next Capital Solutions Ltd*, 4 May 2023, C-200/21, the CJEU ruled that «Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, must be interpreted as precluding a provision of national law that does not allow the court which is responsible for the enforcement proceedings and which hears, outside the 15-day period laid down by that provision, an objection to the enforcement of a contract that is concluded between a consumer and a seller or supplier and constitutes an enforceable instrument, to assess, of its own motion or at the request of the consumer, the unfairness of the terms of that contract, when that consumer also has an action on the merits which enables him or her to request the court hearing that action to carry out such a review and to order the suspension of the enforcement pending the outcome of that action, in accordance with another provision of that national law, where that suspension is possible only by way of payment of a security the amount of which is likely to dissuade the consumer from bringing and continuing such an action, which it is for the referring court to verify. Where it is not possible to interpret and apply the national legislation in a manner that is consistent with the requirements of that directive, the national court hearing an objection to the enforcement of such a contract is obliged to examine of its own motion whether the terms of that contract are unfair, and, where necessary, is to disapply any national provisions which preclude such an examination».

⁶⁴ See Capponi (2023c).

⁶⁵ De Stefano (2022), paragraph 15.

adoption of a new model for the pronouncement of orders of payment by the judges, with formal assessment on the validity of b2c contracts, will preclude in the future any question and conferee full stability to the orders of payment, even if not timely opposed by consumers.

5. DIALOG BETWEEN THE COURTS AND ROLES OF SUPREME COURTS: THE NEED FOR AN INTERVENTION OF THE LEGISLATOR IN THE MATTER OF CONSUMERS' CIVIL PROCEDURE

Despite the specific conclusions reached in the case adjudicated by the opinion Cass., sez. un. 6 April 2023, n. 9479, it is interesting to observe that one of the possible meanings of the ruling is that the Italian Supreme Court decided to have a say in the matter and to put itself back to the center of the debate with the CJEU and the European and national legislators.

The constatation leads to further reflections on how the opinion, and in general the underlying legal issue, impacts the dynamics concerning the dialogue between the Courts and the role of Supreme Courts, two different faces of the same phenomenon, that is the active role of the judiciary in policymaking or, more in general, in the actuation of the rule of law.

The one of «transjudicial communication»⁶⁶ is an old and well-known phenomenon that regards, with different forms and functions the relationship between different Courts, in the international or internal dimensions. Various types of relationship are normally reconduct to this category: one is the mere reciprocal influence, on an horizontal line, typical of Courts that share a cross-cutting knowledge of certain fundamental principles, like in the case of the Supreme Court of Argentina during the nineteenth century or the Italian Constitutional Court in 1975, both quoting or showing to take into consideration the case law of the Supreme Court of the United States, and above all the precedent of *Roe v. Wade* concerning the right to abortion⁶⁷. Another type of dialog involves a true interaction between the Courts, like in the case of vertical dialog between national and supranational Courts, of which the hierarchy existing between national courts and the CJEU in the European system is a paradigmatic example, especially under the mechanism of preliminary rulings under art. 267 TFUE, that requires national courts to ask the CJEU to clarify the correct interpretation of treaties and validity of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union⁶⁸. Precisely the European multilevel system of jurisdictional protection of rights has been the playing field of a significant development of the dialogue between the Courts, of which the main players have been the CJEU, the European Court of Human Rights

⁶⁶ See Slaughter (1994).

⁶⁷ See De Vergottini (2010), in particular p. 17 ff.

⁶⁸ On the horizontal and vertical forms of judicial communication, see Slaughter (1994), p. 103 ff.

and the national Constitutional Courts, within a dynamic in continuous fluctuation between authentic cooperation and revindication of each other's prerogatives and positions⁶⁹: in the latter perspective, the case *Taricco* has been theater of the elaboration by the Italian Constitutional Court of the theory of the so called "counter limits", pursuant to which the Court has reserved herself the power not to comply with CJEU's opinions deemed contrasting with fundamental principles of the Italian Constitution⁷⁰. Alongside Constitutional Courts, Supreme Courts (included the Italian Suprema Corte di Cassazione) are also protagonists of the dialogue, at all its levels: a dialogue that is mostly legitimate and fruitful and raises reflections on issues of interpretation of the law and the way more evanescent limits of judicial policymaking in our times⁷¹.

From another point of view, it is to be noted that the study of Supreme Courts, and in particular their functions, structure, and functioning, is a classic topic of comparative civil procedure⁷². For the purposes relevant here, it is particularly interesting to highlight how these courts, placed at the apex of the judicial system and definable as those whose decisions are not (for that reason) normally appealable before other jurisdictional authorities superordinate to them⁷³, have the peculiar characteristic of pursuing, tendentially alongside functions of dispute resolution, purposes of public interest⁷⁴. Prominent in this perspective is the function aimed at ensuring the uniformity of the jurisprudence of the lower courts⁷⁵, which, depending on the methods employed in its exercise, is at the origin of traditional classifications, such as the distinction between "*cassation model*", "*revision model*", and "*appeal model*"⁷⁶. This function reflects, and indeed stands out to the fullest, issues and problems inescapably inherent in the framing of the judicial function in democratic systems, in the delicate balance, sometimes a source of pathologies, of the dialectic between powers of the State⁷⁷. Supreme Courts are bulwark of the jurisdictional protection of rights and constitutional legality, yet exposed to criticism and problematic reconstructive attempts, because of the so called "*counter-majoritarian difficulty*"⁷⁸.

Back to the case object of analysis, the Italian Supreme Court, first of all, decided not to activate the so-called counter-limits⁷⁹ and to give actuation to

⁶⁹ C. Cost. 31 May 2018, n. 115. See on the matter Biondi (2019), p. 2 ff.; De Amicis (2022), p. 5 ff.

⁷⁰ See Lattanzi

⁷¹ See Alpa (2022), p. 971 ff.

⁷² See Chase, Varano (2012), p. 214.

⁷³ See Taruffo (2011), p. 11 ff.

⁷⁴ See Jolowicz (1998), p. 37 ff.

⁷⁵ Taruffo (2014), p. 35.

⁷⁶ See on this classification, Jolowicz (1998), p. 50 ff.

⁷⁷ See Kapiszewski–Silverstein–Kagan (eds.) (2013).

⁷⁸ On this famous expression, see Bickel (1986). On the political nature of the United States Supreme Court, see. Kagan (2023), 199; Marcus (2019), p. 15 ff.; on civil law Supreme Courts, see Galini (2019), p. 44 ff.

⁷⁹ This hypothesis, the remission of the case to the Constitutional Court, might have been practiced, in case the CJEU's opinion was deemed contrary to fundamental principles of the national civil

the principles enacted by the CJEU in the case *SPV Project 1503 – Banco di Desio e della Brianza*, binding for Italian national judges pursuant to articles 11 and 117 of the Italian Constitution. The Supreme Court, indeed, in several parts of the opinion makes references to the principle of mutual fair collaboration: from this standpoint, the opinion is a good example of constructive dialogue between the two Courts.

On the other hand, several elements seem to point to the direction of a revindication of autonomy by the Italian Supreme Court. Actually, like we have seen, the Court decided that examination of validity of clauses in b2c contracts, in case the consumer has not lodged timely opposition to an order of payment under Article 633 and following of the Italian civil procedure code, must be done by reopening the process on the merit through the remedy of the late opposition under Article 650 of the same code, *ad hoc* remodeled for this purpose: at the opposite, the enforcement procedure, would probably have been the natural place, precisely suggested by the CJEU to this scope⁸⁰. Also, the solution adopted, might be not optimal, in terms of effective protection of the customer, as it requires the customer to litigate the case in a *forum* different to the one where he is domiciled⁸¹ and keeps in power the effects of the enforcement procedure (included the foreclosure of the goods) until the process on the merit concludes with an opinion in favor of the customer⁸². Moreover, the Court gave a restrictive interpretation to the principles enacted in the *SPV Project 1503 – Banco di Desio e della Brianza* case and in general the jurisprudence of the CJEU on Directive 93/13/EEC, where it states that only summary orders for payment not timely opposed are instable, despite being qualified as final by the national law. Therefore, it seems reasonable to argue that this regime should not apply to rulings given after a full process on the merit, even if the judge does not assess the presence of abuses clauses and in case of judgement by default of the consumer⁸³: among the different solutions proposed by scholars, the Court chose the one that most circumscribes the effects of the CJEU's opinion⁸⁴.

On another level, the Court issued its opinion despite the case being moot and came to the creation of a new *ad hoc* proceeding for opposition to orders for payment in the field of consumer protection, by formulating general and abstract rules with a method more similar to the one of a legislator, rather

procedure system, like the one of *res judicata*: see De Stefano (2022), par. 3.

⁸⁰ Capponi (2023c); Carratta (2023), p. 376 ff.

⁸¹ D'Alessandro (2022b); Consolo (2023), p. 1057; Baccaglioni (2023), p. 952.

⁸² See Consolo (2023), p. 1057; Baccaglioni (2023), p. 953.

⁸³ On this conclusion, see Baccaglioni (2023), p. 953-954. Therefore, it is in my view not correct the application of the principles enacted by the Corte di cassazione realized by Tribunal of Ivrea, 16 May 2023, that stated that the late opposition under article 650 of the Italian civil procedure code is possible even after a full process on the merit in which the judge did not explicitly assess the validity of b2c clauses. See on the case a brief comment in Morotti (2023); in the same sense, see Caporusso (2023), p. 1243.

⁸⁴ The need for an *ex officio* assessment of the validity of the clauses in case of judgment by default of the consumer is sustained by Rasia (2023); contrary, D'Alessandro (2022b).

than the one of a Court, which generates reflections on the change, toward a real drift, in the nature and function of the Italian Supreme Court, in accordance with a phenomenon that has already been underway for years⁸⁵. In doing so, the Court referred a couple of times to the remedy of the preliminary ruling under Article 363*bis* of the Italian civil procedure code: a new instrument introduced by the latest reform of Italian civil procedure in 2022, referring to which the Court seems to herald a new season of the so called *funzione nomofilattica*⁸⁶.

In conclusion, the fluctuations of national and European jurisprudence respect to an objectively complex legal problem provide opportunities for dialogue but also revindications between the Courts, as well as for possible interferences and encroachments by the judiciary with respect to the legislators. It seems therefore to be confirmed that the legislator needs to intervene in the field of procedural consumer protection, toward the direction of a better certainty of the law and an effective protection of consumers in the integrated multilevel system⁸⁷.

6. CONCLUSIONS: THE CHALLENGES OF EFFECTIVE CONSUMER PROTECTION

The challenge of effective consumer protection in the European system poses itself new challenges to traditional civil procedure principles, like emerged in the CJEU's opinions issued on May 17th, 2022, on the interpretation of Articles 6 and 7 of Council Directive 93/13/EEC of April 5th, 1993, where the need for balance the processual position of the parties has led to overcome the stability of judgments qualified as final by national legislators.

This conclusion implies to rethink, in this field, categories like *res judicata*, the preclusions typical of the summary proceeding under Articles 633 and following of the Italian civil procedure code, and the distinction between process on the merit and enforcement procedure⁸⁸.

The idea that national civil procedure rules must be considered precarious and destined not to prevail when they contrast with superior substantive rights set by the European legislator and the CJEU is certainly worrying to some extent and might mean the end of civil procedure itself. Nevertheless, a more assuring approach is possible as we take consciousness of the fact that, within a reconstructive perspective, the crisis of traditional categories of civil procedure is only apparent, a normal and acceptable consequence of the need of «*dealing with the case justly*»⁸⁹.

⁸⁵ See on the matter Sassani (2019), p. 43 ff.

⁸⁶ See Capponi (2023a).

⁸⁷ In this respect, see D'Alessandro (2022b).

⁸⁸ In general on the evanescent distinction between process on the merit and enforcement procedure, see Finocchiaro (2024).

⁸⁹ Quoting Biavati (2018).

Moreover, effective consumer protection is the occasion for a dialogue between the Courts of the European multilevel system, that is surely enriching, as it stimulates the circulation of ideas in the direction of higher, shared, standards in human rights recognition. Nevertheless, the dynamic can be occasion of revindications by each Court, sharpening the centrality, sometimes a source of pathologies, of the role of Supreme Courts and determining the emergence of a plurality of solutions, not optimal in terms of certainty of the law. A challenge that requires, at these conditions, an intervention by the European or national legislators⁹⁰.

BIBLIOGRAPHY

- Allorio, E. (1938), Critica alla teoria del giudicato implicito, in *Riv. dir. proc. civ.*
- Alpa, G. (eds.) (2014), *I contratti del consumatore*, Milano
- (2022), Il dialogo tra le Corti e la materia della responsabilità civile, in *Contratto imp.*
- Andolina, I. (2007), Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del “giusto processo”, in *Giusto proc. civ.*
- Baccaglini, L. (2023), Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell’esecuzione alla luce delle Sezioni Unite, in *Nuova giur. civ. comm.*
- Biavati, P. (2000), Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze, in *Dir. Un. eur.*
- (2003), *Europa e Processo civile. Metodi e prospettive*, Torino
- (2007), La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario, in *Rass. trib.*
- (2018), Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- Bickel, A.M. (1986), *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, II Ed., Yale (New Heaven)
- Biondi, F. (2019), Quale dialogo tra le Corti?, in *www.federalismi.it*, XVIII
- Briguglio, A. (2009), Commento all’art. 363, in Briguglio, A., Capponi, B. (eds.), *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, III, I, Padova
- Caponi, R. (2009), Il giudicato civile dimensionato, in *Riv. trim. dir. proc., civ.*
- (2011), *Corti Europee e giudicati nazionali*, in *Corti Europee e giudici nazionali. Atti del XXVII Convegno Nazionale*, Bologna
- Caporusso, S.; D’Alessandro, E. (eds), (2022), Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo, in *Giur. it.*
- Caporusso, S. (2022a), Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all’effettività, in *Giur. it.*
- (2022b), Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica, in *Giur. it.*

⁹⁰ About the Italian system, see Consolo (2023), p. 1057, proposes the introduction nor by the legislator or the Constitutional Court of a new cause of appeal against orders for payment not timely opposed within the framework of the Article 656 of the Italian civil procedure courts, that already provides to this purpose the possibility to file the extraordinary remedies of the so called “*Revocazione straordinaria*” and “*Opposizione di terzo*”.

- (2023), Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri, in *Riv. dir. proc.*
- Capponi, B. (2020), La Corte di Cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.), in *Il processo*
- (2023a), Prmissime considerazioni su SS. UU. 6 aprile 2023, n. 9479, in *www.giustiziainsieme.it*
- (2023b), La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria, in *www.judicium.it*
- (2023c), Nuovi spunti dalla giurisprudenza europea sulla tutela del consumatore (a volte ritornano), in *www.giustiziainsieme.it*
- Carratta, A. (2022), Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore, in *Giur. it.*
- (2023), Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023, in *Riv. esec. forzata*
- Cassano, G.; Dona, M., Torino, R. (eds.), *Il diritto dei consumatori*, Milano
- Chiarloni, S. (2000), A comparative perspective on the crisis of civil justice and on its possible remedies, in *Europa e Diritto privato*
- Chase, O. G., Varano, V. (2012), Comparative civil justice, in Bussani, M., Mattei, U. (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge
- Consolo, C. (2008), La sentenza “Lucchini” della corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?, in *Riv. dir. proc.*
- (2011), Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla CEDU a sua volta), in *Atti del XXVII Convegno Nazionale*, Bologna
- (2019), *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 1, Torino
- (2023), Istruttoria monitoria “ricarburata” e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica “rimaneggiata” su invito del g.e., in *Giur. it.*
- Cordopatri, F. (2015), La “crisi” del giudicato?, in *Riv. dir. proc.*
- Crivelli, A. (2023), Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo, in *Riv. esec. forzata*
- D'Alessandro, E. (2022a), Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'avv. Tanchev, in *Giur. it.*
- (2022b), Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C869/19): in attesa delle Sezioni Unite, in *www.judicium.it*
- (2023), Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c., in *Giur. it.*
- De Amicis, G. (2022), Corti Europee e giudici nazionali nel prisma dei diritti fondamentali, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, I
- De Cesare, G. (2021), Ancora Lucchini! La Corte d'Appello di Roma aziona i “controlimiti” a difesa del giudicato nazionale, in *Giur. it.*
- De Stefano, F. (2022), La Corte di giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE, in *www.giustiziainsieme.it*
- De Vergottini, G. (2010), *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna
- Farina, M. (2023), *Decreto ingiuntivo non opposto e clausole abusive nella giurisprudenza delle Corti di vertice*, in *Riv. dir. proc.*

- Fiengo, G. (2022), Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, in *Giur. it.*
- Finocchiaro, G. (2024), Il tendenziale superamento normativo della più tradizionale configurazione della “attuazione dei provvedimenti giudiziari civili”, in *DPCleC*
- Galič, A. (2019), *A civil law perspective on the Supreme Court and its functions*, in *The Function of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice in 81 Studia Iuridica (eds.)* Warsaw
- Giordano, R. (2018), L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, in Didone, A., De Santis, F. (eds.), *I nuovi processi civili in Cassazione*, Milano
- Giussani, A. (2023), Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia, in *Riv. dir. proc.*
- Gradi, M. (2022), Cosa giudicata incostituzionale, in *Riv. dir. proc.*
- Hazard Jr., G.C., Fletcher, W.A., Bundy, S.M., Bradt, A. (2020), *Pleading and Procedure. Cases and Materials*, 12 Ed., St. Paul (MN)
- Jolowicz, J. A. (1998), The role of the Supreme Court at the national and international level, in Yessiou, Faltsi (eds.), *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Salonicco
- Kagan, R.A. (2023), A Consequential Court: The U.S. Supreme Court in the Twentieth Century, in *Consequential Courts: Judicial roles in global perspective*, in Kapiszewski, D., Silverstein, G., Kagan, R.A. (eds.), Cambridge
- Kapiszewski, D., Silverstein, G., Kagan, R.A. (eds.), *Consequential Courts: Judicial roles in global perspective*, Cambridge
- Lattanzi, G. *Dialogo tra le Corti e il caso Taricco* a contribute collected for the *Liber Amicorum* in honour of the President of the ECHR Mr. Guido Raimondi, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/composizione/risorsePaginaPresidenteLattanzi/eventi/Dialogo_tra_le_Corti_e_caso_Taricco.pdf
- Luiso, F.P. (2019), Contro il giudicato implicito, in *Judicium.it*, 2019
- Marchetti, F. (2022), Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022, (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo “res iudicata pro veritate habetur” nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte, in www.judicium.it
- Marcus, R.L. (2019), A Common Law perspective on the Supreme Court and its functions, in *The Function of the Supreme Court – Issues of process and administration of justice*, in 81 *Studia Iuridica (eds.)* Warsaw
- Menchini, S. (1997), voce *Regiudicata civile*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino
- Micali, D. (2022), Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia UE 16 maggio 2022, in www.judicium.it
- Morotti, M. (2023), Nullità di protezione rilevabile anche dopo il rigetto dell'opposizione a d.i., in *Il Quotidiano Giuridico*
- Odorisio, E. (2018), *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, Torino
- Panzarola, A. (2019), Contro il cosiddetto giudicato implicito, in *Judicium.it*
- Passanante, L. (2018), *Il precedente impossibile: Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino
- (2021), *Calamandrei e il destino della Cassazione civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- Proto Pisani, A. (2016), Oggetto del processo e oggetto del giudicato nelle azioni contrattuali, in *Foro it.*
- Pugliese, G. (1969), voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*
- Querzola L. (1998), Spunti sui limiti oggettivi del giudicato comunitario, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- Raiti, G. (2010), Le pronunce Olimpclub e Asturcom Telecomunicaciones: verso un ridimensionamento della paventata “crisi del giudicato civile nazionale” nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in *Riv. dir. proc.*

- Rasia, C. (2023), Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- Rossi, R. (2023), Decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore, in *www.judicium.it*
- Sassani, B. (2019), La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici, in *Riv. dir. proc.*
- Scarselli, G. (2023), La tutela del consumatore secondo la CGUE e le Sezioni Unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law, in *www.judicium.it*
- Slaughter, A.M. (1994), A Typology of Transjudicial Communication, in 29 *U. Rich. L. Rev.* 99
- Soldi A.M., Capponi B. (2023), Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno, in *www.judicium.it*
- Stella M. (2022), Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche, in *Giur. it.*
- Taruffo, M. (1971), "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni, in *Riv. dir. proc.*
- (1991), *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna
- (2002), *Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna
- (2011), Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali, in *Ann. dir. comp. e st. leg.*
- (2014), *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- (2020), *Verso la decisione giusta*, Torino
- Tedoldi, A. (2013), Processo civile e giudicato alla deriva, in *Giusto proc. civ.*
- Turmo, A. (2021), National Res Judicata in the European Union: Revisiting the Tension Between the Temptation of Effectiveness and the Acknowledgement of Domestic Procedural Law, in *Common Market Law Review*
- Van Rhee, C.H., (2018), Civil Procedure Beyond National Borders, in *Access to Justice in Eastern Europe*
- Vinre, S. (2023), La Corte di Giustizia e le Sezioni Unite della Cassazione sulle nullità consumeristiche, in *Riv. dir. proc.*
- Zuffi, B. (2008), Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali, in *Giur. it.*

ASSESSING THE NEED FOR CULTURAL EXPERTISE IN CIVIL PROCEEDINGS: FROM COURT'S DISCRETION TO THE DUTY TO SUPPLEMENT THE JUDGE'S EXTRA-LEGAL KNOWLEDGE

Valentina Capasso*

Tenure-Track Assistant Professor
at the University of Naples Federico II

ABSTRACT: In recent years, the topic of expert evidence, usually dealt with having hard sciences in mind, has been enriched with a new profile, as the increasing frequency of multicultural proceedings has prompted the debate about the so-called cultural expertise. Obstacles to the use of this type of knowledge, however, result from a certain distrust in the usefulness of soft sciences for the judge and, more generally, from the strong discretion s/he has in deciding whether to admit expert evidence. Both factors will be critically discussed in the present paper.

KEYWORDS: hard sciences; soft sciences; multicultural proceedings; cultural expertise; intellectual due process; procedural due process; cultural test.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: CULTURAL EXPERTISE AND THE CONTESTED USE OF SOFT SCIENCES IN COURT.— 2. RELATIVIZING THE HARD/SOFT SCIENCES DIVIDE: THE USEFULNESS AND APPROPRIATENESS OF CULTURAL EXPERTISE.— 3. DUE PROCESS AS A LIMIT ON THE JUDGE'S DISCRETION IN ADMITTING (OR NOT) EXPERT EVIDENCE: 3.1 General application of intellectual due process principles; 3.2 Specific application of procedural due process principles.— 4. THE NEED FOR AN OBJECTIVE ASSESSMENT TOOL: THE SO-CALLED CULTURAL TEST

* ORCID: 0009-0005-8411-2724

1. INTRODUCTION: CULTURAL EXPERTISE AND THE CONTESTED USE OF SOFT SCIENCES IN COURT

The use of science in Court proceedings and the relationship between the judge and the expert are widely cultivated topics, and scholars have always adopted a comparative approach to them: one only has to think of the resonance that *Frye v. United States* and *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* had in Europe.

Discussion on the subject, however, is often—albeit implicitly—referred to hard sciences. It is true that, sometimes, Courts indulge in extra-legal arguments, even drawing from soft science: again to recall a well-known US example, consider *Brown v. Board of Education*, where the U.S. Supreme Court, in overturning *Plessy v. Ferguson* and dismissing the doctrine of ‘separate but equal’ in public education, has also based the overcoming of the precedent on the progress of psychological and anthropological knowledge, which ended up showing how racial segregation is detrimental to the personality development of black children. But, given that in that specific case such a reference¹ seems more due to a desire not to frontally contradict previous statements on the legal level², it remains true that «[i]t is a very common practice in courts to call upon the scientific expertise provided by medical doctors, engineers, accountants or psychologists. It is less frequent to find them calling on anthropologists or sociologists»³.

This is especially true with reference to continental European countries: here, Judiciary’s sceptical attitude has long been coupled with the lack of interest of the doctrine, which is less accustomed to socio-legal studies, and has long neglected the issue of the relevance of the cultural factor in Court proceedings, unlike in the US⁴. Furthermore, it must be acknowledged that even within the American debate there is resistance to this phenomenon, and

¹ As it is well known, the Court even provided a footnote reference to the writings several social scientists in order to justify the assertion that the harm of segregation was «amply supported by modern authority».

² This does not mean that anthropology’s role in overcoming racial segregation was irrelevant: as Rosen (1977), p. 560, points out, recalling *Sweatt v. Pointer*, a case that Supreme Court was called on to decide four years before the Brown decision, the expert testimony rendered by one of the leading anthropologists of the day, Robert Redfield, «was an early and important basis for the contention that no rational foundation for segregation could be found in the social science literature». In that case, «the Supreme Court avoided the implication of Redfield’s argument—that separate education is inherently unequal—and simply found that the facilities provided by the segregated law schools of Texas were not, in fact, equivalent [...]. But Redfield’s testimony was also read into the record of *Briggs v. Elliott*, a South Carolina case which was joined before the Supreme Court with *Brown* and several other cases, and to which Marshall made frequent reference in his briefs and oral argument. By then, a considerable number of social scientists—most notably the psychologist Kenneth B. Clark—had testified in the various desegregation cases, and a number of scholars, Redfield among them, were signatories to the statement by social scientists that formed an Appendix to Appellant’s Briefs».

³ Michellini (2021), p. 71.

⁴ There, some early reflections, however significantly spaced out in time, have been made by Clark (1953) and Rosen (1977).

the reasons usually given (namely, the supposed ontological epistemological difference that would characterise legal and anthropological reasoning and the fear that the cultural argument would be used strategically) show such a general character that they can also influence the debate elsewhere.

However, the situation in Europe has been changing recently: on the one hand, national legislators, often prompted by international conventions and/or external supranational bodies, are more and more aware of the need to deal with multiculturalism's consequences. Also due to the massive migration phenomena in recent years, not only foreign parties are more and more often involved in civil, labour, family or criminal trials, but asylum and international protection proceedings are multiplying⁵; and this, in turn, results in an increasing need for judges to deal with diversity. It is therefore not surprising that doctrine has also begun to show greater interest in the problem: the reference is mainly, but not only, to Livia Holden's scientific initiative⁶ in promoting studies about the so-called cultural expertise, that is «the special knowledge that enables socio-legal scholars, or, more generally speaking, cultural mediators—the so-called cultural brokers—, to locate and describe relevant facts in light of the particular background of the claimants and litigants and for the use of the court»⁷. Scientific publications on the subject, by scholars from the most diverse states, are thus multiplying⁸; and this has allowed a number of problematic profiles to emerge, often common to those relating to expertise in general (and, in particular, the idea that the judge should play a gatekeeper role to the introduction of scientific knowledge into Court proceedings and his claimed wide discretion in evaluating the admissibility of expertise), but aggravated—precisely—by the abovementioned Courts' resistance to the use of soft science. This sceptical attitude means that the judge called upon to resolve a multicultural conflict often does not feel the need to have recourse to an expert, but deems, rather, that s/he can rely on common sense, general knowledge or his own knowledge, if any⁹.

To take some examples from Italian case law, doctrine has already pointed out that requests for international protection are often dismissed because the

⁵ As it is well known, asylum is a fundamental right under art. 14 Universal Declaration of Human Rights 1948, and a duty for signatory States of the 1951 Geneva Convention on the protection of refugees.

As to the EU, a number of measures have been prepared after the establishment of the Common European Asylum System (in 1999), partly as a result of the huge increase in migration flows since 2015; most recently, in 2020, the Commission adopted a New Pact on Migration and Asylum.

⁶ See Holden (2011), Holden (2019) and Holden (2023). Livia Holden led the European Research Council's funded project *Cultural Expertise in Europe: What is it useful for?* (EURO-EXPERT) and *CULTEXP Proof of Concept*; she has promoted and edited many publications collecting contributions from practical and theoretical jurists of different nationalities: this testifies to the generality of the phenomenon, albeit different in intensity, even before in the degree of its normative or jurisprudential reception.

⁷ Holden (2011), p. 2.

⁸ Also see the contributions published in a themed section of the *International Journal of Law in Context*: Foblets (2016), pp. 231 ff.; Bens (2016), pp. 235 ff.; Hoehne (2016), pp. 253 ff.; Vettors & Foblets (2016), pp. 272 ff.; Zenker (2016), pp. 293 ff.

⁹ Ruggiu (2017), p. 228.

applicant's story is simply deemed not credible, without really investigating the importance that beliefs about, for instance, witchcraft¹⁰ or vampires¹¹ actually have in his or her system of origin (and thus rejecting the use of cultural expertise or in any case ignoring expert opinion, sometimes on the express assumption that the concepts involved are not really complex)¹².

However, it is not necessary to go so far as to mention cases concerning concepts so distant from Western culture to demonstrate the reluctance Courts often show towards social sciences. Indeed, although Livia Holden's definition seems to imply that at least one of the parties' background is different from the judge's one, this is true in the majority of cases where the need to have recourse to the cultural expert arises, but not in all. By contrast, the integration of extra-legal notions in order to understand parties' behaviour may prove necessary even in cases in which both (or all) of them share the same judge's background: suffice it to mention the quite infamous criminal trial which followed the L'Aquila earthquake of 2009, in which an anthropologist was called upon to assess whether and to what extent the seismic risk diagnosis made by the Commission for Major Risks (CMR) led (a part of) L'Aquila population not to leave their homes the night of the earthquake¹³. The expert concluded that the improperly reassuring message disseminated by CMR had led part of the population to underestimate the risk, thus constituting mental causation relevant for criminal purposes. However, only the Court of first instance expressly embraced the expert argument, while in the second, third, and final-instance trials, «the cultural expertise [...] was formally rejected; at the same time, however, it was "covertly" used as a key tool for confirming the conviction of one of the defendants, the deputy head of Italian Civil Protection»¹⁴.

Against this not reassuring background, the aim of this paper is threefold: firstly, an attempt will be made to demonstrate that there is no reason for the judge to adopt a different attitude towards hard and social sciences; secondly, and consequently, it will be argued that both intellectual and procedural due process apply in the same way in both cases (and, perhaps, even more, when it comes to cultural expertise). Finally, the potential and limits of the main tool available to the judge in order to assess the admissibility of the expert evidence (namely, the cultural test) will be discussed.

¹⁰ See Sorgoni (2012).

¹¹ Civinini (2022), p. 116.

¹² Sorgoni (2012), p. 79.

¹³ The case is summarized by the expert himself (Antonello Ciccozzi) in Ciccozzi & Decarli (2019), spec. pp. 42 ff.

¹⁴ Ciccozzi & Decarli (2019), p. 44; see also Ciccozzi (2016).

2. RELATIVIZING THE HARD/SOFT SCIENCES DIVIDE: THE USEFULNESS AND APPROPRIATENESS OF CULTURAL EXPERTISE

The investigation would have no reason to be conducted if one agreed with the critical remarks addressed to cultural expertise; as mentioned, indeed, both the usefulness and appropriateness of integrating the cultural element into the judge's cognition is contested. But the reasons invoked to justify such criticisms do not appear convincing: no more so than the similar ones addressed to any expert evidence.

Starting from the first profile (i.e., that of usefulness), the widespread judicial scepticism towards the contribution that experts such as sociologists, anthropologists and ethnologists can make to the judicial decision-making process¹⁵ is mainly rooted in the «commonly voiced suggestion that anthropological thinking and legal thinking are incommensurable»¹⁶. Such a statement is not totally wrong, but it must be relativized and contextualized. Indeed, it has already been demonstrated that the idea of the incommunicability of law and anthropology not only appears to be historically determined¹⁷, but also depends on the failure to take into account the fact that lawyers and anthropologists move from different «implicit paradigms of thought» and adopt different practices: in particular, jurists adopt a «pragmatic and judgmental practice», while anthropologists adopt an «explanatory and relativistic» one¹⁸. But, if this is true, it should be acknowledged that this difference runs not only between legal and anthropological reasoning, but between legal reasoning and that of any other science: the scientific approach (whatever science is involved) is summarized by Albert Einstein's famous saying “No amount of experimentation can ever prove me right; a single experiment can prove me wrong”; in other words, scientists do not think in terms of certainty, but in terms of probability, since they are aware that even the most tested assumptions could, one day, be disproved. By contrast, the judge needs (to establish) certainty, even if only formal certainty: hence the need to accept as *true* even those reconstructions which are just *more likely than not*. But, once this basic difference is understood, it is possible to fix the problem: after all, the Frye and Daubert tests themselves, although contested, are nothing but

¹⁵ See, e.g., Wiersinga (2022). It should be noted, however, that such an attitude is bilateral: it is no coincidence that Rosen (1977), p. 557, in his seminal article, already wondered whether «[i]s it true for anthropologists—as most psychiatrists and some sociologists argue for their disciplines—that the kinds of questions which they are capable of addressing are not the same as those posed by a legal case, and that their evidence is therefore either inappropriate for or distorted by the context of a courtroom proceeding».

¹⁶ Foblets (2016), p. 232. The existence of a profound epistemological difference between anthropology and jurisprudence is supported, among others, by Geertz (1983); Davidson (1992); Kandel (1992); Rigby & Severeid (1992); Assier-Andrieu (2015). Other authors, instead, mitigate this gap: see, for instance, Riles (1994) and Edmond (2004).

¹⁷ Bens (2016).

¹⁸ Kandel (1992), p. 1.

an attempt by the Courts to identify the conditions under which the answer that the expert can provide (an answer that is still uncertain and falsifiable) can be accepted from the jurist's point of view. And, if this shows that the problem of incommunicability is not insurmountable, there is no reason to believe otherwise when soft sciences are at stake.

As to the second profile (that of suitability), it should be noted that the arguments put forward by critics often recall those advanced in the United States with reference to the so-called cultural defense. In fact, the US debate—whose influence on the one developed in other parts of the world is historically proven¹⁹—has mainly focused on the role of cultural expertise in criminal trials: there, however, the cultural argument is often invoked in favor of the accused, to support the thesis that the conduct of which s/he is accused would have been decisively influenced by his/her cultural background and should therefore be justified to some extent. And it is precisely with this debate in mind that scholars' opinion has been divided as to whether it is appropriate for the judge to take the cultural factor of the parties into account when assessing their conduct: while some authors support the use of the cultural defense, and have even gone so far as to develop tests to enable the judge and/or jury to verify its validity²⁰, others criticize the concept, noting that cultural diversity is often strategically employed in defense of male offenders, in order to justify crimes committed against women²¹.

Now, it cannot be denied that, in US criminal proceedings, cultural defense is often used in an instrumental way; but it would be erroneous to generalize this 'empirical', *domain-specific*, evidence to challenge the suitability of cultural expertise *as a whole*.

First, this generalization would end up overlapping cultural expertise and cultural defense: on the contrary, as emphasized by European doctrine, these two concepts must be kept quite distinct. As Livia Holden stressed, «[c]ultural expertise does not aim to directly impact legal outcomes. [...] Not differently from any other form of expertise in court, the purpose of cultural expertise is to apply special knowledge to a definite set of circumstances submitted to the expert whose considerations must be elaborated irrespectively from the legal outcome of the case. Similar to any other kind of legal expertise but different from cultural defense, cultural expertise ought to be neutral, no matter whether it is requested by the court or by the parties. Cultural defense, instead, is the use of cultural arguments by the defense lawyer, even though cultural defense has also the scope to provide the judge with supposedly neutral information on culture [...]. Although cultural expertise and cultural defense are often linked and in some cases overlap, [...] cultural expertise differs epistemologically from cultural defense: It precedes it temporally within the proceeding and exceeds it in scope, because it can be requested for a wider range

¹⁹ Bens (2016), p. 237.

²⁰ See *infra*, § 4.

²¹ Volpp (1994); Lawrence (2001); Phillips (2003).

of cases than those of the typical cultural defense which plays a role mainly in criminal law»²².

Second, the risk of instrumental use of expert evidence is not limited to cultural one, since it does not stem from the nature of the expertise involved, but from the procedural model. Suffice it to point out that the above-mentioned criticism developed with reference to the US *adversarial* process: and, as it has been noted when discussing expert evidence *in general*, «[u]nder the adversarial litigation systems [...], parties are entitled to choose the expert they hire. This gives parties the opportunity to appoint not the more experienced expert in their field of practice but an expert who may be willing to best support the party's view. Since experts are appointed and paid on the basis of a contractual relationship, some unfortunately may adopt the position of a "Hired Gun", advocating on behalf of the party which appointed them in an attempt to advance that party's contentions»²³. In this respect too, then, there is no more reason to reject cultural expert contribution than there is to exclude all other types of expert evidence.

3. DUE PROCESS AS A LIMIT ON THE JUDGE'S DISCRETION IN ADMITTING (OR NOT) EXPERT EVIDENCE

In light of the above considerations, it can be argued that, from the perspective of Court proceedings, recourse to anthropology or other soft sciences does not pose any different or more serious theoretical problems than that to expert evidence in general.

Building on this assumption, it seems possible to deal with the most relevant question arising on the subject, that of the very *an* of the use of the expert, in a systematic way, thus considering the sciences in general and drawing inspiration from the whole literature on this topic, notwithstanding the fact that it is almost always referred to the integration of judge's knowledge about hard sciences. This will, first of all, allow the conclusions already reached on *intellectual* due process to be extended to cultural expertise as well.

In a second step, moreover, moving from the assumption that cultural diversity nonetheless presents at least one peculiar characteristic (i.e., the aptitude to potentially influence the conduct of the entire proceeding), it will be argued that having recourse to cultural expertise is also necessary to meet *procedural* due process requirements.

²² Holden (2019), p. 2. L'Aquila trial is also illustrative in this respect, since in that case cultural expertise was used *against* the defendants, to identify the causal link between their behavior and that of the population, on the assumption that the judge, albeit sharing the cultural background of the parties, lacked the necessary expertise to establish the psychological influence of authority reassurances on individuals' behavior

²³ FTI Consulting Report (2013), p. 3.

3.1. General application of intellectual due process principles

Actually, at first glance, the question here addressed seems difficult to deal with in a prescriptive rather than merely descriptive manner: although comparison shows that there is no uniform model for the regulation of expert evidence, one feature that different legal systems certainly have in common is the wide discretion the judge is given in choosing whether to make use of the expert and, in any case, in assessing his/her findings²⁴.

Discretion, however, cannot be understood as arbitrariness, at least in those states that mandate compliance with due process of law.

The first dimension to consider in this respect is that of the so-called «intellectual due process»²⁵. This expression, conceived by Brewer and then embraced by other U.S. scholars²⁶, is explained by the author as follows: «certain rule-of-law values require epistemic nonarbitrariness in factfinding reasoning, as in other types of reasoning. Thus, if the nonexpert cannot acquire scientific beliefs from competing experts in a way that is nonarbitrary, from an epistemic point of view, those beliefs will therefore not be legitimate from the practical legal point of view»²⁷. Nor can it be said that the principle is alien to case law: on the contrary, its existence and recognition may be inferred from developments in the field of complexity exception, i.e., the rule outlined in US case law, according to which a jury trial should be excluded in the case of particularly complex litigation. In *In re Japanese*²⁸, the Third Circuit Court of Appeal held that «[a] suit is too complex for a jury when circumstances render the jury unable to decide in a proper manner. The law presumes that a jury will find facts and reach a verdict by rational means. It does not contemplate scientific precision but does contemplate a resolution of each issue on the basis of a fair and reasonable assessment of the evidence and a fair and reasonable application of the relevant legal rules. A suit might be excessively complex as a result of any set of circumstances which singly or in combination render a jury unable to decide in the foregoing rational manner»; and, having recalled that these circumstances include the case in which the dispute involves «conceptually difficult factual issues»²⁹, the Court concluded that «due process precludes trial by jury when a jury is unable to perform this task with a reasonable understanding of the evidence and the legal rules»³⁰.

²⁴ This is true irrespective of the circumstance the expert knowledge is produced by the parties (expert witness) or acquired by the judge, through a Court-appointed expert; in both cases, the idea of the judge as a gatekeeper leaves him/her the power to interdict its admission: Campbell (2020).

²⁵ Brewer (1998).

²⁶ See, among others, Beecher-Monas (2007)

²⁷ Brewer (1998), p. 1672.

²⁸ *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation* 631 F.2d 1069 (3d Cir. 1980).

²⁹ *Ibid.*, 1079

³⁰ *Ibid.*, 1084

These considerations, although expressed with reference to hard sciences and having the jury in mind, can be generalized: because due process requires that the fact finder (whoever s/he may be, judge or jury)³¹ be able to rationally appreciate the facts. Consequently, it seems possible to theorize a general duty of the judge (and, before that, of the state) to ensure that any question coming into play in court proceedings is dealt with by an authority possessing the necessary expertise, not only from a legal point of view, but also from an epistemic one.

Brewer's proposal for securing such a result is to select judges who are qualified in both respects; in his words, «[i]f legal systems are to endorse and aspire to satisfy the intellectual due process norms (and other related rule-of-law norms), they would be well advised to move toward a «two-hat» model of legal decisionmaking in areas to which scientific results are rationally pertinent. On this model, the system seeks to ensure that one and the same decisionmaker has both legal legitimacy (by being duly elected or appointed by a legitimate elective or appointing authority) and epistemic competence with the basic formal tools of scientific analysis»³². However, it is clear that this goal, if pursued in a generalized way, would be economically unsustainable: since there is no single technical-scientific training, while there are countless disciplines in which the jurist judge would need to train, any type of institutional training of the judge (i.e. a training systematically ensured by the State) could only be partial. Furthermore, if it is difficult to imagine a sufficiently diversified recruitment to ensure the right judge for each dispute, such an effort could only make sense if coupled with the creation of as many courts or specialized sections as there are fields of expertise; and this, in turn, would lead to likely disproportionate costs to the amount of litigation to be managed. That is why, except for those fields where the quantity and quality

³¹ it is well known that U.S. *Federal Rules of Evidence* are built on the assumption that «jurors will overvalue or otherwise misuse various items of admittedly relevant information», so that it is necessary to exclude «some relevant evidence because of a distrust of the reasoning capacities of ordinary people»: Spellman & Schauer (2012), p. 729. This belief, in turn, stems from the idea, which has been perpetuated at least since the 17th century, that 'legal thinking and reasoning' is inherently different from any other, whether common or expert: in other words, «lawyers and judges are believed, at least by lawyers and judges, to employ techniques of argument, reasoning, and decision making that diverge from those of even expert nonlawyer reasoners and decision makers»: Spellman & Schauer (2012), p. 719. This may be true insofar as the courts often rely on second-order reasoning [by virtue of which they would focus not so much on the right decision in the particular case, but on the best decision from the perspective of applying the rule in future cases]. But it is apparent that this difference relates to the final judgment, so that it cannot ground the presumption that the judge is, *as such*, better able to understand any type of fact, even complex ones. By contrast, as I have tried to show elsewhere (Capasso, 2020, pp. 190 ff.), there is no evidence that the lawyer judge is more capable of understanding concepts outside his or her expertise: not only studies on decision-making show how rare it is for individuals who are experts in a given field to be able to transfer the skills they have acquired to fields other than that of expertise, but the judge—exactly like jurors—incur cognitive bias; is incapable of ignoring inadmissible evidence, once known; has difficulty in understanding statistical evidence; and so on.

³² Brewer (1998), p. 1677. A similar idea had previously been expressed by Taruffo (1990), p. 4. According to the author, «the average culture of the judge must evolve and update itself in connection with the evolution of scientific methodologies, so that the judge is able to appreciate their reliability and acceptability» (free translation).

of litigation makes it convenient to establish specialized courts, the most sustainable (and, therefore, most widespread) method of responding to the need to supplement the judge's knowledge is still to appoint an expert, if necessary.

The problem then is to understand when the use of the expert can be deemed "necessary"; and it is possible to argue that this happens whenever the kind of knowledge needed to understand and evaluate facts goes beyond that of the average man. As it is well-known, indeed, whatever their method of appointment (election or open competition), judges are selected by virtue of their legal competence³³, not for their epistemic skills: on the contrary, when it comes to the ability to understand facts, the judge is nothing more than a sample of the society to which s/he belongs and which s/he judges³⁴. Consequently, judge's assessment of fact is legitimised on the basis of the presumption that it is conducted as any average member of the same community would have done. But it is apparent that this presumption can no longer apply whenever 'any average member of the community' would not be able to understand the facts correctly: either because of their technical/scientific nature, or because they cannot be properly understood without adequate knowledge of a different cultural background. In both cases, therefore, the presumption must be reversed, so that the judge (not only *can*, but) *must* have recourse to the expert³⁵.

³³ For a short, comparative overview, see Bovend'Eert (2018).

³⁴ The view of the judge as a "qualified sample" of the average man is also shared by Silvestri (2000), p. 419.

³⁵ This idea does not contrast with the maxim according to which the judge is the "peritus peritorum": indeed, «[t]he meaning of this notion [...] is not to refer to the so-called private science of the judge or to pursue the construction of the anthropologist-judge (or engineer- judge or physician-judge, etc.). On the contrary, this concept expresses the rule of motivating the reasoning underpinning a given decision based on the scientific data and information provided for by the experts acting in the trial, and/or on privileging a certain scientific option compared to an adverse one within the contradictory principle»: Michelini (2022), p. 71.

It should also be noted that the conclusion stated in the text also applies when the judge accidentally has extralegal knowledge: as Civinini (2022), p. 109, «[j]udges who use their private knowledge can be compared, *mutatis mutandis*, to judges who decide a case that turns on a fact they personally witnessed. It is clear that these judges jeopardise the right of defense of the parties; the frustrate the principle of the adversarial process and undermine its 'legitimation'».

The author does not invoke the concept of the culture of the average man, but that, which is essentially equivalent, of average cultural level. Of course, this level is likely to change over time, also as a result of the vulgarization of certain scientific acquisitions: that is why «[i]f a judge living before Copernicus were to have stated in a judgement that the earth orbits around the sun, he would have been an excellent astronomer but an incomprehensible judge, unacceptable to the society. The same would happen today with a judge claiming to know about medicine or informatics or customary law in central Africa, and using such knowledge to solve and decide cases». But, when it comes to the in-depth knowledge of different cultures, it is difficult to imagine a process of vulgarization; indeed, «[w]hen cases present transnational or intercultural elements, the cultural knowledge necessary to reach a decision cannot be obtained through the common knowledge mechanism. The 'common knowledge' of the judge does not include the stable heritage of knowledge of the citizen of average cultural level in a historically determined society. In these cases, an expert is needed» (Civinini, 2022, p. 111).

3.2. Specific application of procedural due process principles

Thus far, then, the reasoning is common to all the sciences. It must be recognized, however, that cultural diversity has some peculiar features that make the potential scope of cultural expertise narrower in some respects and broader in others than that of other types of expertise.

Indeed, expert evidence is usually relevant with exclusive reference to the merits of the case (and sometimes even constitutes the ultimate issue); but this makes that the relevance of scientific-technical fact is invariably coupled with the need for the recourse to the expert. By contrast, it would be going too far to say that diversity should always affect the outcome of the proceedings: it is possible that parties' different background is not relevant in the case at stake, or not perceived as such. As noted, indeed, «if the perception of all parties in court is that context and background are more or less shared», so that «there is no cultural gap addressed», then «there is hardly a need to give culture any further consideration»³⁶.

On the other hand, however, it has been convincingly demonstrated that there are at least three dimensions in which culture may come into play, namely 'culture as communication', 'culture as context' and 'culture as norms'³⁷. In other words, cultural diversity may not only be relevant when judges need to decide legal questions involving foreign law or customary norms (culture as norms), but also influence judge's understanding of parties declarations and behaviour when s/he directly exchange with them in courtroom (culture as communication) and judge's ability to gather empirical evidence about parties linguistic, social, political and/or religious background (culture as context); so that the cultural expert's support may prove necessary throughout the course of the entire proceedings. And this necessity stems not only from the principles of the intellectual due process (insofar as the evidence that the judge is entitled to draw from the words and procedural behavior of the parties must also be evaluated in an epistemically correct manner), but also from those of the procedural due process. As it has been recently underlined³⁸, indeed, having recourse to cultural expertise is often essential in order to meet the four-element model of procedural fairness proposed by Blader and Tyler³⁹: having recourse to a cultural expert may actually improve parties ability to present one's case (voice), the perceived impartiality (neutrality) and respectfulness (respect) of the decision-maker, as well as parties understanding of the decision-making process and of the meaning of the decision (understanding).

In the light of the above considerations, the issue that the judge must address in assessing the 'necessity' of cultural expertise turns out to be more articulated than for any other type of expert evidence: the problem is not only

³⁶ Wiersinga (2022), p. 154.

³⁷ Vettors & Foblets (2016), p. 276.

³⁸ Burdziej (2023).

³⁹ Blader & Tyler (2009).

to understand, on a case-by-case basis, whether parties' different culture may have played a role in influencing their behaviour (before the trial), but also whether it may impact their participation in proceedings: in other words, judge's assessment of the need to admit cultural expertise should be aimed at seeking not only the perceived fairness of his/her decision, but also the perceived quality of the decision-making process.

4. THE NEED FOR AN OBJECTIVE ASSESSMENT TOOL: THE SO-CALLED CULTURAL TEST

The growing awareness that the resolution of this issue cannot be totally left to the subjective, discretionary assessment of each judge has led over time both courts and scholars to theorize the use of objective assessment tools, the main one being the so-called cultural test, namely «a set of pre-established questions a judge has to answer in order to decide whether or not to accept a cultural claim made by a migrant or members of cultural minorities»⁴⁰.

The first reported cultural test appears to be the one created by the Canadian Supreme Court in 1996⁴¹; a ruling which can be considered a milestone, not so much because of the content of the test⁴² (which has been quite criticized⁴³, and in any case, although aimed at a general framework, is widely influenced by the historical and legal peculiarities of the Canadian system), but because the idea underlying its conception has been extensively followed by other courts on the international level⁴⁴ and further explored by subsequent doctrine.

⁴⁰ Ruggiu (2019b).

⁴¹ *R. v. Van Der Peet* [1996], 2 S.C.R. 507.

⁴² Based on 10 questions, each constituting the title of a distinct paragraph:

1. Courts must take into account the perspective of Aboriginal peoples themselves;
2. Courts must identify precisely the nature of the claim being made in determining whether an Aboriginal claimant has demonstrated the existence of an Aboriginal right;
3. In order to be integral a practice, custom or tradition must be of central significance to the Aboriginal society in question;
4. The practices, customs and traditions which constitute Aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact;
5. Courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating Aboriginal claims;
6. Claims to Aboriginal rights must be adjudicated on a specific rather than general basis;
7. For a practice, custom or tradition to constitute an Aboriginal right it must be of independent significance to the Aboriginal culture in which it exists;
8. The integral to a distinctive culture test requires that a practice, custom or tradition be distinctive; it does not require that that practice, custom or tradition be distinct;
9. The influence of European culture will only be relevant to the inquiry if it is demonstrated that the practice, custom or tradition is only integral because of that influence;
10. Courts must take into account both the relationship of Aboriginal peoples to the land and the distinctive societies and cultures of Aboriginal peoples.

⁴³ Borrows (1997).

⁴⁴ Ruggiu (2017), p. 225, recalls, a cultural test has been developed by the United Nations Human Rights Committee to deal with cases in which a violation of Art. 27 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights is invoked. More recently, Italian Court of Cassation, also drawing insights

Interest in such a tool is not astonishing, given the undeniable benefits it brings: as it has been pointed out, the availability of standardized questions ensures greater uniformity of treatment and judgment in similar cases, eases (and, therefore, speeds up) judge's work, allows the anthropologist's report to be circumscribed to only those profiles that are really relevant, and can help in the drafting of better reasoned (and, therefore, more socially acceptable) judgments. This, however, does not mean that the cultural test has been universally welcomed or that there is agreement on its "right" content: on the contrary, not only are there as many versions of the test as there are authors who have addressed this subject⁴⁵, but the very idea of drafting and using a set of standard questions has been criticised from a methodological point of view.

Some scholars, indeed, fear that the use of the tool will end up essentializing groups (that is, building a stereotypical, crystallized image of each particular culture, which would prevent the judge to focus on the subjective declination of such culture and on the particularities of the case at stake)⁴⁶. The fear is not unfounded, but neither should it be overstated: the questions listed in the cultural test may well be used as mere guidelines, especially in civil law systems, where, lacking express legislative provision, such a tool could not in any case be regarded as binding on the judge. Moreover – and this observation also relates to the debates regarding the "best content" of the test – the problem does not seem unsurmountable: the test, however constructed, is meant to provide a general framework for *first* address the question of the relevance of cultural diversity that comes into play in the given case and only *later*, if the first check is positive, to grasp the exact content of the cultural belief or practice at issue; but, with reference to the latter goal, it certainly *can* (and, hopefully, *should*) be supported by other, more specific tools, which are already under discussion⁴⁷.

For the above, it seems fair to conclude that cultural test's pros far outweigh the cons; and, albeit the models developed so far, like all human things, may be perfectible, the search for the optimal list of questions to compose them need not be pushed to the extreme, in an attempt to achieve the likely unrealistic goal of grasping once and for all the full complexity of any different culture.

Yet, there is at least one profile that needs improvement.

Those recalled just above, indeed, do not appear to be the most significant critical issues. Rather, what is worth emphasizing here is a different prob-

from some scholarly writings, seems to have outlined the equivalent of a cultural test, at least in criminal matters: see Court of Cassation, 2nd July 2018, n. 29613, discussed by Monachini (2020).

⁴⁵ See the different versions proposed by Renteln (2004); Eisenberg (2009); De Maglie (2010); Dore (2016); Basile (2017); Ruggiu (2019a), pp. 143 ff.

⁴⁶ Ricca (2014).

⁴⁷ Reference is here made to the proposal to make a handbook on cultural practices and a database of comparative multicultural jurisprudence, as well as to the project, which is already underway, of creating an international database collecting the cultural expertise already gathered. On these tools, see Ruggiu (2019b).

lem, which seems to have been overlooked so far: the different versions of the test proposed over time have always, albeit implicitly, focused exclusively on the ‘culture as norms’ dimension. Despite their different wordings, in fact, the questions listed by the different tests appear clearly aimed at the ultimate goal of determining whether the behaviour at issue can be considered a cogent expression of the cultural background of the person being tried. And, of course, it cannot be denied that this question is also of procedural interest, since the admissibility and assessment of cultural expertise are likely to affect not only the outcome, but also the conduct of the trial.

However, as noted⁴⁸, there are two other dimensions of culture (‘culture as communication’ and ‘culture as context’) which are likely to impact proceedings even more, especially in those systems that give the judge *ex officio* powers in evidentiary matters. And it is precisely the failure to take into account those dimensions that appears to be the major shortcoming of the current tests. Of course, supplementing them with questions designed to let the need for an expert to accompany the judge from an early stage of the proceedings⁴⁹ emerge would probably require even greater attention and combined effort of jurists and anthropologists. And equally likely is that the test, at least *in parte qua*, could not have a general vocation, since questions should be tailored to the specific procedural rules of each system. But this does not make the attempt less useful, nor less necessary to (try to) comply with due process: because «[n]o one can judge without knowing. A [wo]man is chosen as a judge precisely because it is believed that [s/]he knows what is necessary to judge»⁵⁰; should this not be the case, seeking a way to supplement his/her knowledge is not a power, but a duty.

BIBLIOGRAPHY

- Assier-Andrieu, L. (2015). Dificultad y necesidad de la antropología del derecho. *Revista de Antropología Social*, 35–52.
- Basile, F. (2017). I reati cd. ‘culturalmente motivati’ commessi dagli immigrati: (Possibili) soluzioni giurisprudenziali. *Questione Giustizia*, 126–135.
- Beecher-Monas, E. (2007). *Evaluating Scientific Evidence: An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*. Cambridge University Press.
- Bens, J. (2016). Anthropology and the law: historicising the epistemological divide. *International Journal of Law in Context*, 235–252.
- Blader, S. L. & Tyler, T.R. (2009). Testing and Extending the Group Engagement Model: Linkages between Social Identity, Procedural Justice, Economic Outcomes, and Extrarole Behavior. *Journal of Applied Psychology*, 445–464.
- Borrows, J. (1997). Frozen Rights in Canada: Constitutional Interpretation and the Trickster. *American Indian Law Review*, 37–64.

⁴⁸ *Retro*, § 3.2.

⁴⁹ E.g., during the questioning of the parties, in order to understand their nonverbal language when answering, or the very meaning of certain attitudes usually considered significant, such as reticence or contradictoriness in their statements.

⁵⁰ Carnelutti (1926), p. 99.

- Bovend'Eert, P. (2018). Recruitment and appointment of judges and justices in Europe and the US. *Trema : Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht*.
- Brewer, S. (1998). *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*. *The Yale Law Journal*, 1535–1681.
- Burdziej, S. (2023). *Cultural Expertise and Procedural Justice*. In Holden, L.. *Cultural Expertise, Law, and Rights: A Comprehensive Guide* (pp. 133–140). Routledge.
- Campbell, J.R. (2020). Interrogating the Role and Value of Cultural Expertise in Law. *Laws*, 1–23.
- Capasso, V. (2020). *Tractent fabrilia fabri : du juge «expert» au «jugement» des experts ?*, PhD Thesis, <https://theses.fr/2020LYSE3004>.
- Carnelutti, F. (1926). *Lezioni di diritto processuale civile* (vol. III). La Litotipo.
- Ciccozzi, A. & Decarli, G. (2019). Cultural Expertise in Italian Courts: Contexts, Cases, and Issues. *Studies in Law, Politics, and Society*, 35–54.
- Ciccozzi, A. (2016). Forms of truth in the trial against the Commission for Major Risks: Anthropological notes. *Archivio Antropologico Mediterraneo online*, 65–81.
- Civinini, M. G. (2022). Cultural Expertise in Civil Law in Italy. *NAVEIÑ REET: Nordic Journal of Law and Social Research*, 107–122.
- Clark, K.B. (1953). The Social Scientist as an Expert Witness in Civil Rights Litigation. *Social Problems*, 5–10.
- Davidson, M. (1992). Law, Science, Causality, and Proof. *NAPA Bulletin*, 22–28.
- De Maglie, C. (2010). *I Reati Culturalmente Motivati. Ideologie e Modelli Penali*, Edizioni ETS
- Dore, I. (2016). *Homo Juridicus. Culture as a Normative Order*. Carolina Academic Press.
- Edmond, G. (2004). Thick Decisions: Expertise, Advocacy and Reasonableness in the Federal Court of Australia. *Oceania*, 190–230.
- Eisenberg, A. (2009). *Reasons of Identity. A Normative Guide to the Political and Legal Assessment of Identity Claims*. Oxford University Press.
- Foblets, M.-C. (2016). Prefatory Comments: Anthropological expertise and legal practice: about false dichotomies, the difficulties of handling objectivity and unique opportunities for the future of a discipline. *International Journal of Law in Context*, 231–234.
- FTI Consulting Report (2013). *The Evolution of Expert Witness Law Under UK and US Jurisdiction*, www.fticonsulting-asia.com/~media/Files/apac-files/insights/white-papers/the-evolution-of-expert-witness-law-under-uk-and-us-jurisdiction.pdf.
- Geertz, C. (1983). *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. Basic Books.
- Hoehne, M.V. (2016). The strategic use of epistemological positions in a power-laden arena: anthropological expertise in asylum cases in the UK. *International Journal of Law in Context*, 253–271.
- Holden, L. (2011). *Cultural Expertise and Litigation. Patterns, Conflicts, Narratives*. Routledge.
- Holden, L. (2019). Cultural Expertise and Socio-legal Studies: Introduction. *Studies in Law Politics and Society*, 1–9.
- Holden, L. (ed.) (2023). *Cultural Expertise, Law, and Rights: A Comprehensive Guide*. Routledge.
- Kandel, R.F. (1992). How Lawyers and Anthropologists Think Differently. *NAPA Bulletin*, 1–4.
- Lawrence, S.N. (2001). Cultural (In)Sensitivity: The Dangers of a Simplistic Approach to Culture in the Courtroom. *Canadian Journal of Women and the Law*, 107–136.
- Michelini, G. (2022). Cultural Expertise: Substantial and Procedural Framework. *NAVEIÑ REET: Nordic Journal of Law and Social Research*, 63–78.

- Monachini, S.C. (2020). Culturally Motivated Crimes: the Cultural Test in the Italian Jurisprudence. A Comparative Study. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 135–146
- Phillips, A. (2003). When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts. *The Modern Law Review*, 510–531.
- Renteln, A.D. (2004). *The Cultural Defense*. Oxford University Press.
- Ricca, M. (2014). Intercultural Law, Interdisciplinary Outlines Lawyering and Anthropological Expertise in Migration Cases: Before the Courts. *E/C*, 1–53.
- Rigby, P. & Severeid, P. (1992). Lawyers, Anthropologists, and the Knowledge of Facts. *NAPA Bulletin*, 5–21.
- Riles, A. (1994). Representing In-Between: Law, Anthropology, and the Rhetoric of Interdisciplinarity. *University of Illinois Law Review*, 597–650.
- Rosen, L. (1977). The anthropologist as expert witness. *American Anthropologist*, 555–578.
- Ruggiu, I. (2017). Il giudice antropologo e il test culturale. *Questione Giustizia*, 216–232.
- Ruggiu, I. (2019a). *Culture and The Judiciary: The Anthropologist Judge*. Routledge.
- Ruggiu, I. (2019b). The “Cultural Test” as Cultural Expertise: Evolution of a Legal–Anthropological Tool for Judges. *Laws*, 1–15.
- Schauer, F. (2010)., *Is There a Psychology of Judging?* In Klein, D. - Mitchell, G. (ed.), *The Psychology of Judicial Decision Making* (pp. 103–120). Oxford University Press.
- Silvestri, G. (2000). Scienza e coscienza: due premesse per l’indipendenza del giudice. *Diritto pubblico*, 411–438.
- Sorgoni, B. (2012). ‘La stregoneria non è un concetto particolarmente complesso’. Storia di una richiesta di asilo. *Primapersona*, 74–81.
- Spellman, B.A & - Schauer, F. (2012). *Legal reasoning*. In Holyoak, K.J. & Morrison, R.G. (eds.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning* (pp. 719–735). Oxford University Press.
- Taruffo, M. (1990). «Libero convincimento del giudice: I) diritto processuale civile». *Enciclopedia giuridica* (vol. XVIII).
- Vetters, L. & Foblets, M.-C. (2016). Culture all around? Contextualising anthropological expertise in European courtroom settings. *International Journal of Law in Context*, 272–292.
- Volpp, L. (1994). (Mis)identifying Culture: Asian Women and the “Cultural Defense”. *Harvard Women’s Law Journal*, 57–101.
- Wiersinga, H. C. (2022). The Judge and the Anthropologist: Cultural Expertise in Dutch Courts. *NAVEIN REET: Nordic Journal of Law and Social Research*, 151–168.
- Zenker, O. (2016). Anthropology on trial: exploring the laws of anthropological expertise. *International Journal of Law in Context*, 293–311.

<https://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc>